

WYDZIAŁY POLITECHNICZNE KRAKÓW

BIBLIOTEKA GŁÓWNA



L. inw.

~~15823~~

Biblioteka Politechniki Krakowskiej



100000298899

2/2  
2/1

# HAUSSCHWAMM- FORSCHUNGEN

IN AMTLICHEM AUFGEGE

HERAUSGEGEBEN VON

PROFESSOR DR. A. MÖLLER

ORDENTLICHER PROFESSOR DER RECHTSLEHRE UND DER MIT DEN  
VERBUNDENEN FACHGEBIETEN DES POSITIVEN RECHTSWISSENS  
ZU BREITENBURG

FÜNFTE HEFT

DIE HAUSSCHWAMMFRAGE VOM JURISTISCHEN STANDPUNKTE

ZWEITER BEITRAG

VON PROFESSOR DR. KARL DICKEL



JENA

VERLAG VON GUSTAV FISCHER

1911

XXX  
1018



# HAUSSCHWAMM- FORSCHUNGEN

IN AMTLICHEM AUFTRAGE

HERAUSGEGEBEN VON

PROFESSOR DR. A. MÖLLER

OBERFORSTMEISTER, DIREKTOR DER FORSTAKADEMIE UND DER MIT IHR  
VERBUNDENEN HAUPTSTATION DES FORSTLICHEN VERSUCHSWESENS  
ZU EBERSWALDE

FÜNFTES HEFT

DIE HAUSSCHWAMMFRAGE VOM JURISTISCHEN STANDPUNKTE

ZWEITER BEITRAG

VON PROFESSOR DR. KARL DICKEL



*IK  
I 519.*

JENA  
VERLAG VON GUSTAV FISCHER  
1911

XXX  
1078



III - 306628

Uebersetzungsrecht vorbehalten

BIBLIOTEKA POLITECHNICZNA  
KRAKÓW

~~III 15823~~



1.10.1

Akc. Nr.

~~2914~~ / 49

MPU-m-280/2011

Seiner Exzellenz  
dem Staatsminister und Minister für Landwirtschaft, Domänen und Forsten,

**Dr. Freiherrn von Schorlemer**

mit der Versicherung des herzlichsten Dankes für die hochherzige Erhaltung  
freundlicher Gesinnungen durch nunmehr fast 30 Jahre.

Der Verfasser.





# Inhaltsübersicht.

	Seite
Literatur seit 1908	
Erster Teil.	
Ueber die Revision beim Reichsgericht . . . . .	I
§ 1. Allgemeine Vorbemerkungen . . . . .	I
§ 2. Ueber die Berücksichtigung offenkundiger Tatsachen im Prozeß. Im allgemeinen . . . . .	5
§ 3. Die Offenkundigkeit in der Revisionsinstanz insbesondere . . . .	10
§ 4. Anwendung auf den Hausschwamm . . . . .	20
Zweiter Teil.	
Neue Entscheidungen in der Hausschwammfrage . . . . .	24
I. Ueber die Frage der Gleichstellung der Erheblichkeit des Polyporus vaporarius (Porenhauschwamm) mit Merulius lacrymans (echtem Haus- schwamm) . . . . .	24
§ 5. Erkenntnis des Reichsgerichts vom 4. November 1908 . . . . .	24
§ 6. Erkenntnis des Reichsgerichts vom 19. Januar 1909 . . . . .	30
§ 7. Kritik der in den mitgeteilten Entscheidungen (§§ 5 und 6) auf- gestellten Erfahrungssätze . . . . .	32
§ 8. Neue gerichtliche Entscheidungen gegen die Gleichstellung des Polyporus vaporarius mit dem Merulius lacrymans . . . . .	39
§ 9. Berücksichtigung des Einzelfalles. Entscheidung des Reichsgerichts vom 17. Oktober 1908 . . . . .	42
II. § 10. Werkvertrag . . . . .	49
III. § 11. Arglist . . . . .	56
IV. § 12. Anfechtung wegen Irrtums . . . . .	61
Dritter Teil.	
Zusätze zum ersten Beitrag, Heft 2 der Hausschwammforschungen . . . . .	65
§ 13. Zu § 330 des Strafgesetzbuchs . . . . .	65
§ 14. Ueber Gebräuche im Holzhandel . . . . .	66
Uebersicht über die in Heft 2 und Heft 5 benutzten Entscheidungen des Reichs- gerichts betreffend Hausschwamm . . . . .	68

---

## Literatur.

- Seit dem Erscheinen des ersten Beitrages (Heft 2 dieser Forschungen) erschienen:
- MEZ, Neue Reichsgerichts-Entscheidungen in der Hausschwamm-Frage. Zugabe zur Juristischen Wochenschrift. Dresden. Richard Lincke. 1908.
- R. FALCK, Ueber Sanierung, Bekämpfung und Verhütung der Schwammkrankheiten. In „Deutsche Bauzeitung“ vom 25. September 1909 u. flg.
- Dr. phil. E. SCHAFFNIT, Baumeister J. SWENSITZKY, Rechtsanwalt Dr. H. SCHLEMM, Der Hausschwamm und die wichtigsten Trockenfäuleschwämme vom botanischen, bautechnischen und juristischen Standpunkte. Berlin. Paul Parey. 1910.
- MERKBLATT zur Hausschwammfrage, ausgearbeitet von der vom Innungs-Verbande Deutscher Baugewerksmeister eingesetzten Kommission (Felisch, Mez, Wolfmann, Rechtsanwalt Dr. Rummler u. s. w.), beschlossen von der Delegierten-Versammlung des Innungs-Verbandes zu Danzig, 9. September 1910, Geschäftsstelle Berlin, Linkstraße 32.

In zahlreichen Fällen werden gerichtliche Entscheidungen über die Hausschwammfrage für bedenklich oder gar für verfehlt erklärt. Die Kritik richtet sich fast ausschließlich gegen die Entscheidungen des Reichsgerichts. Letzteres kommt aber hier nur als Revisionsinstanz in Betracht. Zur Klärung der prozeßrechtlichen Lage muß ich diese neue Mitteilung über die neuere Rechtsprechung mit einer allgemeinen Erörterung über die Revision und deren Grenzen beginnen.

Diese Abhandlung ist gleichmäßig für die an der Hausschwammfrage beteiligten Nichtjuristen, insbesondere Mykologen, wie für Juristen bestimmt. Jene bitte ich um Entschuldigung über die weite Ausdehnung meines ersten Teils. Der geduldige Leser wird im zweiten Teile den erheblichen Wert für die Hausschwammfrage in der Rechtsprechung des Reichsgerichts erkennen. Beispiele beweisen!

---



## Erster Teil.

# Ueber die Revision beim Reichsgericht.

### § 1.

#### Allgemeine Vorbemerkungen.

I. In jedem Prozesse handelt es sich um Feststellung von Tatsachen einerseits („Tatfrage“) und um Anwendung von Rechtsnormen andererseits („Rechtsfrage“). In Strafsachen, wie in Zivilsachen, hat es der Richter in erster Instanz und in der Berufungsinstanz gleichmäßig mit jener Feststellung, wie auch mit der Anwendung der Rechtssätze zu tun. Ganz anders das Reichsgericht in der Revisionsinstanz: in Strafsachen (gegenüber den Urteilen der Strafkammern und Schwurgerichte) und in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (gegenüber den Entscheidungen der Zivilsenate der Oberlandesgerichte).

Nach §§ 376 flg. der Strafprozeßordnung kann die Revision nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. In besonderen hier nicht näher interessierenden Fällen wird dies stets angenommen.

Die Zivilprozeßordnung gestattet in §§ 545 flg. das Rechtsmittel der Revision gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte über vermögensrechtliche Ansprüche bei einem Streitwert von mehr als 4000 Mk. unter folgenden näheren Bestimmungen:

1. Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung des Oberlandesgerichts auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, welches sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, beruhe (§ 549 ZPO).

2. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (§ 550).

3. Hat das Oberlandesgericht festgestellt, daß eine tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr sei, so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht bindend; es müsste denn in bezug auf die Feststellung ein zulässiger oder begründeter Revisionsantrag erhoben sein (§ 561, Abs. 2).

4. In letzterer Beziehung würde die Verletzung einer das Verfahren der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift in Betracht kommen; z. B. Nichtvereidigung eines Sachverständigen (§ 559). Die Verletzung einer das Verfahren in der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift aber kann in der Revisionsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei das Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz verloren hatte (§ 558). Nach § 295 geht das Rügerecht verloren nicht bloß durch Verzicht auf die Befolgung der Vorschrift, z. B. Verzicht auf Beeidigung, sondern dadurch, daß der Mangel bei der nächsten mündlichen Verhandlung nicht gerügt wird.

Eine Bestimmung, wie die des § 561 Abs. 2 ZPO fehlt in der Strafprozeßordnung. Daraus könnte auf eine freiere Stellung des Revisionsrichters in Strafsachen geschlossen werden. Die Rechtsprechung aber hat, wie in der Entscheidung des 1. Strafs. vom 1. Mai 1899, Entsch. 32 S. 168, bezeugt ist, „zu einem entgegengesetztem Verhältnisse geführt“. Die Strafsenate haben vielfach betont, daß ein „Rechtsirrtum“ nur dann vorliege, wenn die Bedeutung eines Rechtsbegriffs und damit einer Rechtsnorm verkannt sei.

Nach dem Gesagten stehen sich „Tatfrage“ und „Rechtsfrage“ gegenüber. Das Reichsgericht ist an die in einem gehörigen Prozeßverfahren getroffene tatsächliche Feststellung des Vorderrichters gebunden. Es kann überhaupt nur ganz ausnahmsweise <sup>1)</sup> — in Fällen, die bei der Hausschwammfrage kaum praktisch werden können, einen Beweis erheben, insbesondere nicht Sachverständige vernehmen. Zulässig ist nach der Uebung beim Reichsgericht, wenn ein Verstoß gegen ein Prozeßgesetz behauptet wird, eine Feststellung des tatsächlichen Hergangs, auch durch Vernehmung von Personen oder dienstliche Aeußerung. Vgl. dazu Vierhaus in Busch, Ztsch. f. Zivilprozeß Bd. 19 S. 191 Anm. 4. Doch kommt dies für vorliegende Abhandlung nicht in Betracht. Die den reichsgerichtlichen Rechtsprüchen gegenüber von Nichtjuristen geäußerten Bedenken richten sich deshalb oft an die falsche Adresse. Stellt die Strafkammer in einem einwandfreien Verfahren fest, daß der des Diebstahls Angeklagte der Täter

---

1) Hauptsächlich handelt es sich in diesen Ausnahmefällen um Festsetzung des Streitwerts, namentlich zum Zwecke der Feststellung der Revisionssumme.

sei, so kann das Reichsgericht auf Revision des zu Zuchthaus verurteilten Angeklagten nicht feststellen, daß die Täterschaft zweifelhaft und der Angeklagte deshalb freizusprechen sei. Ein Gleiches gilt selbst bei einem Todesurteil des Schwurgerichts. Dasselbe gilt auch im bürgerlichen Rechtsstreite, wenn z. B. das Oberlandesgericht in einem einwandfreien Verfahren feststellt, daß ein im Hause entdecktes Schwammgebilde echter Hausschwamm sei und daß Ausbesserungen zu einem bestimmten Kostenbetrage notwendig seien. Läßt das Oberlandesgericht hier die Wandelung zu, so kann das Reichsgericht nicht feststellen, daß in dem Gebäude nicht der gefährliche echte Hausschwamm, sondern harmloser Kellerschwamm oder darin überhaupt kein Schwamm sei.

Stellt das Oberlandesgericht fest, daß im gegebenen Falle ein vom Sachverständigen gefundener Schwamm *Polyporus vaporarius* sei, daß dieser Schwamm sehr umfangreiche Ausbesserungen nötig mache und daß er im vorliegenden Falle so böartig wie der echte Hausschwamm sei, so kann das Reichsgericht nicht feststellen, der gefundene Schwamm sei von geringer Bedeutung und also sei die Wandlungsklage unbegründet.

Die Ausstellungen der Kritiker reichsgerichtlicher Entscheidungen über den Hausschwamm sind in Zivilprozessen vielfach an die Adresse der Oberlandesgerichte zu richten, treffen aber auch die Richter des oft mit Unrecht der „Weltfremdheit“ beschuldigten Oberlandesgerichts nicht, sondern in Wirklichkeit die „Sachverständigen“. Ist das Oberlandesgericht auf Sachverständige angewiesen, geben diese ein falsches Gutachten ab und das Oberlandesgericht trifft, gestützt auf dieses Gutachten, in einem formell unanfechtbaren Verfahren seine Entscheidung, so wird diese Entscheidung so falsch sein, wie das Gutachten falsch ist. Das Reichsgericht kann an dem Ergebnisse regelmäßig nichts ändern.

Ganz anders gestaltet sich der Einfluß des Reichsgerichts im Falle einer Gesetzesverletzung:

1. Zunächst ist, wie schon bemerkt, die tatsächliche Feststellung des Oberlandesgerichts nur bindend, wenn sie auf einem einwandfreien Verfahren beruht. Sie ist z. B. nicht bindend, wenn der Sachverständige zu vereidigen war, aber nicht vereidigt ist; wohl aber bindend, wenn das Oberlandesgericht dem Sachverständigen Beweiskraft beilegte, die er nach Ansicht des Reichsgerichts nicht verdiente.

In den meisten Fällen der Rechtsprechung zeigt sich der Einfluß des Reichsgerichts bei Anwendung der Normen des materiellen Rechts, insbesondere des BGB. Würde z. B. ein Oberlandesgericht feststellen: in diesem Hause ist Kellerschwamm, solcher erfordert eine Ausbesserung von

nicht sehr großem Umfang ohne erhebliche Störung der Bewohner, aber immerhin ist das Haus mit „Schwamm“ und also mit einem die Wandelung begründenden Fehler behaftet, so würde das Reichsgericht ein solches Urteil gewiß aufheben, weil der Rechtsbegriff des erheblichen Fehlers im Sinne des § 459 BGB. verkannt ist. Ebenso im Falle einer Feststellung, daß der in dem Hause befindliche echte Hausschwamm einen Umbau des ganzen Hauses und zu dem Zwecke Räumung des Hauses durch die Bewohner auf 3 Monate nötig mache, und das Oberlandesgericht angenommen hätte, gleichwohl sei dies kein erheblicher Fehler im Sinne des § 459 BGB. In derartigen Fällen handelt es sich nicht um tatsächliche Feststellung, sondern um die Anwendung des Gesetzes auf den Fall (Subsumtion).

Soweit man mit einer Entscheidung des Reichsgerichts nicht einverstanden ist, wird also sorgfältig zu prüfen sein, ob man den vermeintlichen Fehler in der tatsächlichen Feststellung des Oberlandesgerichts oder in der rechtlichen Beurteilung des Reichsgerichts findet. Sovieel ich sehe, liegt das Bedenken häufiger bei der durch „Sachverständige“ ungünstig beeinflussten tatsächlichen Feststellung der Oberlandesgerichte.

II. Es kann sein, daß die tatsächliche Feststellung sehr einfach ist und völlig zuverlässig und zweifelsfrei gegeben ist, daß aber die Rechtsfrage große Schwierigkeiten bereitet, z. B. bei dem sehr oft vom Reichsgericht erörterten Streite, ob eine Maschine durch Aufstellung in einem Hause oder Fabrikraum Bestandteil oder Zubehör ist. Dies ist rechtlich besonders von Bedeutung für die Frage des Eigentums an der Maschine, namentlich in dem Fall, daß der Fabrikant dem Grundstückseigentümer die Maschine unter Vorbehalt des Eigentums verkauft hat. Gilt die Maschine mit der Aufstellung nur als Zubehör, so bleibt der Fabrikant bis zur völligen Abzahlung des Preises Eigentümer. Ist sie aber Bestandteil geworden, so ist das Eigentum des Fabrikanten gemäß § 946 BGB. erloschen; der Fabrikherr ist Eigentümer geworden. Der Fabrikant hat also im Falle der Nichtzahlung des rückständigen Preises keinen Eigentumsanspruch auf Herausgabe und also im Falle des Verkaufs des Hauses gegen den neuen Eigentümer überhaupt keinen Anspruch auf Herausgabe der Maschine, vielmehr nur obligatorischen Anspruch gegen seinen Käufer und erleidet somit im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Käufers erheblichen Verlust.

In anderen Fällen ist die Rechtsfrage ganz einfach; die tatsächliche Feststellung aber macht große Schwierigkeit. In Fällen wie dem letzteren wird das Reichsgericht an der tatsächlichen Feststellung des Oberlandesgerichts regelmäßig nichts ändern können.



These:

In der Hausschwammfrage steht die tatsächliche Feststellung im Vordergrund; in ihr liegt die größere Schwierigkeit. Die Anwendung der Rechtsnormen macht geringere Schwierigkeit.

Wer die drei ersten Hefte dieser Forschungen aufmerksam gelesen hat, wird dies zugeben müssen. Mein jetziger Beitrag wird, wie ich hoffe, die Richtigkeit meines Streitsatzes noch deutlicher ergeben.

Mit Recht betonte MÖLLER Heft 1 S. 51 dieser Forschungen die Notwendigkeit der mykologischen Forschung zur Sicherstellung der Tatfrage und bemerkte: „Erst wenn diese Klarheit gewonnen ist, werden Schwammprozesse nicht nur gerecht, sondern auch richtig entschieden werden können.“ Darauf kommt es gewiß entscheidend an. „Ein unrichtiger Prozeß“ ist nach den Worten von JOSEF KOHLER „eine Geißel für die Nation.“

## § 2.

### Ueber die Berücksichtigung offenkundiger Tatsachen im Prozess. Im Allgemeinen.

I. Mit Gegenüberstellung der Tatfrage und der Rechtsfrage ist aber die hier zu erörternde Schwierigkeit nicht gelöst. Wie steht es mit Anwendung der Denkgesetze, wie mit Erfahrungssätzen? Diese Frage führt zur Erörterung der Lehre von der Offenkundigkeit (Notorietät). Von großer praktischer Bedeutung ist es, ob das Reichsgericht technische und wissenschaftliche Erfahrungen etwa als offenkundige Tatsachen entgegen den Feststellungen des Oberlandesgerichts berücksichtigen darf.

Die erschöpfende Behandlung dieser praktisch höchst wichtigen Frage ist in den „Hausschwammforschungen“ selbstverständlich nicht möglich<sup>1)</sup>. Zur Grundlegung für die hier erforderliche Erörterung aber ist eine kurze Behandlung der Offenkundigkeit notwendig, und zwar hier zunächst ohne

---

1) Eine eingehende, die vorliegende Abhandlung — lediglich für Juristen in einer juristischen Zeitschrift — ergänzende Arbeit ist für nächstes Jahr in Aussicht genommen. Bei dieser Gelegenheit gedenke ich auf einige mir freundlichst von Herrn Reichsgerichtsrat L. BUSCH zur Verfügung gestellte ungedruckte Entscheidungen des Reichsgerichts, sowie auf einige Erkenntnisse des preußischen Oberverwaltungsgerichts, auf welche mich Herr Oberverwaltungsgerichtsrat Professor FÜRSTENAU freundlichst aufmerksam machte, näher einzugehen.

Rücksicht auf die Besonderheit der Revisionsinstanz, so dann unten in § 3 mit Rücksicht auf die letztere.

1. Allgemein anerkannt ist die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Offenkundigkeit im Zivil- wie im Strafprozeß.

Wäre im Zivilprozeß die Untersuchungs-(Offizial)maxime angenommen und hätte also der Richter von Amtswegen die materielle Wahrheit zu erforschen, wie es in Preußen von 1781—1846 der Fall war, so wäre die vollste Berücksichtigung der notorischen Tatsachen selbstverständlich. In unserem Prozesse gilt nun aber die Verhandlungsmaxime; der Richter entscheidet im Rahmen der Parteianträge und Parteivorträge und ist in der Regel an die von den Parteien benannten Beweismittel gebunden. Gleichwohl gilt die Berücksichtigung notorischer Tatsachen für zulässig. Dies ist meines Wissens alle Zeit angenommen worden und namentlich im kanonischen Prozeß glänzend entwickelt. Mit Anerkennung dieser Offenkundigkeit ist „dem Richter die Welt eröffnet“ und „die freie Luft der allgemeinen Bildung dringt in die Säle der Justiz“. (KOHLER, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 26.)

Auch für das Gebiet des Strafprozesses ist die Notorietät „anwendbar und unentbehrlich“. Dies erklärt der 4. Strafsenat des Reichsgerichts in seiner Entscheidung vom 14. Juni 1898 (Bd. 31 S. 187) für zweifellos. Selbstverständlich gibt es nur keine Offenkundigkeit, daß ein bestimmter Angeklagter eine bestimmte Straftat verübt, z. B. als Bauleiter den § 330 StGB. verletzt hat.

2. Die Gesetze sagen sehr wenig über Offenkundigkeit. Die StPO. spricht gar nicht von ihr. Die ZPO. bestimmt nur in § 291, daß die beim Gericht offenkundigen Tatsachen „keines Beweises bedürfen“. Selbstverständlich können sie also auch nicht Gegenstand eines Gegenbeweises sein. Offenkundige Tatsachen werden aber auch ohne Parteibehauptung im Prozeß berücksichtigt, obwohl die Prozeßordnung dies nicht bestimmt. Notoria non egent probatione.

3. Der Begriff der „Offenkundigkeit“ wird im Gesetze nicht näher bestimmt. Zur Klarstellung sage ich hier nur folgendes: Das kanonische Recht bezeichnete als notorisch eine Tatsache, welche so offenbar war, daß sie ohne Schikane nicht geleugnet werden kann.

Etwas einschränkend bezeichnete die Preuß. Allg. Gerichtsordnung von 1793 solche Tatsachen als eines Beweises nicht bedürftig, „welche dergestalt allgemein bekannt sind, daß kein vernünftiger Grund, sie in Zweifel zu ziehen, vorhanden ist“<sup>1)</sup>.

---

1) Vgl. hierzu Entsch. des zweiten Strafs. des Reichsgerichts, Bd. 16, S. 329 flg.

II. Es ist nun aber zu unterscheiden. Früher unterschied man Menschen-, Volks- und Ortskundigkeit. Diese Unterscheidung ist eine äußerliche und juristisch wertlose. Zu unterscheiden sind und in der Rechtsprechung, insbesondere der des Reichsgerichts schon seit 1887, werden unterschieden<sup>1)</sup>:

1. Die vermöge der allgemeinen Bildung und der Lebenserfahrung allgemein (unbeschränkt) bekannten allgemeinen Erfahrungssätze.

2. Die bei dem Gericht offenkundigen konkreten Tatsachen:

a) gemeinkundige,

b) gerichtskundige im e. S., d. h. nur beschränkt, nicht allgemein offenkundige konkrete Tatsachen.

Von solchen Unterscheidungen war früher gewöhnlich nicht die Rede. So erklärte z. B. das Reichsoberhandelsgericht, Entsch. Bd. 24 S. 405, 406, am 17. Februar 1879 den Unterschied von Sommer- und Wintererbsen als „bekannt“, und sprach aus, daß das vom Appellationsgericht beigebrachte Gutachten eines Sachverständigen nicht erforderlich gewesen sei. Zur Klärung jener Unterscheidungen hat STEIN, „Das private Wissen des Richters“ wesentlich beigetragen. Ob man seiner Ansicht über die praktische Bedeutung der Unterscheidungen überall zustimmen kann, bedarf allerdings der Nachprüfung. Ich stimme in dieser Hinsicht KOHLER a. a. O. S. 69 f. zu.

Folgendes ist gewiß: Die Sätze zu 1 sind Obersätze, die zu 2 Untersätze. Logisch unanfechtbar wäre folgender Schluß des Gerichts: Merulius lacrymans ist stets ein erheblicher Fehler eines Hauses (Obersatz)<sup>2)</sup>, wie dem Gericht bekannt ist, nun ist in diesem Hause Merulius lacrymans, wie durch die Beweisaufnahme festgestellt ist, oder — wie im vorliegenden Falle aus anderen vor demselben Gerichte geführten Prozessen gerichtskundig ist —, also ist das Wandelungsbegehren des Klägers begründet.

---

1) Vgl. hierzu STEIN, Das private Wissen des Richters 1893. Vgl. dazu: KOHLER, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß 1894, S. 68 f. VIERHAUS in Zeitschr. für Zivilprozeß von Busch, Bd. 19, 1894, S. 185 f. DREYER in Gruchots Beitr. 38 S. 528 f.

2) Ob hinsichtlich des Hausschwamms wirklich ein solcher Obersatz festzustellen sei, ist eine andere Frage. Davon kann erst unten die Rede sein. Oben im Texte handelt es sich nur um den logischen Schluß. Ist der Obersatz falsch, so ist natürlich auch das Ergebnis falsch.

Die zu 1 erwähnten Erfahrungssätze sind, wie STEIN zu § 291, ZPO. zutreffend bemerkt, ihrer Natur nach begrifflich offenkundig, d. h. unbestimmt vielen Menschen bekannt; die Wissensquelle ist unerheblich. Der Richter kann gemäß §§ 144, 372 ZPO. von Amtswegen Sachverständige vernehmen; er kann aber auch den Satz auf ganz privatem Wege durch eigene Wahrnehmung oder eigene Forschung erfahren haben. STEIN a. a. O. S. 21 gibt folgende Begriffsbestimmung: „sie sind Definitionen oder hypothetische Urteile allgemeinen Inhalts, vom konkreten in diesem Prozesse abzuurteilenden Falle und seinen einzelnen Tatsachen unabhängig, aus der Erfahrung gewonnen, aber selbständig gegenüber den Einzelfällen, aus deren Beobachtung sie abgezogen sind, und über die hinaus sie für neue Fälle Geltung beanspruchen.“

In vorliegender Arbeit wird es sich vorwiegend um die Frage handeln, ob hinsichtlich der Gefährlichkeit und Schädlichkeit einer Hausschwammart insbesondere hinsichtlich des *Merulius lacrymans* (*domesticus* FALCK, echter Hausschwamm) und hinsichtlich der *Polyporus vaporarius*-Arten ein allgemeiner Erfahrungssatz festgestellt werden kann und wie die Rechtsprechung insbesondere des Reichsgerichts dazu steht. Stünde etwa wissenschaftlich fest und wäre es bei dem Gerichte bekannt, daß das Vorhandensein von echtem Hausschwamm in einem Gebäude ohne nähere Untersuchung — also unter allen Umständen — so gefährlich und nachteilig sei, daß er als ein im Sinn des § 459 BGB. erheblicher Fehler des gekauften Grundstücks anzusehen sei, so hätte der Richter auf eine wegen echten Hausschwamms erhobene Wandelungsklage nur die konkrete Tatsache zu untersuchen, ob echter Hausschwamm zur Zeit des Uebergangs der Gefahr in dem Hause war (Untersatz). Wird dies bejaht, so wäre der logische Schluß sicher.

Bei den oben S. 7 zu 2 angeführten Tatsachen handelt es sich nicht um allgemeine Erfahrungssätze, sondern um konkrete Ereignisse, um konkrete Zustände. Diese gelten als:

a) gemeinkundig, wenn sie von unbestimmt vielen Personen wahrgenommen sind oder wahrgenommen werden können; Tatsachen, die so allgemein verbreitet sind, namentlich durch die Presse, daß „ein besonnener, lebenserfahrener und deshalb mit reichlicher Skepsis urteilender Mann von ihrer Wahrheit überzeugt sein kann“ (STEIN a. a. O.). Die Quelle der richterlichen Erkenntnis ist auch hier, wie bei den Erfahrungssätzen gleichgiltig. So z. B. die Tatsache, daß es einen *Merulius lacrymans* gibt, daß in Häusern vielfach noch andere Pilzarten vorkommen, daß in zahlreichen Prozessen auf Hausschwammverdacht Gewicht gelegt ist und daß

auch im Verkehr der Hausschwammverdacht eine Rolle spielt, daß Baumeister und Botaniker über die Schädlichkeit der in Häusern vorkommenden Pilze sehr verschiedener Ansicht sind.

Während die gemeinkundigen Tatsachen zunächst außerhalb des Gerichts in einem kleineren oder größeren Kreise offenkundig sind, handelt es sich

b) bei den gerichtskundigen Tatsachen um solche Tatsachen, die dem Gericht, außerhalb des Gerichts nur Wenigen, vielleicht nur den Beteiligten, oder Niemandem bekannt sind. Nach der Entsch. des Reichsgerichts in Strafs. vom 7. Februar 1896, Bd. 28 S. 172 ist eine Tatsache als „gerichtskundig“ anzusehen, welche dem erkennenden Gericht als solchem amtlich derartig bekannt ist, daß sie eines Beweises nicht bedarf, z. B. die Tatsache, daß in dem Hause Hubertusstraße 1 vor einem Jahre echter Hausschwamm war. Das Gericht muß als solches, d. h. in seiner amtlichen Tätigkeit, die fragliche Kenntnis erlangt haben. Reichsgericht in Strafs. 16. Januar 1900, Bd. 33 S. 77. Die Erkenntnisquelle ist hier nicht, wie bei den Erfahrungssätzen, und bei gemeinkundigen Tatsachen unerheblich; das Gericht darf nur amtliche Wahrnehmung berücksichtigen. Der Richter dürfte also seine Kenntnis von Hausschwamm-  
ausbesserungen in Hubertusstraße 1 nicht berücksichtigen, wenn er sie nur auf privatem Wege erlangte, z. B. während er in dem Hause wohnte.

III. Allgemeine Erfahrungssätze sind vom Gerichte anzuwenden, auch wenn weder die Tatsache noch der Erfahrungssatz zum Gegenstande der Verhandlung gemacht ist. Gleiches wird überwiegend von den gemeinkundigen Tatsachen angenommen. Hinsichtlich der gerichtskundigen Tatsachen wird vielfach angenommen, daß zwar die Tatsache von einer Partei behauptet sein muß, daß aber die Gerichtskundigkeit nicht zum Gegenstand der Verhandlung gemacht zu sein braucht. Die Gerichtskundigkeit ist kein Beweismittel, deshalb kann über sie auch nicht, wie über ein benutztes Beweismittel, verhandelt werden. Reichsgericht in Strafs., Bd. 28, S. 172.

Meiner Ansicht nach darf das Gericht jede — im obigen Sinne — offenkundige Tatsache berücksichtigen, auch wenn sie nicht von einer Partei vorgebracht ist<sup>1)</sup>; ja es muß dies sogar. Nach den Grundsätzen der

---

1) So auch das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen hinsichtlich der Erfahrungssätze und der gemeinkundigen konkreten Tatsachen, sodann aber auch in der meines Wissens ungedruckten Entscheidung des 3. Senats vom 22. Oktober 1907 in Sachen M.:L. hinsichtlich der gerichtskundigen Tatsachen allgemein.

oben S. 5 u. 7 erwähnten *Offizialmaxime* hätte der Richter unstreitig das Recht und die Pflicht, aber aus dem Gegensatz der in der ZPO. angenommenen *Verhandlungsmaxime* folgt noch nicht ein Recht der Parteien, den Sachverhalt mit Wissen des Richters zu fälschen. Die Parteien haben nicht die Pflicht, die Wahrheit zu sagen, aber auch nicht ein Recht zu lügen und durch Lüge über den Tatsachenstoff zu verfügen.

So notwendig die Berücksichtigung feststehender allgemeiner Erfahrung und zweifellos offenkundiger Tatsachen ist, so bedenklich kann die Berücksichtigung von „Erfahrungen“ und „Tatsachen“ in zweifelhaften Fällen sein.

Stets ist die größte Vorsicht geboten. Oben wurde auf die Presse hingewiesen. Wer einerseits wollte alles glauben, was an Ereignissen in den Zeitungen mitgeteilt wird, wer andererseits wollte bezweifeln, daß Zeppelin Luftschiffe baut und Fahrten veranstaltet hat? Wer wollte bezweifeln, daß es einen *Merulius lacrymans* gibt?

### § 3.

#### Die Offenkundigkeit in der Revisionsinstanz insbesondere.

Die Offenkundigkeit ist ein Rechtsbegriff und unterliegt fraglos und unstreitig der Nachprüfung in der Revisionsinstanz beim Reichsgericht. Dies ist so offenbar und unstreitig, daß ich von Belegen, insbesondere aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts, absehen darf.

I. Ob aber auch das Reichsgericht in der Revisionsinstanz eine offenkundige Tatsache berücksichtigen kann, ohne daß es sich um Nachprüfung des Begriffs der Offenkundigkeit handelt, und damit eine tatsächliche Feststellung des Oberlandesgerichts umstürzen kann, namentlich dann, wenn der Vorderrichter nicht auf Offenkundigkeit eingegangen ist, sowie dann, wenn das Reichsgericht etwas anderes für offenkundig hält, als der Vorderrichter, mag zweifelhaft erscheinen, da die Revision nur auf die Gesetzesverletzung gestützt werden kann und Gesetz in diesem Sinne „Rechtsnorm“ ist. (Vgl. oben S. 1 f.) Mit Recht wird die Frage allgemein bejaht, insbesondere in der Rechtsprechung des Reichsgerichts selbst.

Gewiß kann das Reichsgericht keine autoritative Entscheidung treffen, wenn es sich nicht um eine Entscheidung auf Grund von Rechtsnormen, sondern um solche auf Grund von naturwissenschaftlicher

Forschung handelt. (Vgl. Reichsgericht, Strafs. Bd. 32 S. 189). Wollte man aber dem Reichsgericht zumuten, ein Urteil unangefochten zu lassen, in welchem  $2 \times 2 = 5$  gerechnet ist, in welchem angenommen wäre, die Unterscheidung von grün und rot beruhe auf einer optischen Täuschung, oder ein hausschwammkrankes Haus könne wie ein kranker Mensch durch „Besprechung“ geheilt werden? Ein unerträglicher Formalismus würde herrschen! Ich fingiere hier drastisch; daß es sich auch um nicht fingierte Fälle — und gerade in der Hausschwammfrage — handelt, wird sich unten zeigen.

Die tatsächliche Feststellung ist Sache des Zivilsenats des Oberlandesgerichts bezw. der Strafkammer und des Schwurgerichts; Revision wird auf eine Rechtsnorm gestützt. Allgemeine Erfahrungssätze aber sind nicht festzustellen, sondern sind anzuwenden. Die Berücksichtigung solcher Sätze ist dem Reichsgericht in den Gesetzen nicht befohlen, aber auch nicht verboten. Die Rechtsprechung berücksichtigt sie. Dies kommt in zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts zur Geltung. Es fragt sich nur, ob dies bei allen oben zu 1 und 2 angeführten Tatsachen zulässig ist oder mit welchen Einschränkungen. Hierüber äußert sich schon die Entscheidung des 4. Zivilsenats vom 10. März 1887 (Entsch. Bd. 17 S. 271) — eine der ersten Entscheidungen des Reichsgerichts über Notorietät —:

Hinsichtlich der Frage der Gebundenheit des Revisionsgerichts an den vom Berufungsgericht als offenkundig hingestellten Satz sei zu unterscheiden:

a) ein vom Berufungsgericht als unbestrittene allgemeine wissenschaftliche Wahrheit hingestellter Satz und

b) die nur für einen beschränkten, dem Bereiche des Berufungsgerichtes angehörigen Kreis von Menschen angesprochene Offenkundigkeit.

An die Feststellung im letzteren Falle würde das Revisionsgericht der Regel nach wie an eine tatsächliche Feststellung gebunden sein; dagegen würde es im Falle zu a) entgegengesetzt entscheiden müssen, wenn das Revisionsgericht von der Unrichtigkeit einer solchen „allgemeinen Wahrheit“ überzeugt sei; im letzteren Falle müßte § 264 ZPO. — jetzt § 291 ZPO. — als verletzt angesehen werden. In dem damaligen Falle stimmte das Reichsgericht dem Kammergericht darin zu, daß der elektrische Strom nicht eine von Natur der Selbständigkeit fähige körperliche Sache, daß er vielmehr eine in den Körpern wirkende, in ihnen zur Entwicklung gelangende Kraft sei. — Bei dieser Entscheidung handle es sich nicht um eine wissenschaftliche Spezialfrage, zu deren Beant-

wortung es besonderer Sachkenntnis bedürfe, wie sie nur der mit der betreffenden Wissenschaft eingehend Beschäftigte zu haben pflege; es handle sich vielmehr um eine zum Gemeingute der wissenschaftlichen Gebildeten gehörige Frage; die Annahme des Berufungsgerichts, daß das Wesen der Elektrizität eine unbestrittene wissenschaftliche Wahrheit sei, müsse ebenso beurteilt werden, wie wenn das Gericht eine Tatsache als offenkundig hingestellt habe; diese Offenkundigkeit, vermöge deren die sonst mit Beweis belastete Partei des Beweises überhoben sei, müsse auf allgemein anerkannte wissenschaftliche Wahrheiten ebenso angewendet werden wie auf Vorgänge des weltgeschichtlichen und Naturlebens, deren Kenntnis Gemeingut aller Verständigen sei.

Die in der Entscheidung des 4. Zivilsenats gemachte Unterscheidung ist mehrfach wiederholt, so noch kürzlich in der Entscheidung desselben Senats vom 7. November 1910 (WARNEYER, Ergänz.-Bd. 4 S. 108). In diesem Falle hatte das Oberlandesgericht als gerichtsbekannt angenommen, daß der Ertragswert der Grundstücke im allgemeinen in aufsteigender Bewegung sei. Hierzu bemerkt das Reichsgericht: Soweit sich das Berufungsgericht hier auf einen Erfahrungssatz berufe, sei dies der freien Nachprüfung des Revisionsrichters unterworfen; aber es liege kein Grund vor, die Richtigkeit des Erfahrungssatzes zu bezweifeln. Soweit sich das Berufungsgericht weiter auf die Offenkundigkeit der Tatsache des Steigens der Mietpreise berufe, sei eine Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur zulässig, wenn der Begriff der Offenkundigkeit verkannt sei, denn im übrigen handle es sich um Tatsachenfeststellung; der Begriff der Offenkundigkeit würde verkannt sein, wenn das Gericht eine nicht gemeinkundige Tatsache, deren Kenntnis es nur auf privatem Wege erlangt habe, für notorisch erklären würde; aus welchen Quellen das Gericht seine Wissenschaft schöpfe, brauche es nicht anzugeben, und es sei im vorliegenden Fall sehr wohl möglich, daß das Gericht aus den vor ihm verhandelten Prozessen Kenntnis von dem Steigen der Preise erlangt habe.

Die allgemeinen Erfahrungssätze werden dann auch vom Reichsgericht in fester Rechtsprechung ebenso berücksichtigt, wie die Denkgesetze.

Zu den oben S. 7 zu 1 erwähnten Tatsachen rechnete der 1. Zivilsenat, 24. Mai 1886, Entsch. 18 S. 102, das Wesen der Lithophanie, derselbe Senat, 19. Dez. 1888, Entsch. Bd. 22 S. 174, die Bedeutung der Herophone, der 4. Zivilsenat in der erwähnten Entscheidung vom 10. März 1887 die Tatsache, daß der elektrische Strom „nicht eine von Natur



der Selbständigkeit fähige körperliche Sache, daß er vielmehr eine in den Körpern wirkende, in ihnen zur Entwicklung gelangende Kraft sei.“

Zu jenen Tatsachen rechnete der 1. Strafsenat, 1. Mai 1899, Entsch. 32 S. 177 ff., die Tatsache, daß nach der bisherigen wissenschaftlichen Forschung die Körperlichkeit des elektrischen Stroms nicht festgestellt sei. Dahin rechnete der 3. Strafsenat, 28. Februar 1889, Entsch. 19 S. 55 ff. unter Aufhebung des das Gegenteil annehmenden Urteils der Strafkammer die Tatsache, daß Fernsprechanlagen Telegrafenanstalten seien. Der 3. Senat erblickte „das Wesen dieser Anstalten darin, daß sie eine ihnen zur Weiterbeförderung zugehende schriftliche oder mündliche Mitteilung am Bestimmungsorte reproduzieren, während die Fernsprechanstalt trotz äußerer Aehnlichkeiten in ihrem Grundwesen gänzlich verschieden jeden Ton und jedes gesprochene Wort ganz ebenso, wie sie es empfangen, in gleicher Erscheinung des Schalles, lediglich trennende Räume ausscheidend, dem Ohre des bestimmten Hörers unverändert und als dieselben zuführen“. Der 3. Strafsenat hob das freisprechende Urteil auf. Er wies unter eingehender Erörterung der physikalischen Erscheinungen bei Benutzung des Telephons nach, daß die durch den Tonempfänger vermittelten Schallerscheinungen mit dem gesprochenen Worte nicht identisch, sondern automatisch reproduziert seien, so daß die von dem Instanzgerichte aus der physikalischen Beschaffenheit des Telephons hergeleitete Verschiedenheit von dem Telegraphen tatsächlich nicht bestehe. So wörtlich in der Aeußerung des Oberreichsanwalts in Strafsachen, Bd. 32 S. 169.

Besonders interessant ist die schon erwähnte Entscheidung des ersten Strafsenats des Reichsgerichts vom 1. Mai 1899 (Entsch. Bd. 32, S. 165 flg.). Es handelte sich um die Frage, ob Elektrizität oder elektrischer Strom Gegenstand eines Diebstahls sein könne. Dies konnte nur angenommen werden, wenn der elektrische Strom als körperliche Sache zu gelten habe. Die Strafkammer hatte bejaht, indem sie die nach § 242 des Strafgesetzbuchs erforderliche „Körperlichkeit“ annahm und folgendermaßen begründete: Der Sachverständige habe den elektrischen Strom als „etwas Flüssiges“ bezeichnet, also als etwas Stoffliches angesehen, er sei nicht „Zustand“, sondern „Bewegung“ u. s. w. Der verurteilte Angeklagte legte Revision ein. Der Oberreichsanwalt sprach zunächst aus, die Vermeidung von Ungleichheiten in der Rechtsprechung sei unmöglich, ein und derselbe Tatbestand könne ein verschiedenes prozessuales Schicksal haben, namentlich deshalb, weil die Würdigung des erhobenen Beweises zu ungleichen Ergebnissen führe und dem obersten Gerichtshofe die Würdigung

des Beweises entzogen sei. Der Oberreichsanwalt fuhr dann a. a. O. S. 167 fort: Die Frage aber, ob eine in der ganzen Welt gleiche Naturkraft die Eigenschaften habe, die sie befähigten, Gegenstand einer strafbaren Handlung zu sein, könne unmöglich der örtlich und zeitlich wandelbaren Feststellung der verschiedenen Strafkammern überlassen sein (S. 168), allerdings habe nach § 260 StPO. die Strafkammer das Recht, aus ihrer freien aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu entscheiden; dieser Wortlaut aber beschränke doch offenbar die freie Beweiswürdigung auf den konkreten Fall; allgemeine Erfahrungssätze habe der Richter, auch wenn er sich, um sie zu erkennen, der Hilfe Sachverständiger bediene, nicht festzustellen, sondern nur auf die festgestellten konkreten Einzeltatsachen anzuwenden; nur letztere seien der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen u. s. w.

Der erste Strafsenat verneinte die Körperlichkeit des elektrischen Stromes und sprach (S. 177 flg.) aus: hätte man die Erwägungen der Strafkammer lediglich als tatsächliche Feststellungen zu betrachten, so wären diese nach § 376 StPO. einer Nachprüfung durch das Reichsgericht entzogen; dieser Standpunkt aber sei nicht richtig; es handle sich nicht um eine reine Tatsachenfeststellung, nicht um eine naturwissenschaftliche Sonderfrage, welche für den Einzelfall auf Grund besonderer Sachkenntnis zu beantworten sei, sondern um eine grundsätzliche Frage, welche zwar einestheils im Gebiete der Naturwissenschaft liege, zugleich aber tief in das Rechtsgebiet einschneide; stünde es als unbestrittene wissenschaftliche Wahrheit fest, daß der elektrische Strom körperliche Sache sei, oder daß er dies nicht sei, so würde eine derart feststehende, zu einem Gemeingute aller gebildeten Menschen gewordene Wahrheit als „Tatsache“ bezeichnet werden können, diese Tatsache wäre eine offenkundige, sog. notorische Tatsache; die so von der Strafkammer angenommene Notorietät unterliege, weil es sich um einen Rechtsbegriff handle der Nachprüfung des Revisionsgerichts; dies jedenfalls dann, wenn die richtige Anwendung dieses Begriffs selbst in Frage stehe; im vorliegenden Falle freilich enthalte die erstrichterliche Entscheidung nicht den Ausspruch, die von dem Urteil zugrunde gelegte Anschauung über das Wesen sei die notorisch feststehende, vielmehr habe sich der Richter über die von ihm als bestritten angesehene naturwissenschaftliche Frage für eine der verschiedenen Ansichten entschieden; an sich lasse sich dem Strafrichter die Zuständigkeit und Befugnis zu einer für die Entscheidung erheblichen Streitfrage irgend eines natur- oder fachwissenschaftlichen Gebietes Stellung

zu nehmen nicht absprechen; er werde hierzu im gewissen Sinne sogar genötigt sein können; allerdings sei der Richter nicht zur Entscheidung von Problemen der Naturwissenschaften berufen, und, wenn er sich einem solchen ungelösten Probleme gegenüber befinde, so habe er eben die bestehende Ungewißheit als Faktor seiner Prozeßentscheidung nach Maßgabe der rechtlichen und prozeßrechtlichen Grundsätze wirken zu lassen; andererseits könne es auch nicht in die Hand der Strafkammer gelegt werden, eine für die Anwendung oder Nichtanwendung des Strafgesetzes maßgebende naturwissenschaftliche Frage unter dem Gesichtspunkt einer tatsächlichen Feststellung zu entscheiden, so daß etwa je nach dem ein Untergericht den elektrischen Strom für eine körperliche Sache oder für keine solche erklären würde an den verschiedenen Orten im Deutschen Reiche dort eine Verurteilung, hier eine Freisprechung bezüglich der Entwendung von Elektrizität unanfechtbar erfolgen würde u. s. w.

Das Reichsgericht sah also schließlich als offenkundig an, daß zur Zeit weder eine positive Feststellung der Körperlichkeit noch eine Feststellung des Gegenteils wissenschaftlich möglich sei und verneinte bei dem elektrischen Strom die für Anwendung des Diebstahlsbegriff notwendige Voraussetzung der Körperlichkeit. Dies ist das Wesentliche für meinen jetzigen Aufsatz.

Der 4. Zivilsenat machte von seinem erwähnten Standpunkt auch am 23. Sept. 1895 Entsch. Bd. 36 S. 349 flg. (Erste Instanz Landgericht II Berlin R. 96. 92) Gebrauch. In diesem Falle klagte eine Frau gegen ihren Mann auf Ehescheidung, indem sie geltend machte, daß der Mann an einer bestimmten unheilbaren Krankheit leide. Das Kammergericht wies diesen Standpunkt zurück, weil die Heilbarkeit der fraglichen Krankheit „nach dem heutigen Stande der Wissenschaft als gerichtsbekannt zu erachten“ sei. Worauf das Kammergericht diese Ansicht stützte, war nicht ausgeführt. Aus dem Wortlaut der Erwägung entnahm das Reichsgericht, daß das Kammergericht die Heilbarkeit der Krankheit als eine allgemein anerkannte wissenschaftliche Wahrheit<sup>1)</sup> und deshalb als offenkundig ansehe.

Hierzu bemerkt der 4. Zivilsenat: Eine derartige Wahrheit

---

1) Das Reichsgericht erachtete also doch ein Eingehen auf die Art der Offenkundigkeit für nötig, — anders und gewiß richtiger, als oben S. 7. das Reichsoberhandelsgericht und in dem vorliegendem Falle das Kammergericht. Ebenso in der meines Wissens ungedruckten Entscheidung des Reichsgerichts VI vom 12. Mai 1910, Nr. 238. 09.

könne allerdings die Grundlage der Offenkundigkeit bilden; aber die „absolute Heilbarkeit“ jener Krankheit sei keine solche Wahrheit; denn die Frage, ob jene Krankheit heilbar oder unheilbar sei, sei „eine reine medizinische Spezialfrage, die nur für einen geringen Bruchteil der Menschheit von Interesse sei und deren Beantwortung seitens der Wissenschaft keineswegs Gemeingut aller gebildeten Menschen geworden oder auch nur dazu zu werden bestimmt“ sei; selbst wenn daher die medizinische Wissenschaft die Heilbarkeit jener Krankheit als unumstößliche Wahrheit betrachte, so würde doch hierauf eine Offenkundigkeit im Sinne des § 264 — jetzt § 291 — ZPO. nicht gegründet werden können; aber nicht einmal von den Fachgelehrten werde die Frage einheitlich beantwortet; es müsse daher stets auf den einzelnen Fall zurückgegangen und für diesen durch sachverständigen Beweis festgestellt werden, ob die Krankheit als unheilbar im Sinne der landrechtlichen Bestimmung zu erachten sei oder nicht; zu diesem Zwecke werde im vorliegenden Rechtsstreite zu ermitteln sein, wie lange der Beklagte bereits mit der Krankheit behaftet, bis zu welchem Grade sie vorgeschritten sei, ob sie einen bösartigen Charakter habe und ob unter Berücksichtigung der sonstigen Körperbeschaffenheit des Beklagten zu erwarten sei, daß dieser ohne Schädigung der Gesundheit der beteiligten Frau und ohne Gefahr für das Leben und die Gesundheit etwaiger Kinder seine ehelichen Pflichten würde erfüllen können.

Das Kammergericht schritt nun zu einer Beweisaufnahme.

Der Gerichtsarzt begutachtete: daß der Bekl. sich vor Jahren die primäre Ansteckung zugezogen habe und daß später die sekundären Ausbrüche an der Nase und an der Zunge aufgetreten seien, gegenwärtig fänden sich nur die Narben jener primären oder sekundären Geschwüre, während akute Erscheinungen einer primären oder sekundären Krankheit augenblicklich nicht vorhanden seien: der Beklagte werde ohne Schädigung der Gesundheit der Klägerin die eheliche Pflicht erfüllen können, dagegen stehe zu befürchten, daß das Leben oder die Gesundheit etwa zu erwartender Kinder infolge des Zustandes des Beklagten durch Vererbung geschädigt würden.

Der Hausarzt der Familie, der den Beklagten gelegentlich untersucht hatte, äußerte sich dahin: daß ihm die Krankheit des Bekl. bei der enormen Schwere und Hartnäckigkeit vorliegend nicht mit Sicherheit heilbar erscheine und daß selbst ein vorhandener Stillstand in der Krankheit nicht die mindeste Garantie biete, daß der Kranke in absehbarer Zeit genesen; der von der Klägerin in Sommer 1892 geborene schwächliche Knabe sei hochgradig atrophisch gewesen, das Kind habe die unzweifelhaften Zeichen jener Krankheit gezeigt und sei nach etwa Jahresfrist infolge einer auf jener Krankheit beruhenden Atrophie gestorben.

Auf Grund dieser Gutachten erkannte das Kammergericht auf Ehescheidung (III U. 3456. 95), da die Krankheit „im konkreten Falle als ein unheilbares Gebrechen . . .“ anzusehen sei. Das Schlußergebnis war also in Berücksichtigung des konkreten Falles das der früheren Entscheidung des Oberlandesgerichts Entgegengesetzte.

In der meines Wissens ungedruckten Sache gegen F. hatte die Strafkammer angenommen, daß ein Fußgänger in der Stunde regelmäßig 8—10 Kilometer gehe. Der 1. Strafsenat bezeichnete dies als „den Naturgesetzen und der Erfahrung des täglichen Lebens widersprechend“ und hob das Urteil auf.

Eine vollständige Zusammenstellung der einschlagenden Entscheidungen des Reichsgerichts ist in dieser Arbeit nicht am Platze. Ich erwähne hier nur noch die Entsch. des 2. Strafs. vom 1. Mai 1892 (Bd. 23 S. 269 flg. über Pflanzenphysiologie) und von den Entscheidungen der Zivilsenate Bd. 5 S. 84 über „Indentgeschäft“, Bd. 12 S. 268 über die Frage, ob Aufbereitungsanstalten zum Bergwerksbetrieb gehören, Bd. 13 S. 70 über Seefahrt, Bd. 20 S. 95 über die beim Patentverkauf gewöhnlich vorausgesetzten Erfordernisse; endlich die meines Wissens ungedruckte Entscheidung des 4. Senats, 136. 04, über die Erfahrung des wirtschaftlichen Lebens, daß eine mit einem Nießbrauch für eine hochbetagte und kränkliche Person belastete Hypothek ohne Schwierigkeit jederzeit zu verkaufen oder zu beleihen sei.

Hinsichtlich der Gemeinkundigkeit kommt es darauf an, ob sie beim Vorderrichter (Oberlandesgericht bzw. bei der Strafkammer) oder ob sie beim Reichsgericht angenommen wird. Stellte der Vorderrichter eine Gemeinkundigkeit in einem sonst unanfechtbaren Verfahren fest, so kann das Reichsgericht daran nichts ändern, auch wenn die Gemeinkundigkeit bei ihm nicht angenommen wird. Als gemeinkundig betrachtete das Gericht im Falle der Entsch. des Reichsgerichts in Zivils. Bd. 24 S. 245 die Tatsache, daß am Tage der Beisetzung des Kaisers Wilhelm am Pariser Platz Tribünen aufgestellt waren. Als gemeinkundig betrachtete die Strafkammer im Falle der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 31 S. 187 die Beschaffenheit des Nationalcharakters, des Nationalbewußtseins und der nationalen Empfindlichkeit der Polen. Der IV. Strafsenat billigte dies: solche Tatsachen seien durch die allgemeine Erfahrung des geschichtlichen und politischen Lebens an die Hand gegeben; vom Standpunkt eines in der Stadt Posen fungierenden Gerichts sei es gewiß nicht zu beanstanden, „wenn jene Beschaffenheit in Ansehung der Polen und insbesondere der polnischen Bevölkerung in Preußen als ein in dem Bereich der Allgemeinkundigkeit

fallender, des Beweises nicht weiter bedürftiger Umstand in Berücksichtigung gezogen“ sei. Inwieweit es sich hier um einen Erfahrungssatz handeln könnte, ist hier nicht zu erörtern. Der Erfahrungssatz ergibt sich sehr häufig ohne weiteres aus gemeinkundigen Einzelgeschehnissen.

Das Reichsgericht hat aber auch Gemeinkundigkeit entgegen der Feststellung des Vorderrichters von Amtswegen zur Geltung gebracht, so hat der 1. Zivilsenat in der Entscheidung vom 14. April 1897 (Jurist. Wochenschr. S. 270 Nr. 12) die Feststellung des Oberlandesgerichts, daß es reine Differenzgeschäfte gar nicht gäbe, für notorisch falsch erklärt.

Für Hausschwammprozesse wird die Allgemeinkundigkeit keine erhebliche Rolle spielen. Gemeinkundig aber könnte das häufige Vorkommen von Hausschwamm in einer bestimmten Gegend oder die feuchte Lage der Häuser sein. Stellt das Oberlandesgericht dies in gehörigem Verfahren fest, so wird das Reichsgericht daran nichts ändern können. Das Reichsgericht wird aber wohl kaum jemals in einem Hausschwammprozeß in der Lage sein, eine dem Oberlandesgericht unbekannt gewesene Tatsache als gemeinkundig zu berücksichtigen. Denkbar wäre etwa die Berücksichtigung der dem Oberlandesgericht unbekannt gewesenen, dem Reichsgericht bekannten Tatsache, daß ein bestimmter Sachverständiger den Hausschwamm für weniger gefährlich hält als viele andere und seine zuverlässige Beseitigung für möglich hält. Leichter könnte sich der Fall ereignen, daß eine dem Oberlandesgerichtssenate unbekannt gewesene Tatsache beim Reichsgericht aus früheren Prozessen gerichtskundig wäre; z. B. die Verseuchung einer Gegend. Diese Tatsache wäre dann vom Reichsgericht zu berücksichtigen. Vergl. oben S. 9.

II. Wie schon oben S. 10 bemerkt, ist die Frage der Feststellung eines Erfahrungssatzes und offenkundiger Tatsachen mit besonderer Vorsicht zu beantworten; ganz besonders beim Reichsgericht.

Geschähe dies nicht, so setzte sich der Richter in dem Streben, dem heute häufigen Vorwürfe der Weltfremdheit zu entgehen, dem Vorwurfe dilettantenartiger Erledigung wissenschaftlicher Fragen aus. Er käme also aus der Scylla in die Charibdis. Gewiß soll der Richter nicht weltfremd sein, aber allwissend kann er auch nicht werden. KOHLER, „Der Prozeß als Rechtsverhältnis“ (1888), bemerkt S. 27: Wenn es sich um Verhältnisse technischer Art handle, deren Beurteilung eine intimere technische Kenntnis verlange, so solle der Richter nicht ohne weiteres eine Tatsache als notorisch betrachten, er würde sonst in die Gefahr geraten, sein laienhaftes Urteil da walten zu lassen, wo technische Kenntnisse erforderlich seien. Erheb-

liche Bedenken äußert KOHLER a. a. O., sowie in seinen gesammelten Beiträgen zum Zivilprozeß, S. 68 flg., zu der vom Reichs-Oberhandelsgericht angenommenen Notorietät über Theaterpraxis, ebenso zu dem schon oben S. 12 erwähnten Lithophanienurteil des Reichsgerichts; in diesen Urteilen seien diese höchsten Gerichtshöfe in der ästhetischen und künstlerischen Würdigung in die Irre gegangen.

Wenn das Reichsgericht einen allgemeinen Erfahrungssatz sicher zu kennen glaubt, kann es und muß es ihn in seiner Entscheidung berücksichtigen, und namentlich auch im Gegensatze zu den Feststellungen des Oberlandesgerichts. Daß dies geschieht, zeigen die erwähnten Beispiele. Die unten anzuführenden Fälle aus der Hausschwammfrage werden dies noch mehr erkennen lassen. Ist dem Reichsgericht ein Erfahrungssatz unbekannt, so muß es sich an den Standpunkt des Vorderrichters halten. So kann denn die schon oben erwähnte Ungleichheit recht drastisch hervortreten. Um nur ein Beispiel anzuführen:

In dem Falle der Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen II, vom 17. März 1908 (Entsch. Bd. 41, S. 181) hatte die Strafkammer angenommen, daß der angeklagte Wilderer, welcher in einer Entfernung von ungefähr 80 Schritten in der Richtung nach einem Förster geschossen hatte, schon deshalb einen Angriff gegen ihn nicht verübt hätte, weil eine Verletzung durch einen Schrotschuß auf so große Entfernung unmöglich sei. Das Reichsgericht bemerkt dazu S. 183: „Im vorliegenden Falle hat der Täter den Forstaufseher . . . . . nicht treffen können, weil die Ladung ihn in Ansehung der Entfernung nicht erreichen konnte. Ein Angriff hat mithin nicht stattgefunden.“

In dem Falle der Entscheidung des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 15. Juni 1908 verlangte der Kläger vom Beklagten Schadenersatz wegen Körperverletzung. Er behauptete: Der Bekl. habe auf der Hühnerjagd zwei Schüsse in der Richtung auf das etwa 170 m entfernte Stallgebäude des Kl. abgegeben; von diesen Schüssen sollten 25—30 Schrotkörner dem Sohne des Klägers in das rechte Auge gedrungen sein. Die Täterschaft des Angeklagten wurde für zweifelsfrei gehalten auf Grund der sachverständigen Gutachten, daß aus einer Entfernung von ca. 170 m 25—30 Schrotkörner, die im Auge des Klägers gefunden worden sind infolge des Schusses in der Richtung des Standortes des Verletzten in dessen Auge eindringen konnten, vorausgesetzt, daß die Schrotkörner durch ein Bindemittel zusammengehalten waren.“

Wäre dem Reichsgericht bekannt gewesen, was allen Jägern bekannt sein dürfte, daß man mit einem Schrotschuß auf 80 Schritt Jemanden

körperlich verletzen kann, so wäre die Aufhebung jenes Urteils der Strafkammer in Frage gekommen.

Wenn aber das Reichsgericht keinen Erfahrungssatz zweifelsfrei feststellen kann, so muß es den Standpunkt „non liquet“ bewahren und es bleibt dann bei der tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, welche den einzelnen Fall auf seine Besonderheit zu untersuchen hatte. Zutreffend scheint mir deshalb auch das — von Stein m. E. mit Unrecht getadelte — Urteil des obersten Landgerichts München vom 6. Dez. 1886 (Seuff. Arch. Bd. 42 Nr. 98). Die Feststellung, ob Fabrik oder Handwerk vorliege, wurde „in jenem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen anheimgegeben“. Der höchste Gerichtshof gab nur leitende Gesichtspunkte an!

#### § 4.

### Anwendung auf den Hausschwamm.

Wenn ich nunmehr das Gesagte auf die Hausschwammfrage anwende, so ist vorerst auf die schwankende Rechtsprechung hinzuweisen. Ich gebe zunächst nur eine Uebersicht über die bis zu meiner früheren Arbeit über die Hausschwammfrage (Heft 2 dieser Forschungen) veröffentlichten und in jener Arbeit erwähnten Entscheidungen. Auf die neueren Entscheidungen werde ich unten im zweiten Teil eingehen.

In der Rechtsprechung, insbesondere in der des Reichsgerichts, spielen nur *Merulius lacrymans* und „*Polyporus vaporarius*“ die Rolle.

Es fragt sich

I. Hinsichtlich des *Merulius lacrymans*:

1. ob er nach sicherer Erfahrung unter allen Umständen ein erheblicher Fehler des Hauses ist? oder ob es auf den einzelnen Fall ankommt?

a) In mehreren — namentlich etwas weiter zurückliegenden — Entscheidungen ist auf den einzelnen Fall Gewicht gelegt, so namentlich in den in Heft 2 der „Hausschwammforschungen“ von mir erwähnten Entscheidungen des Landgericht I Berlin vom 20. November 1900 (vgl. S. 21), des Kammergerichts vom 28. März 1901 (13. Zivils., vgl. S. 20, 21), vom 19. November 1903 (vgl. S. 23), vom 25. Januar 1906 (13. Zivils., vgl. S. 29), vom 11. Dezember 1907 (4. Zivils., vgl. S. 36 betreffend Hausschwamm in einem Kahne), des Oberlandesgerichts Naumburg von 1904 (vgl. S. 28) Vgl. auch Heft 2 S. 104.



b) In sehr zahlreichen und namentlich neueren Entscheidungen und besonders des Reichsgerichts ist echter Hausschwamm nach feststehender Erfahrung allgemein als erheblicher Fehler des Gebäudes erachtet, insbesondere in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, so in den Entscheidungen<sup>1)</sup> des Kammergerichts, 4. Zivilsenats vom 22. Mai 1905 (vgl. S. 23) und 5. Juni 1905 (vgl. S. 24), des 17. Zivilsenats vom 26. Mai 1906 (Fall der Entsch. des Reichsgerichts vom 6. April 1907), in den Entscheidungen des Reichsgerichts, 5. Zivilsenats, vom 24. Juni 1903 (vgl. S. 25), 20. April 1904 (das.), 15. April 1905, Schultz, Jahrb. (Bd. 4 S. 2, 23, 25, 28), 1. Juli 1905 (S. 23), 30. Juni 1906 (vgl. S. 25), 9. Januar 1907 (S. 23, 59), 6. April 1907, 4. Dezember 1907 (S. 25).

2. Ob als erheblicher Fehler auch ein etwa nach Beseitigung des vorhanden gewesenenen *Merulius lacrymans* zurückbleibender Verdacht des Wiederauftretens zu gelten habe?

a) Auf den einzelnen Fall legte Gewicht Kammergericht 6. Mai 1901 (vgl. Heft 2 S. 49) im Falle der Entsch. des Reichsgerichts vom 30. Juni 1906. Der 4. Zivilsenat sprach in dieser Entscheidung von einem „dringenden Verdacht“. Der 5. Zivilsenat des Reichsgerichts sprach in seiner Entscheidung vom 20. April 1904 (Jurist. Wochenschr. S. 359<sup>13)</sup> von einer meist bleibenden Schwammverdächtigkeit. Ebenso derselbe Senat in der Entscheidung vom 30. Juni 1906. In dieser sprach der Senat ferner aus: „bei der Verschiedenheit der örtlichen und sonstigen Lebensverhältnisse und der Anschauungen des Verkehrs ist es unmöglich, durch Rechtssätze bestimmte Mängel als Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB. ein für allemal festzustellen“. Das Berufungsgericht habe die besonderen Verhältnisse des vorliegenden Falles richtig gewürdigt. Insbesondere wurde zum Schluß dem Gutachten des als Sachverständigen gehörten Maklers zugestimmt, „daß die Furcht im Publikum vor Schwamm, in neuerer Zeit wegen der Fortschritte der Chemie<sup>2)</sup>, der Heilbarkeit des Fehlers usw. etwas verringert ist“. In dieser Entscheidung also kein allgemeiner Erfahrungssatz über Schwammverdacht, sondern nur der allseitig anerkannte Erfahrungssatz des griechischen Philosophen, daß alles im Flusse ist!

---

1) Von den ohne nähere Begründung getroffenen alten Entscheidungen des Oberlandesgerichts und des Oberappellationsgerichts Wolfenbüttel von 1845 (vgl. Heft 2 S. 20) sehe ich hier ab.

2) Besser hätte der Sachverständige wohl gesagt: Fortschritte der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse.

Auch in der Entsch. vom 27. März 1907 schränkte der 5. Senat ein: „wenn jederzeit das Wiederauftreten des Hausschwamms zu befürchten ist“. Nicht anders ist die ältere Entscheidung des 5. Senats vom 2. Juli 1892 (Heft 2 S. 24 Anm. 1) zu verstehen, indem darin ausgesprochen wird, der Schwammverdacht müßte spätestens beim Oberlandesgericht geltend gemacht werden; die Revisionsinstanz kannte also keinen Erfahrungssatz.

b) Im Gegensatz zu diesen Entscheidungen haben mehrere Gerichtshöfe den Hausschwammverdacht allgemein — ohne Rücksicht auf den einzelnen Fall — für einen erheblichen Sachmangel erklärt, so Kammergericht (4. Sen.) 22. Mai 1905, (13. Sen.) 1. Juli 1907, Oberlandesgericht Breslau (im Falle der Entscheidung des Reichsgerichts V. vom 4. Dezember 1907), 19. Januar 1907, sodann aber auch der 5. Zivilsenat des Reichsgerichts in seinen Entscheidungen vom 20. April 1904 („nach allgemeiner Verkehrsauffassung“) (vgl. Heft 2 S. 25), vom 15. April 1905, vom 4. Dezember 1907 (vgl. Heft 2 S. 29).

In neueren Entscheidungen ist — immer häufiger — die Rede von

II. „Trockenfäule“, „Porenhausschwamm“, „Polyporus vaporarius.“ Es fragt sich:

1. Ob die Pilzarten dieser Gattung nach feststehender Erfahrung allgemein einen erheblichen Sachmangel begründen oder ob etwa nur im einzelnen Falle?

a) In mehreren im Heft 2 erwähnten Entscheidungen haben die Gerichte auf den einzelnen Fall entscheidendes Gewicht gelegt, so Landgericht I, 13. Dezember 1905 (Heft 2 S. 30), Kammergericht, 7. Senat, 30. Juni 1906 (S. 33), Reichsgericht V, 27. März 1907 (S. 35), Kammergericht, 14. Senat, 13. Juni 1907 (im Falle der Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. November 1907).

b) Vorsichtig äußert sich der 5. Senat in seinem Erkenntnis vom 27. November 1907: „Nicht beizutreten ist der Ausführung, daß die Trockenfäule keinen erheblichen Mangel im Sinne des § 459 BGB. darstelle. Es ist festgestellt, daß durch den Mangel der Wert der Häuser um 5000 M. herabgesetzt wird. Dies ist erheblich.“ Es wird also doch nicht Trockenfäule unter allen Umständen für erheblich erklärt. Der Senat sagte: „Dies ist erheblich.“

c) Weiter aber gingen die Erkenntnisse des 17. Zivilsenats des Kammergerichts vom 26. Mai 1906 und in derselben Sache des 5. Senats des Reichsgerichts vom 6. April 1907. Das Kammergericht erklärte Polyporus vaporarius in einem neugebauten Hause, das noch viele

Feuchtigkeit hat, allgemein für erheblich und für „fast ebenso gefährlich, wie den echten Hausschwamm“ (vgl. Heft 2 S. 23). Der 5. Senat bestätigte dies und setzte verallgemeinernd hinzu: „Es sei nicht abzusehen, warum die nach dem Gutachten äußerst schwer zu entdeckenden Keime (Myzelien) eines so gefährlichen Pilzes anders wie die des echten Hausschwamms nicht schon als solche einen erheblichen Mangel des von ihnen behafteten Gebäudes bilden sollen und die Rechtsprechung habe bisher auch einen Unterschied zwischen beiden Pilzarten in rechtlicher Beziehung nicht gemacht.“

2. Von einem Vaporarius-Verdachte war in den bis zum Erscheinen des 2. Heftes dieser „Forschungen“ veröffentlichten Entscheidungen meines Wissens noch nicht die Rede.

## Zweiter Teil.

# Neue Entscheidungen in der Hausschwammfrage.

## I. Ueber die Frage der rechtlichen Gleichbehandlung des *Polyporus vaporarius* mit *Merulius lacrymans*.

### § 5.

#### Erkenntnis des Reichsgericht vom 4. November 1908.

Von besonderer Bedeutung ist die Entscheidung des 1. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 4. November 1908<sup>1)</sup>:

Kläger klagte 1908 gegen den Bekl. aus einem von dem letzteren unstreitig zugunsten des Klägers angenommenen Wechsel über 5000 M. auf Zahlung dieser Wechselsumme und Nebenforderung. Unstreitig war der Wechsel zum Zwecke der Tilgung eines Teilbetrages der Kaufpreisforderung des Klägers aus dem von ihm mit dem Beklagten am 25. April 1905 geschlossenen Grundstückskauf gegeben. Der Bekl. hielt sich zur Einlösung des Wechsels nicht für verpflichtet, weil er den Kauf wegen Betruges anfocht und Wandelung sowie Schadenersatz von mindestens 5000 M. unter der Behauptung forderte, daß das auf dem verkauften Grundstück befindliche Fabrikgebäude von Schwamm ergriffen sei. Der Beklagte glaubte zur Geltentmachung dieser Rechte trotz seines Verzichts auf Gewährleistung in der Lage zu sein, Kläger habe nämlich den Mangel gekannt und verschwiegen, Kl. habe überdies den Mietertrag zu hoch angegeben gehabt. Bekl. behauptet unter Berufung auf Zeugen und Sachverständige, die Sparren, Balkenköpfe und Fußböden seien, wie sich nach der Uebergabe herausgestellt habe, so von Schwamm angefressen gewesen, daß die Erneuerung etwa 5000 M. kosten würde. Kläger habe den Schwammschaden gekannt, der Verwalter G. habe ihn schon vor Jahren um Abstellung des Mangels ersucht. Kl. habe aber erklärt, daß er das Haus zu verkaufen beabsichtige, und also zur Beseitigung des Schwammes keinen Anlaß habe.

1) In Sachen 563. 07. (Vgl. Jur.-Wochen-Schr. 1908 S. 742 Nr. 11, Schultz, Jahrb. Bd. 6 S. 4, Soergel, Rsprech. 1909 S. 184 Nr. 16).

Das Landgericht II Berlin — 22 P. 1000. 05 — hatte die Klage durch Urteil vom 20. Juni 1906 abgewiesen, indem es die Wandelungseinsrede wegen Schwamms für begründet erklärte:

Der Schwamm sei durch den Zeugen R. und den Sachverständigen X. festgestellt; diese hätten nämlich glaubhaft bekundet, daß die Sparren, Balkenköpfe und Fußböden des Obergeschosses des Fabrikgebäudes von altem Schwamm an- und durchfressen seien, der bereits lange vor der Auflassung an den Beklagten infolge jahrelanger Vernachlässigung einen solchen Umfang angenommen habe, daß eine Erneuerung oder Ausbesserung ungefähr 5000 M. koste; das Holz sei nach Angabe des R. so morsch, daß es sich leicht zwischen den Fingern zerreiben lasse und man mit dem Messer tief einstechen könne; der Fußboden könne nach dem Gutachten des Sachverständigen nur mit großer Vorsicht betreten werden; zwar habe der Architekt Z. in dieser Fäulnis keine Schwamm-bildung feststellen können und habe angenommen, daß der Einfluß der Witterung Ursache der erwähnten schlechten Beschaffenheit des oberen Geschosses sei; dadurch könne aber jenes Zeugnis des R. und Gutachten des Sachverständigen nicht erschüttert werden; Kläger habe den Schwammschaden auch gekannt und habe ihn dem Beklagten schuldhafterweise verschwiegen. Dies ergebe sich aus der einwandfreien eidlichen Aussage des Zeugen G.; schon im Juni 1904 habe dieser Zeuge den Kläger auf das Vorhandensein von Schwamm aufmerksam gemacht; Kläger aber habe darauf durch den Zeugen L. antworten lassen, er würde wegen des beabsichtigten Verkaufs nichts ausbessern lassen; aus diesem Grunde sei die Vereinbarung in dem Kaufvertrage, durch welche dem Kläger die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Mängel erlassen sei, gemäß § 476 BGB. nichtig und der Beklagte habe seinen Anspruch auf Gewährleistung gemäß § 459 selbst dann, wenn man annehmen wollte, daß ihm der Schwamm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei.

Ein Bausachverständiger gab Gutachten ab. Ich lasse es abdrucken, damit die Sachverständigen es vollständig nachprüfen können:

Auf Grund der Aussagen der Zeugen sei anzunehmen, daß Schwamm in dem Hause vorhanden gewesen sei; auch sei es möglich in solchem Umfange, daß die Beseitigung des Mangels mindestens 5000 M. Kosten verursache, ob echter Hausschwamm oder *Polyporus vaporarius*, könne er nicht sagen; beide Pilze verursachten aber die Zerstörung des Holzes und hätten äußerlich, mit bloßem Auge gesehen, große Aehnlichkeit miteinander; das zerstörte Holz zeige gleiche Eigenschaften; nach Aussage des Zeugen R. könne man annehmen, daß es sich um echten Hausschwamm handle; der Zeuge habe aber eine genauere Feststellung der charakteristischen Fruchtkörper und Sporen desselben nicht gegeben; solche sei aber unbedingt notwendig, um echten Hausschwamm festzustellen; die Bekundung, daß die Pilze eine gelblichbraune Farbe hatten, lasse annehmen, daß es sich um echten Hausschwamm handle; das Mycel des echten Hausschwamms bilde, wenn es unter dem Fußboden hervortrete, Mycelflächen, welche sich in Fruchttträger umwandeln und bald eine gelblichbraune Farbe annähmen; diese so ent-

standenen Fruchtteller könnten sehr große Dimensionen annehmen, noch größer, als der Zeuge H. bekundet habe — manchmal Umfang der Sitzfläche eines Stuhles —; wenn der Zeuge R. bekunde, daß sich die Pilze an feuchten Stellen befunden hätten, so rühre diese Feuchtigkeit von den Mycelien selbst her, da diese sehr viel Tropfen von heller oder gelbgefärbter Flüssigkeit ausschieden; die Zeugen R., H., M. und St. hätten bekundet, daß sich die Holzteile zu Pulver (feinem Mehl) zerreiben ließen; auch diese Eigenschaft sei dem durch echten Hausschwamm zerstörten Holze eigen; der Zeuge M. habe noch angegeben, daß die Schnittflächen des Holzes am Rande bräunlich gewesen seien; eine derartige Farbenänderung trete bei dem mit echtem Hausschwamm behafteten Holze ein; alle diese bekundeten Eigenschaften seien aber größtenteils auch dem Polyporus vaporarius eigen und es bedürfe noch genauerer Bekundung und Feststellung betreffs der Schnallenzellen<sup>1)</sup> und Sporen, um bestimmt sagen zu können, es sei eine von den beiden der angeführten Pilzsorten die Ursache zur Zerstörung des Holzwerkes in dem Fabrikgebäude; nach Annahme des Sachverständigen sei es belanglos, welcher Pilz die Zerstörung des Holzes hervorgerufen habe, da nach den Bekundungen der Zeugen eine sehr weitgehende Zerstörung, sogar bis in die Mitte der Balken, auch des Einschubes sowie der Dachsparren, stattgefunden habe, welche eine umfangreiche Erneuerung des Holzwerkes verursacht hätte; die zur Erneuerung notwendigen Arbeiten könnten wohl 5000 M. Kosten verursachen; hinsichtlich der Frage der Erkennbarkeit des Schwammes sei zu sagen, daß diesen Schwamm jeder Laie, wenigstens die Pilze, da sich dieselben auf dem Dache, Fußboden als weiße Pilzlagen zeigten und den Umfang einer Sitzfläche gehabt hätten, erkennen könne.

Das Kammergericht, XIII, 1. Juli 1907 — U. 5238 06 —, hat unter Abänderung des ersten Urteils den Beklagten nach dem Klageantrage verurteilt, indem es insbesondere die Voraussetzungen für Zulässigkeit der Wandelung wegen Schwamms verneinte.

Hinsichtlich des Schwamms wird ausgeführt:

Echter Schwamm komme nicht in Frage, denn er sei nicht erwiesen; fest steht allerdings, daß dem Beklagten vor dem Abschlusse des Kaufes nicht mitgeteilt sei, das Fabrikgebäude sei mit Schwamm behaftet, dagegen sei nicht festgestellt, daß der Kläger oder dessen Vertreter dies arglistig verschwiegen habe, d. h. verschwiegen habe in Täuschungsabsicht; daß dem Verkäufer eine solche Absicht ferngelegen, ergäben die ganzen Kaufverhandlungen; nicht nur das Wohngebäude, sondern auch das Fabrikgebäude befänden sich in trostlosem Zustande und seien, wie G. bemerkt habe, eine „Kalamität“ für den Ort; am meisten gefahrdrohend sei das Dach des Fabrikgebäudes gewesen; dieser schlechte und reparaturbedürftige Zustand des Fabrikgebäudes sei für jeden Laien wie die Zeugen K. und L. bestimmt bekundet hätten, offensichtlich erkennbar ge-

---

1) Schnallenzellen kommen nach den neuen Feststellungen der Mykologen bei beiden Pilzen genau in derselben Art vor. Dies ist, wie mir Herr Oberforstmeister MÖLLER auf Anfrage freundlichst mitteilte, jetzt mehrfach festgestellt.

wesen; der Fußboden im Erdgeschoß sei schlecht und wellig; teilweise lägen überhaupt keine Fußplatten; neun Zehntel der Fensterscheiben seien zerschlagen oder in sehr schadhaftem Zustande; das Dach hätte sich nach innen gesenkt, an verschiedenen Stellen des Daches fehlten Ziegel; deshalb seien Löcher entstanden und es habe durchgeregnet; der Zeuge G. habe die Tür verriegeln lassen, um das Betreten der Räume im ersten Stock wegen ihrer Baufähigkeit zu verhindern; ebensowenig wie dem Zeugen K. könne dies alles bei der Besichtigung dem Beklagten entgangen sein; daß er die Vernachlässigung des Gebäudes schon vor dem Abschluß des Kaufes gekannt habe, leugne der Beklagte auch garnicht; bei der Besichtigung sei auch der Umfang der Reparaturbedürftigkeit des Fabrikgebäudes zur Sprache gekommen und habe G., wie K. bezeuge, den Beklagten auf diese Reparaturbedürftigkeit ausdrücklich hingewiesen und dabei allein die Kosten der Dachreparatur auf 1500 bis 2000 M. geschätzt; wie der Zeuge L. bekunde, habe der Beklagte nach der Besichtigung des Grundstückes auch mit ihm im Bureau der Klägerin über die Reparaturbedürftigkeit des Fabrikgebäudes gesprochen; hierbei habe L., wie auf Grund seiner Aussage feststehe, erklärt, das wisse die Klägerin, sie verkaufe das Grundstück aber in dem Zustande, in dem es sich befinde und in dem es dem Beklagten bekannt sei; demgemäß sei im Kaufvertrage der § 4 aufgenommen, worin jede Haftung für Mängel abgelehnt werde; darüber, daß Holzteile des Fabrikgebäudes in erheblichem Umfange verfault gewesen seien, hätte der Beklagte mithin nach Lage der Sache nicht im Zweifel sein können; er hätte sich sagen müssen, daß, wenn er das Grundstück zum Gebrauche der darauf stehenden Gebäude erwürbe, solche verfaulten Holzteile durch neue unter Aufwendung nicht unerheblicher Geldmittel ersetzt werden müssen, bevor die Gebäude, namentlich das Fabrikgebäude, benutzt werden könnten; das Vorhandensein des Fäulnispilzes könne mithin für die vom Beklagten behauptete Türschließung nicht in Betracht kommen; anders läge die Sache, wenn das Vorhandensein des echten Hausschwamms sich hätte feststellen lassen, da dieser notorisch in seinen Folgen trotz der eingehendsten Reparaturen nur schwer zu beseitigen sei und das Gebäude selbst nach der Beseitigung noch schwammverdächtig bleibe und deshalb für den Käufer minderwertig erscheine.

Demnächst wird ausgeführt, daß ein Beweis für echten Hausschwamm nicht erbracht sei.

Der 1. Zivilsenat des Reichsgerichts hat am 4. November 1908 das Erkenntnis des Kammergerichts aufgehoben; die Rechtsprechung des Reichsgerichts gehe, wie sie in zahlreichen Entscheidungen bezeugt sei, davon aus, Treu und Glauben im Verkehr erforderten nicht allein, daß ein tatsächlich vorhandener Schwamm im Gebäude nicht verschwiegen, sondern auch ein Schwammverdacht dem Käufer mitgeteilt werde<sup>1)</sup>, ob

---

1) Das Reichsgericht berücksichtigt also den Schwammverdacht gemäß einem allgemeinen Erfahrungssatze, obwohl ein solcher Verdacht als erheblicher Fehler gar nicht behauptet war. Ein Beweis dafür, daß entgegen der Ansicht der meisten

die Schwammbildung nun dem *Merulius lacrymans* oder dem *Polyporus vaporarius* zuzuschreiben sei, sei hierbei nicht von Belang, denn beide Pilze zeigten, wie auch im vorliegenden Falle der vernommene gerichtliche Bausachverständige begutachtet habe, die gleichen holzzerstörenden Eigenschaften, während sie, mit bloßem Auge gesehen, große Aehnlichkeit mit einander hätten; mit Rücksicht hierauf habe auch der 5. Senat am 6. April 07, V. 392. 06 gebilligt, daß das Kammergericht in dem Vorhandensein des *Polyporus vaporarius* einen ebenso erheblichen Sachmangel erblickte, als in dem echten Hausschwamm; an dieser Auffassung sei festzuhalten; in rechtlicher Beziehung sei ein Unterschied zwischen beiden Pilzarten nicht zu machen.

Dies galt dem 1. Senat als ein feststehender Erfahrungssatz.

Im vorliegenden Falle hatte die Klägerin noch darauf hingewiesen, daß der sehr verfallene, teilweise auffällige Zustand der Gebäude für jedermann, auch für den sie besichtigenden Beklagten offen erkennbar gewesen sei. Kläger meinte, die Gebäude hätten vom Beklagten eigentlich nur auf Abbruch gekauft werden können. Hierzu bemerkt das Reichsgericht: Der abgeschlossene Kauf enthalte hierüber nichts; dem Vorgehen des Klägers stehe die Tatsache entgegen, daß der Käufer über die bisherigen Mietertragnisse Erkundigungen eingebracht und hierüber wie über die Vermietbarkeit der Fabrik auch Auskunft erhalten habe; unter diesen Umständen sei die Klägerin durch den erkennbar schlechten Bauzustand der Gebäude von den allgemeinen Verpflichtungen des Verkäufers, das Vorhandensein von Schwamm oder Schwammverdacht dem Käufer anzuzeigen, trotz der Bestimmung im § 4 des Kaufs dann nicht befreit, wenn sie das Vorhandensein von Schwamm oder Schwammverdacht arglistig verschwiegen habe.

Nach erneuter Beweisaufnahme hat der 2. Senat des Kammergerichts durch Urteil vom November 1909 II. U. 10107. 08 die Berufung des Klägers zurückgewiesen:

Das auf dem verkauften Grundstück befindliche Fabrikgebäude sei unzweifelhaft im zweiten Geschoß mit Schwamm behaftet gewesen und so faul und morsch geworden, daß der Zeuge G., welcher das Grundstück für die Klägerin verwaltete, die Zugangstür zu diesem Stockwerk zur Vermeidung von Unfällen verschlossen gehalten habe; daß der Schwamm in diesem erheblichen Maße das Fachwerk des Fabrikgebäudes ergriffen gehabt habe, ergebe sich aus den Aussagen der Zeugen R., G., St. und des Sachverständigen X.; das Fabrikgebäude

---

Schriftsteller und der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs allgemeine Erfahrungssätze auch ohne Parteibehauptung berücksichtigt werden. Im vorliegenden Falle fragt es sich nur, ob der angenommene Satz auch wirklich der Wahrheit entspricht. Davon unten in § 7.



sei infolgedessen, wie G. bezeugt habe, eine „Kalamität“ für den Ort gewesen und habe die „Schwammhude“ geheißen; dieser Mangel hätte nach der Entscheidung des Reichsgerichts dem Käufer von dem Verkäufer oder seinem Vertreter trotz des vertragsmäßigen Ausschlusses ihrer Haftung für Fehler des Gebäudes mitgeteilt werden müssen, wenn ihm der Fehler bekannt gewesen sei, auch selbst dann, wenn er nur den Verdacht des Vorhandenseins eines solchen Fehlers gehabt habe; daß der Vertreter des Klägers L. diesen Verdacht gehabt habe, lasse sich zwar nicht aus der Tatsache entnehmen, daß sich in einem auf dem Grundstück stehenden Wohngebäude Schwamm gezeigt habe, welcher auf die Anzeige des G. auf Veranlassung des L. beseitigt oder zu beseitigen versucht worden sei; denn wie G. bezeugt habe, hätten zwei Wohnhäuser, ein größeres und ein kleineres, auf dem Grundstück gestanden; das kleinere Haus sei mit dem Fabrikgebäude eng verbunden, während das größere gesondert stehe und nur von den Mietern des größeren, nicht aber auch den Mietern des kleineren Hauses über das Vorhandensein von Schwamm geklagt worden sei; nur in dem gesondert stehenden größeren Hause hätten Arbeiten zur Beseitigung des Schwammes ausgeführt werden müssen; aber aus folgenden Tatsachen sei sicher zu entnehmen, daß L. mindestens den Verdacht des Vorhandenseins von Schwamm im Fabrikgebäude gehabt habe, usw., usw.; wenn L. auch nur eine Vermutung für Schwamm gehegt habe, so sei solche zur Begründung des Schwammverdachts genügend; es hätte also dem Käufer der Verdacht mitgeteilt werden müssen.

Das Kammergericht konnte aber das Verschweigen des Schwammverdachts nicht als Wandelungsgrund feststellen, weil Kläger in der Schlußverhandlung behauptete und unter Beweis stellte, daß dem Beklagten vor dem Abschluß des Vertrages der Schwammverdacht bekannt gewesen sei, denn dem Käufer brauche von einer schon bekannten Tatsache keine Kenntnis gegeben zu werden. Der zweite Wandelungsgrund (falsche Angaben über die Höhe der Mieterträge) griff nach der Ansicht des Kammergerichts durch usw.

Die letzte Entscheidung des Kammergerichts ist vom Reichsgericht durch Urteil vom 4. März 1911 wiederum aufgehoben worden. Der Grund der Aufhebung interessiert hier nicht, weil er den Hausschwamm nicht betraf.

In dem neuen Urteil spricht das Reichsgericht aus: Bei Erledigung des Schwammverdachts werde das Kammergericht zu berücksichtigen haben, daß nicht jedes Verschweigen eines dem Verkäufer bekannten Fehlers des Kaufgegenstandes notwendig auch ein arglistiges Verschweigen darstelle. (J. W. S. 1906, S. 86, Nr. 51).

---

1) Neues Aktenzeichen beim Kammergericht: II. U. 3360. 1911.

§ 6.

Erkenntnis des Reichsgerichts vom 19. Januar 1909.

Von Bedeutung ist auch das Urteil des 2. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 19. Januar 1909<sup>1)</sup>.

Die Beklagten hatten am 31. August 1903 mit einem Dritten ein Grundstück umgetauscht. Der Dritte vertauschte das erworbene Grundstück am 24. Oktober 1903 weiter an den jetzigen Kläger. Am 22. April 1904 gab der Dritte dem jetzigen Kläger die Erklärung ab, er habe festgestellt, daß das Haus durch und durch feucht und mit Schwamm und Trockenfäule behaftet sei, er sei infolge dieser ihm unbekannt gebliebenen Mängel dem Kläger zur Kaufpreisminderung verpflichtet. Er übertrug sodann alle ihm aus den angeblichen Mängeln gegen die Beklagten zustehenden Ansprüche, insbesondere den auf Minderung des Kaufpreises, auf den Kläger. Der Kläger verlangte Schadensersatz und klagte auf Einwilligung in Minderung und Zahlung von 20000 M. Das Landgericht erhob Beweis. Die Sachverständigen erklärten:

1. Architekt C. auf Grund einer Ende Juli 1904 vorgenommene Besichtigung: Das Haus sei an der westlichen Seite 2 Meter hoch nach innen feucht, in einem Zimmer rechts vom Eingang habe er ein leichtes Schwammgebilde vorgefunden; die Schwammbildung sei mit geringen Mitteln zu beseitigen; das Haus sei ihm schon vor dem Verkauf bekannt gewesen; damals in gehörigem Zustande, jetzt verwahrlost.

2. Ziegeleibesitzer S. im Mai 1905: die Feuchtigkeit im Erdgeschoß sei infolge der mangelnden Isolierung entstanden; in einem Zimmer hätte er nach Aufreißen des Fußbodens „Stockfäule“, an einer anderen Stelle „leichte Schwammbildung“ gefunden; ob die letztere schon zur Zeit des Kaufs vorhanden gewesen sei, könne man nicht mehr feststellen; „Schwamm“ entwickle sich in Zimmern, die, wie hier, nicht gelüftet würden, sehr schnell.

3. Drei weitere Sachverständige erklärten in einem gemeinschaftlichen Gutachten vom 27. Dezember 1905 auf Grund früherer Einzelbesichtigung und neuerer gemeinschaftlicher Besichtigung: das Gebäude befinde sich in einem sehr mangelhaften und verwohnten Zustande, wozu „die Feuchtigkeit der Umfassungswände im Erdgeschoß und die partiell auftretende Schwammbildung und Trockenfäule daselbst viel beitrage“; der schlechte Zustand des Hauses sei nicht etwa plötzlich und nach dem Besitzwechsel aufgetreten, habe vielmehr seit Jahren vorher bestanden...; die Instandsetzung des Hauses in einen nur einigermaßen wohnlichen Zustand bestehe darin, daß die Feuchtigkeit aus den Umfassungswänden durch Anbringung einer Isolierschicht und Erneuerung des Mauerwerks beseitigt, die Fußböden im Erdgeschoß aufgebrochen würden, die Auffüllung unter denselben beseitigt und durch eine neue ersetzt werde, sowie neue Fußböden verlegt, neue Fußleisten und Türbekleidungen angebracht, die Wände auch tapeziert würden; dadurch entstünden ungefähr 5000 M. Kosten.

---

<sup>1)</sup> In Sachen II. 308. 08. Landgericht Köln I O. 515. 04. Oberlandesgericht Köln I U. 256. 06.

Einige Zeugen bekundeten, „abgestorbenen Schwamm“ gefunden zu haben.

Das Landgericht sah als erwiesen an, daß in dem Hause Hausschwamm und Trockenfäule sei und schon zur Zeit des Uebergangs des Hauses gewesen sei; ein derartiges Schwammgebilde trete, wie auch naturgemäß, nicht etwa plötzlich auf, müsse vielmehr seit langen Jahren vorher bestanden haben. Unter solchen Umständen sei die vom Beklagten beantragte Vernehmung eines Chemikers abzulehnen. Das Landgericht erachtete einen Minderwert von 3000 M. für erwiesen und verurteilte zu diesem Betrag unter Abweisung der Mehrforderung, weil dem Käufer die Feuchtigkeit des Hauses entweder bekannt gewesen sei oder nur infolge von grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein könne.

Das Oberlandesgericht erklärte am 16. März 1908 auch die Gewährleistung für Schwamm und Trockenfäule als nicht begründet:

Zwar sei Schwamm zur ganz erheblichen Minderung des Wertes und der Brauchbarkeit eines Hauses an sich ohne Frage geeignet; im vorliegenden Falle aber habe das Haus eine erhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht erfahren; es sei nämlich nur ein Anfang von leichtem Schwammgebilde festgestellt worden; 16 Jahre lang hätten die Beklagten das Haus bewohnt, ohne daß von Schwamm etwas wahrgenommen worden sei; überdies seien die zum Zwecke der Beseitigung des Schwammes aufgewendeten Kosten nicht sehr erheblich, denn sie betrügen noch weniger als 3000 M., da von den 3000 M. Ausbesserungskosten ein beträchtlicher Teil auf sonstige Herstellungsarbeiten entfallen seien.

Auf eingelegte Revision hat das Reichsgericht das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Das Reichsgericht führt aus:

Daß die Entscheidungsgründe des Oberlandesgerichts hinsichtlich der Schadensersatzpflicht sowie hinsichtlich des Minderungsanspruchs wegen Feuchtigkeit sich nicht beanstanden ließen; dagegen sei die Revision begründet, soweit es sich um Gewährleistung für Schwamm und Trockenfäule handle; das Oberlandesgericht habe nämlich nicht berücksichtigt, daß nach der verkehrsüblichen Auffassung Schwamm als erheblicher Mangel eines Hauses namentlich auch deshalb gelte, weil er seiner Natur nach den Keim der weiteren Verbreitung in sich trage und darum, wenn er sich in einem Hause einmal gezeigt habe, nur schwer endgültig beseitigt werden könne; daß die in dem Hause zurzeit der Uebergabe vorhandenen Schwammanfänge etwa von weniger gefährlicher Art gewesen seien, sei nicht festgestellt; die für die einmalige Beseitigungsarbeit gemachte Aufwendung könne keine hinreichende Grundlage für die Verneinung der Erheblichkeit des Mangels bilden, da in keiner Weise feststehe, daß sie zur sicheren und endgültigen Austilgung genügt hätten.

Der 2. Senat legt hier das größte Gewicht auf Schwammverdacht, erklärt ihn aber nicht für allgemein und immer erheblich. Er meint zwar, daß man bis zur Darlegung der sicher erfolgten Beseitigung des Hausschwamms den Verdacht feststellen und für erheblichen Fehler erachten müsse. Er gestattet aber ausdrücklich die Feststellung der Ausnahme. Es gelten also nach dieser Entscheidung folgende Erfahrungssätze:

1. Nach Beseitigung des echten Hausschwamms, wie auch der Trockenfäule bleibt in der Regel ein Verdacht der Wiederkehr.
  2. Für diesen Verdacht spricht die Vermutung.
  3. Diese Vermutung kann im einzelnen Falle widerlegt werden.
- Die Sache schwebt jetzt noch beim Oberlandesgericht Köln unter II U. 46. 09. Seit der Rückkehr vom Reichsgericht ist noch nicht wieder verhandelt worden.

### § 7.

Kritik der in den mitgeteilten Entscheidungen des Reichsgerichts (§§ 5 u. 6) aufgestellten Erfahrungssätze.

Das Reichsgericht hat das anerkennenswerte Bestreben nach einheitlicher Rechtsprechung, auch in der Hausschwammfrage. Es fragt sich aber, ob solche nach Lage der Tatsachen in der vom Reichsgericht geschehenen Art und in solcher Allgemeinheit möglich und am Platze ist.

Die in §§ 5 und 6 mitgeteilten Entscheidungen des 1. und des 2. Zivilsenats stimmen darin überein, daß nach feststehenden Erfahrungssätzen

1. *Polyporus vaporarius* ebenso schädlich und also erheblicher Sachfehler sei, wie *Merulius lacrymans* und
2. daß bei beiden Pilzen auch der bloße Schwammverdacht einen erheblichen Sachfehler begründe.

Beide Entscheidungen stimmen also darin überein, daß sie in ihren Erfahrungssätzen zwischen den beiden Pilzarten keinen Unterschied machen.

Die Entscheidung des 2. Senats aber weicht darin von der des 1. Senats sehr wesentlich ab, daß sie die Erheblichkeit des vorhandenen Pilzes und den Verdacht nach der Beseitigung nur vermutet und die Widerlegung dieser Vermutung gestattet.

Der Gleichbehandlung der beiden genannten Pilzarten muß auf das bestimmteste widersprochen werden:

### I. Hinsichtlich des im Hause vorhandenen Pilzes!

Was das Reichsgericht hier als offenkundig behandelt, ist nicht offenkundig, vielmehr unter den Fachmännern im höchsten Grade streitig:

1. Viele meinen, daß die Feststellung des Reichsgerichts „allen Erfahrungen von Wissenschaft und Praxis zuwider läuft“, vgl. Merkblatt zur Hausschwammfrage. Dieses Merkblatt mag bei dem heutigen Stande der Forschung etwas verfrüht sein; es läßt aber drastisch erkennen, wie man über die vom Reichsgericht angenommene „Offenkundigkeit“ in den beteiligten Kreisen denkt.

2. „*Polyporus vaporarius*“ ist botanisch gar kein sicherer Begriff. Vgl. FALCK in Heft 1 dieser Forschungen, S. 11. Vgl. ferner die eingehende Darstellung von FALCK über die Lenzites-Fäule („Blätterhausschwamm“) in Heft 3 der Forschungen: *Polyporus vaporarius* der Sachverständigen stelle botanisch keine einheitliche Art dar; in der Praxis der Bausachverständigen sei meist von „Trockenfäule“ die Rede; bei dieser handle es sich nur selten um die Artengruppen des *Polyporus vaporarius*, vielmehr um ganz andere Artengruppen von Krankheitserregern; insbesondere komme dabei der schon von HENNINGS, *Hedwigia* Bd. 12, 1902, S. 233, erwähnte *Lenzites* in Betracht (S. XXIV ff.)

Ueber die qualitative Erheblichkeit der Lenzitesfäule bemerkt FALCK a. a. O. S. 215:

a) Während sich der *Merulius lacrymans* von einem kleinen Ausgangs-herde in alle Teile des Hauses und selbst von Haus zu Haus auszubreiten vermöge, könne sich *Lenzites* von einem kleinen Entwicklungs-herde nicht in die übrigen Teile des Hauses und nicht von Haus zu Haus verbreiten.

b) *Merulius lacrymans* vermöge auf gesunde, in normalem Zustande sich befindliche Hausteile überzugreifen, *Lenzites* vermöge dies nicht.

c) Die durch *Merulius lacrymans* verursachten erheblicheren Schäden müßten nach den jetzigen Erfahrungen als schwer zu beseitigen gelten, so daß auch nach den zur Zeit üblichen Ausbesserungen noch Schwammverdacht bestehen bleibe; die durch Lenzitesfäule hervorgerufenen Schäden könnten durch die zur Zeit übliche Ausbesserungsmethode endgiltig beseitigt werden, sodaß ein Schwammverdacht nach gehöriger Ausbesserung nicht mehr bestehen bleibe.

d) Während unter solchen Umständen bei *Merulius lacrymans* nach allgemeiner Verkehrsauffassung ein schwammverdächtiges Haus als minderwertig betrachtet werde, könne solche Verkehrsauffassung auf die Lenzitesfäule nicht bezogen werden.

FALCK meint a. a. O., daß Lenzites nur durch quantitative Ausdehnung einen erheblichen Fehler bilden könne. Es handelt sich hier also um einen eklatanten Fall der Notwendigkeit der sorgfältigen Berücksichtigung des konkreten Falles!

Solange nicht das Wesen des *Polyporus vaporarius* und die verschiedenen Arten dieser Pilzform wissenschaftlich zweifelsfrei festgestellt sind, ist eine Feststellung wie die des Reichsgerichts völlig unmöglich.

3. Die vom Reichsgericht a. a. O. in Bezug genommene Entscheidung des Kammergerichts ist die des 17. Civilsenats vom 26. Mai 1906 in Sachen Ramm wider Konetzke. In diesem Falle verlangte der Kläger Einwilligung in Wandelung wegen *Polyporus vaporarius*. Der Beklagte machte geltend, der *Polyporus vaporarius* komme fast in allen baufeuchten Häusern vor und sei leicht zu beseitigen, im vorliegenden Falle sei er zur Zeit des Kaufabschlusses „höchstens erst im Keime vorhanden gewesen und habe noch keinerlei Zerstörung im Holzwerk angerichtet.“ Der vom Kammergerichte vernommene Sachverständige begutachtete: Der *Polyporus vaporarius* sei in einem neuerbauten Hause, das noch viele Baufeuchtigkeit enthalte, fast ebenso gefährlich, wie der echte Hausschwamm, die Keime seien schon zur Zeit des Kaufes vorhanden gewesen. Der Preis des zu Berlin belegenen Grundstücks betrug 194 000 M., nach Ansicht des Gutachters war zur Beseitigung der Krankheit ein Kostenaufwand von 3500 M. erforderlich. Das Kammergericht erachtete auf Grund des Gutachtens den Fehler für erheblich. Der 5. Senat billigte dies mit der oben S. 28 mitgeteilten verallgemeinernden Begründung.

Die Entscheidung des Reichsgerichts erscheint um so bedenklicher, als der Sachverständige den *Polyporus vaporarius* dem *Merulius lacrymans* nicht völlig gleichstellte, vielmehr mit zwei Einschränkungen auf den einzelnen Fall hinwies:

- a) daß es sich um ein neuerbautes Haus mit noch viel Feuchtigkeit handle und daß
- b) der in solchem Hause befindliche *Polyporus vaporarius* fast ebenso gefährlich sei.

Der Sachverständige hat also nicht im Entferntesten einen so weitgehenden allgemeinen Erfahrungssatz dargelegt, wie das Reichsgericht ihn in den angeführten Entscheidungen als erwiesen erachtet.

Nicht ohne Grund konnte sich der 1. Senat in seiner hier besprochenen Entscheidung auf den 5. Senat berufen. Zwar mag die Entscheidung des

letzteren im gegebenen Falle völlig zutreffend gewesen sein. Der Fehler lag in der Verallgemeinerung.

Verfolgt und berücksichtigt man die Literatur über den Gegenstand, so wird zweifellos klar, daß die Ansichten der schriftstellerisch auftretenden Sachverständigen weit auseinander gehen. Während einerseits behauptet wird, jede Art von Schwammschaden in einem Gebäude könne durch sorgfältige sachgemäße Ausbesserung endgiltig beseitigt werden, Unterscheidungen zwischen den einzelnen holzerstörenden Pilzen zu machen sei demnach praktisch völlig wertlos, vertritt demgegenüber wohl die Mehrzahl der Schriftsteller einen entgegengesetzten Standpunkt; sie nehmen gestützt auf die Ergebnisse der Erfahrung und wissenschaftlichen Forschung an, der echte Hausschwamm sei anders zu beurteilen als alle anderen holzerstörenden Pilze in Gebäuden. Bei Vorliegen des echten Hausschwammes könnten Ausbesserungen nicht mit derselben Zuversicht endgiltigen Gelingens ausgeführt werden wie bei sonstigen Holzerstörungen. Obwohl also ein vom echten Hausschwamm zerstörter Balken denselben Anblick gewähre wie ein vom Keller- oder Porenhausschwamm zerstörter und ebenso technisch entwertet sei, so leide doch der dauernde Wert eines Hauses, in dem er gefunden werde, mehr als beim Nachweise eines anderen Holzerstörers.

Weil nun die für die eine oder andere der streitenden Ansichten bisher ins Feld geführten Beobachtungen und Gründe bisher noch nicht allgemein als ausreichend und zwingend angesehen werden, diese Hausschwammforschungen aber gerade (vergl. Heft I Seite 52) in der Lösung der vorliegenden Frage eine ihrer Hauptaufgaben sehen müssen, welcher inzwischen viel wertvolle Arbeit gewidmet ist, so kann von einem allgemeinen Erfahrungssatze, welcher die völlige Gleichbehandlung der verschiedenen holzerstörenden Pilze bedinge, bis heute nicht die Rede sein.

## II. Schwammverdacht:

Die Berufung des 1. Senats auf die Entscheidung des 5. Senats vom 6. April 1907 war hinsichtlich der allgemeinen Gleichstellung der beiden Pilzarten insoweit gerechtfertigt, als es sich um vorhandenen Schwamm handelte. Der 1. Senat verallgemeinerte aber die Verallgemeinerung des 5. Senats noch mehr, indem er die Gleichstellung auch auf den Schwammverdacht ausdehnte. Es leuchtet ein, daß diese Ausdehnung sehr nahe lag und gewiß auch in der Richtungslinie der Entscheidungsgründe des 5. Senats lag. Aber erst die Entscheidung des 1. Senats am 4. November 1908 hat die allgemeine Berücksichtigung des Trockenfäuleverdachts ausgesprochen.

Nach den in diesen Forschungen veröffentlichten mykologischen Untersuchungen kann, wie mir scheint, heute fast das Gegenteil der vom Reichsgericht angenommenen Erfahrungssätze als der Erfahrung entsprechend angesehen werden. Das Reichsgericht muß dringend um nochmalige gründliche Prüfungsersucht werden. Es würde dann vollständig genügen, wenn der höchste Gerichtshof den gemachten Erfahrungen gemäß feststellte, daß sich zur Zeit weder eine allgemeine Gleichbehandlung der Pilze hinsichtlich ihrer Schädlichkeit und Erheblichkeit noch auch das Gegenteil feststellen ließe. Dem würde die oben S. 13 flg. mitgeteilte Entscheidung des 1. Strafsenats zum Vorbild dienen können, indem dort hinsichtlich der Frage, ob der elektrische Strom körperliche Sache sei oder nicht, vom Senat festgestellt wurde, daß die Wissenschaft diese Frage noch nicht gelöst habe. In Uebereinstimmung mit dem 1. Strafsenat muß auch für die Hausschwammfrage gesagt werden: Das Reichsgericht hat nicht Probleme der Naturwissenschaft zu lösen, gegenüber ungelösten Problemen hat es lediglich die Ungewißheit als Faktor seiner Prozeßentscheidung wirken zu lassen.

Kohler a. a. O. (vergl. oben S. 18) meint, daß das Reichsgericht in seinem erwähnten Lithophanienurteil „in die Irre gegangen“ sei. Ob dies richtig ist, vermag ich nicht zu beurteilen. Gewiß aber scheint mir das Reichsgericht in der Hausschwammfrage eine viel zu sehr verallgemeinernde, fehlgehende Richtungslinie eingeschlagen zu haben.

Die „Erfahrungssätze“ sind unter dem Gattungsbegriffe der „Offenkundigkeit“ behandelt. Man vergegenwärtige sich die oben S. 6 mitgeteilten Aeußerungen über den Begriff! Notorisch ist die Tatsache, wenn sie nicht ohne Schikane geleugnet werden kann, wenn kein vernünftiger Grund zu einem Zweifel vorhanden ist. Eine solche Feststellung ist gegenüber anerkannten Männern der Wissenschaft völlig unmöglich, ohne den Begriff der Offenkundigkeit zu verletzen.

Ueber den vermeintlichen Schwammverdacht ist nun aber noch folgendes zu sagen:

1. Wie lange soll ein solcher Verdacht dauern? Während in der Literatur seine Berechtigung einerseits überhaupt bestritten wird, wollen andere noch nach 40 Jahren das Neuaufbrechen eines so lange latent vorhanden gewesenen Schwammherdes behaupten. Beweisende Tatsachen und Beobachtungen zur Entscheidung der Frage liegen z. Z. nicht vor. Daher sind wohl die verschiedenen Pilzarten z. Z. nur insofern gleich zu behandeln, als man die Gefährlichkeit und Erheblichkeit in jedem einzelnen Falle untersucht. Das Reichsgericht wird gut tun, seinen ver-



allgemeinernden Standpunkt aufzugeben. Die Verantwortung liegt im Einzelfall bei der tatsächlichen Feststellung.

Verantwortlich sind also in erster und letzter Linie die Sachverständigen. Auf die gehörige Auswahl der Sachverständigen wird es entscheidend ankommen. Daß der Mykologe hier wesentlich in Betracht kommt, ist in diesen Forschungen mehrfach gezeigt. Niemand bezweifelt andererseits, daß es einfachere Fälle geben kann, über die ein nicht mykologisch geschulter Bausachverständiger urteilen kann.

Wenn das Oberlandesgericht den einzelnen Fall gründlich untersucht und für diesen Fall in einwandfreiem Verfahren feststellt, daß der vorhandene Polyporus vap. oder auch selbst Merulius lacrymans nicht erheblich sei oder daß nach geschehener Ausbesserung kein Schwammverdacht mehr vorhanden sei, so ist das Reichsgericht an diese tatsächliche Feststellung gebunden, da es keinen entgegenstehenden Erfahrungssatz gibt. Wenn das Oberlandesgericht feststellt, daß in dem Hause einer jener beiden Pilze ist, und eine Untersuchung des Einzelfalles ablehnt, weil es sich einem allgemeinen Erfahrungssatze gemäß um einen erheblichen Fehler handele, so würde das Reichsgericht bei seinem jetzigen Standpunkt dies billigen; es sollte aber vielmehr im Gegenteil jenem Erfahrungssatze die Anerkennung versagen, es sollte — mangels eines solchen Erfahrungssatzes — jenes Urteil wegen unrichtigen Prozeßverfahrens aufheben und die Untersuchung des Einzelfalles verlangen. Es würde sich dann vielleicht ein erheblicher Unterschied zwischen den Pilzen der Vaporarius-Gruppe und dem echten Hausschwamm und eine sehr erhebliche Verminderung des Hausschwammverdachts, im einzelnen Falle wohl auch eine vollständige Verneinung jenes Verdachts und infolgedessen auch der Hausschwammprozesse, ergeben. Sorgfältig wären die Fortschritte der Technik in Beseitigung des Schwamms zu berücksichtigen und gerade hier wird dem Reichsgericht die Anwendung des allseitig anerkannten Erfahrungssatzes des griechischen Philosophen zu empfehlen sein. Diese Erfahrung ist sicher, während die vom Reichsgericht hinsichtlich des Verdachts des echten Hausschwamms angenommene Erfahrung in der von ihm ausgesprochenen Allgemeinheit unsicher, betreffs der Trockenfäule sogar wahrscheinlich ganz unrichtig ist.

2. Ueber den Fall der reichsgerichtlichen Entscheidung vom 19. Januar 1909 ist hier noch folgendes zu sagen: Recht bedenklich erscheint die landgerichtliche Feststellung der Erheblichkeit des gefundenen Schwammes: bedenklich zunächst, weil es mir nicht ganz sicher zu sein scheint, daß es sich überhaupt um echten Hausschwamm handelte, sodann

aber auch bedenklich deshalb, weil der Schwamm nach Uebergang der Gefahr entstanden sein kann. Die Sachverständigen C. und S. haben erst lange Zeit nach dem Uebergang der Gefahr auf den Erwerber, C. etwa 10—11 Monate nachher, S. 1½ Jahr nachher das Haus besichtigt. Inzwischen war das unstreitig feuchte Erdgeschoß monatelang nicht gelüftet worden. Wenn das Landgericht aussprach, ein derartiges Schwammgebilde trete, wie auch naturgemäß, nicht plötzlich auf, müsse vielmehr seit langen Jahren vorher bestanden haben, so entspricht dies nicht dem heutigen Stande der mykologischen Forschung.

Meiner Ansicht nach war das Urteil des Oberlandesgerichts völlig richtig. Von großer Wichtigkeit aber ist an dieser Stelle die Tatsache, daß der 2. Senat des Reichsgerichts nicht so allgemein, wie der 5. und 1. Senat die beiden in Frage stehenden Pilzgruppen und ihren Verdacht für erheblich erklärt. Der 2. Senat geht von einer widerlegbaren Vermutung aus. Vgl. oben S. 31, 32.

Treffend wird hier auf den Einzelfall verwiesen. Welches ist nun aber die Bedeutung einer solchen „Vermutung“? Da sie gewiß keine Rechtsvermutung ist, so kann sie nur als tatsächliches Indizium in Betracht kommen. Daß solche Erfahrungssätze bestehen können, wird nicht zu bezweifeln sein. Ob ein solches Indizium bei „Schwamm“ anzunehmen ist, muß meines Ermessens wiederum der Fachmann begutachten.

3. Schwammverdächtig ist heute mehr oder weniger jedes Haus. Wie mehrfach betont, kommt es gar nicht entscheidend auf vorhandene Schwammbildungen oder Keime an, sondern allein auf die Entwicklungsfähigkeit. Schwammverdächtig kann also in hohem Grade jedes Haus erscheinen, obwohl in ihm keine Spur von Keimen zu finden ist; — dann nämlich, wenn es schlecht gebaut ist, oder so ungünstig liegt, daß verfliegende Sporen leicht geeigneten Boden finden, namentlich wenn in der Gegend Hauschwamm — häufiger — vorkommt.

Die zunehmende gerichtliche Feststellung der Erheblichkeit des „Schwammverdachts“ bietet fast eine Parallele zu der zunehmenden Feststellung geistiger Minderwertigkeit der Menschen. Wehe dem, — vor dem Strafrichter oft: wohl dem —, der „sachverständig“ untersucht wird.

III. Nachdem mehrere Senate des Reichsgerichts, insbesondere der 1., in Uebereinstimmung mit dem 5., den *Polyporus vaporarius* dem *Merulius lacrymans* — selbst im „Schwammverdacht“ — gleich behandelt haben, entsteht die Frage, ob der einzelne Senat von dem Standpunkt ohne

weiteres abgehen darf, oder ob eine Entscheidung der vereinigten Zivilsenate einzuholen sein möchte.

§ 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes verlangt die Plenarentscheidung bei Rechtsfragen. In ständiger Praxis des Reichsgerichts ist § 137 dahin einschränkend ausgelegt, daß er außer Anwendung bleibe, wenn die abweichende Rechtsansicht nicht die Grundlage der früheren Entscheidung gebildet hat, vielmehr nur nebenbei in den Gründen geäußert ist. Vgl. den Oberreichsanwalt in der Entscheidung über die Elektrizität Bd. 32 S. 171.

Im vorliegenden Falle handelt es sich gewiß nicht entscheidend um eine Rechtsfrage, sondern um eine naturwissenschaftliche Vorfrage, die vom Reichsgericht überhaupt nicht autoritativ entschieden werden kann. Ein Verfahren nach § 137 GVG. stünde also nur in Frage, wenn allgemeine Erfahrungssätze nach Analogie der Rechtssätze — auch im Sinne des § 137 GVG. — zu behandeln wären.

### § 8.

## Neue gerichtliche Entscheidungen gegen die Gleichstellung des Polyporus vaporarius mit dem Merulius lacrymans.

Wesentlich anders als die mehrerwähnten Senate des Kammergerichts und des Reichsgerichts äußerte sich

1. wie schon erwähnt, der 13. Senat des Kammergerichts am 1. Juli 1907. Vgl. oben S. 26, 27.

2. Wesentlich anders äußert sich auch das Oberlandesgericht Braunschweig in der Entscheidung des 2. Zivilsenats vom 23. Februar 1910<sup>1)</sup>.

Das Landgericht hatte auf Grund des Gutachtens eines Sachverständigen für erwiesen erachtet, daß in dem in Betracht kommenden Hause Schwamm und Trockenfäule sei. Hierzu spricht das Oberlandesgericht aus: Allerdings hätten der 5. und der 1. Senat des Reichsgerichts den echten Hauschwamm und den Haupttrockenfäulepilz einander gleichgestellt, aber damit hätten diese Senate nur sagen wollen, daß beide wesentliche Fehler eines Bauwerks seien, nicht aber, daß sie dieselben Fehler seien; Schwamm und Trockenfäule hätten nicht nur ganz verschiedene Krankheitserreger, sondern auch eine verschiedene Ausbreitungsmöglichkeit und verschiedene Lebensbedingungen. Dies wird sodann näher ausgeführt.

Das Oberlandesgericht fährt fort:

Möchten auch die äußeren Krankheitserscheinungen der Pilzwucherung und des Geruchs sowie die zerstörenden Wirkungen der Morschheit des Holzwerkes

1) Seuffert Archiv Bd. 65 Nr. 236.

bei echtem Hausschwamm und bei Trockenfäule ziemlich ähnliche sein, in Wahrheit seien beide grundverschieden. Das Vorkommen des echten Hausschwammes schließe das Vorkommen des Trockenfäulepilzes in der Regel aus; nur im Kreise der Bausachverständigen, denen die Möglichkeit der oft recht schwierigen Unterscheidung fehle, werde beides vielfach durcheinander geworfen. Das Oberlandesgericht schließt mit folgendem Satz: „Wenn deshalb der als Sachverständige vernommene Zimmermeister M. Schwamm und Trockenfäule festgestellt zu haben glaube, ohne nähere Gründe für dieses auffällige<sup>1)</sup> Zusammentreffen angegeben zu haben, so sei von vornherein der Verdacht eines Irrtums oder doch einer Ungenauigkeit nicht von der Hand zu weisen; diese Annahme werde zur Gewißheit durch das Gutachten des Gerichtschemikers; danach habe der Sachverständige auf dem allein zuverlässigen Wege der mikroskopischen Untersuchung nachgewiesen, daß nicht die charakteristischen Merkmale der Trockenfäule, sondern vielmehr die des echten Hausschwammes vorhanden seien. Das Oberlandesgericht legte also doch ein entscheidendes Gewicht auf die Unterscheidung der beiden Pilzarten.

3. Sehr wertvoll erscheint mir das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Marienwerder vom 10. Mai 1910<sup>2)</sup>.

Der Kläger hatte von dem Beklagten ein Grundstück mit Haus und Stallung gekauft und übergeben erhalten. Zur Begründung von Gewährleistungsansprüchen behauptete er, sämtliche Holzteile der Gebäude seien vom Pilz der Trockenfäule durchsetzt; die Trockenfäule sei äußerlich nicht zu erkennen, die Pilze zerfräßen das Innere der Holzteile und ließen nur eine sehr dünne äußere Schicht übrig, die gesund scheine und Krankheit nicht erkennen lasse; ein durch Trockenfäule geschädigtes Haus könne durch einen Sturm umgeworfen werden, im vorliegenden Falle habe sich dann auch das Wohnhaus infolge des Zusammenbruchs von Holzteilen an einer Seite bereits bedenklich gesenkt und übergeneigt; der Beklagte habe diesen Zustand der Gebäude arglistig verschwiegen. Er habe auf Befragen erklärt, das Gebäude sei zwar alt, aber das Holz sei noch vollkommen gesund. Die Gebäude könnten noch jahrelang stehen. Der Beklagte habe aber zur Zeit des Vertragsabschlusses Kenntnis von dem vorhandenen Schwamm gehabt; das gekaufte Grundstück sei wegen des Mangels 4000 M. weniger wert. Der Beklagte machte geltend, daß es sich nur um Altersschwäche des Hauses handle, etwa vorhandene Trockenfäule sei möglicherweise nach der Uebergabe dadurch entstanden, daß der Kläger die Fenster des Wohnhauses nicht gehörig geöffnet habe.

---

1) Ob dies so auffällig ist, mögen die Mykologen entscheiden. Meines Wissens ist es nicht auffallend.

2) 2 U. 125. 09. (Erste Instanz Landgericht Thorn 2 O. 483. 08). Vgl. Rechtsprechung der OLG. Bd. 21 S. 194, Soergel 1910 S. 172 Nr. 21.

Aus den Entscheidungsgründen des Oberlandesgerichts:

Die durch die Trockenfäule verursachten Schäden seien nach dem Gutachten des Sachverständigen leicht und ohne große Kosten zu beseitigen. Bereits bei der Vernehmung in erster Instanz habe der Sachverständige hervorgehoben, daß Trockenfäule hinsichtlich der Holzschädlichkeit weit hinter dem Hausschwamm zurückstehe und sich unter gewöhnlichen Verhältnissen nur ganz ausnahmsweise bei hoher Feuchtigkeit auf gesundes Holz zu übertragen vermöge; trotzdem sei nicht zu verkennen, daß Trockenfäule einen Fehler eines Gebäudes im Sinne des § 459 BGB. darstellen könne; allein im vorliegenden Falle sei das nicht anzunehmen, das Wohnhaus sei ein Blockhaus von hohem Alter . . ., es befinde sich, wie der Sachverständige ausführe, ebenso wie die Scheune in dem Zustand, in dem sich Holzgebäude dieser Art bei so hohem Alter zu befinden pflegten; es liege nichts weiter als Altersschwäche vor; damit sei hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß sich in so alten Gebäuden, abgesehen von den sonstigen oben erwähnten Mängeln, regelmäßig auch Trockenfäule-Stellen befinden; diese minderten weder den Wert so alter Gebäude oder ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch, noch hoben sie solchen auf; wer so alte Gebäude kaufe, müsse mit diesen Mängeln rechnen und könne nicht annehmen, daß sich in den Holzteilen Trockenfäule nicht befinde; der Kläger könne nicht gemeint haben, ein noch neueres Wohnhaus zu kaufen, denn er habe das hohe Alter des Hauses nach dem Gutachten des Sachverständigen H. auf den ersten Blick erkennen müssen; gleiches gelte für den Stall; dieser sei zwar nicht ganz so alt, erst 25—30 Jahre, nach Aussage des Sachverständigen aber sei das Holz im Innern der Ställe so kleiner Wirtschaften wie der hier in Rede stehenden allgemein rasch dem Verfall ausgesetzt; dies könne auch dem Kläger nicht verborgen gewesen sein; er könne daher nicht darauf gerechnet haben, einen von Trockenfäule völlig freien Stall zu erwerben; dazu komme, daß die Trockenfäule wenn auch nicht im Wohnhaus, so doch im Stalle bereits zur Zeit des Vertragsschlusses erkennbar gewesen sei; die schlechte Beschaffenheit der Hölzer im Stalle hätte dem Kläger nicht entgehen können, wenn er diese Räume mit einiger Aufmerksamkeit durchmustert hätte, das habe er auch nach der Aussage des Zeugen M. getan; er habe vor Abschluß des notariellen Vertrages die Baulichkeiten von außen und im Innern besichtigt und hierbei bemerkt, daß sie zum Teile ausbesserungsbedürftig seien; er habe gesehen, daß einige Balken im Stalle morsch gewesen und habe dazu bemerkt, das mache nicht viel aus, dies könne er sich allein ausbessern, auch habe er von dem Wohnhaus bemerkt, daß es schon recht schlecht sei,

Der vom Oberlandesgericht Marienwerder als festgestellt angenommene Erfahrungssatz lautet also dahin: Trockenfäule ist nicht unter allen Umständen ein erheblicher Sachfehler, sie kann es unter besonderen Umständen sein.

4. Zu diesen auf den Einzelfall hinweisenden Entscheidungen kommen nun noch Entscheidungen des Reichsgerichts selbst. Davon im folgenden Paragraphen.

§ 9.

## Berücksichtigung des Einzelfalles in neueren Entscheidungen des Reichsgerichts.

I. Wie sehr es auf den einzelnen Fall ankommt, zeigt besonders klar der Fall der Entscheidung des Reichsgerichts in Sachen H. wider P., vom 17. Oktober 1908<sup>1)</sup>. Diese Entscheidung ist im Auszuge in der Jurist. Wochenschrift 1908, S. 742, veröffentlicht. Bedauerlicherweise ist sie nicht in den amtlichen Entscheidungen abgedruckt. Sie ist aber besonders wertvoll.

### 1. Tatbestand und Entscheidung:

Am 2. Mai 1904 verkaufte der jetzige Beklagte dem jetzigen Kläger ein Grundstück zu Recklinghausen mit dem soeben erst im Rohbau vollendeten Wohnhause, unter Uebernahme der Fertigstellung des Hauses, zum Preise von 19 500 M. Im Frühjahr 1905 verlangte der Kläger Wandelung und klagte auf solche, da der Beklagte sich mit der Wandelung nicht einverstanden erklärte. Der Kläger machte in der Klage geltend, das Haus sei infolge mangelhafter Ausführung des Rohbaus übermäßig feucht und unbewohnbar.

Das Landgericht wies die Klage ab mit folgender Begründung:

Nach der Beweisaufnahme sei anzunehmen, daß sich bei regnerischem Wetter an verschiedenen Stellen im Hause Feuchtigkeit zeige, die eine Beschädigung der Tapeten zur Folge habe; hierdurch werde aber wie in Uebereinstimmung mit dem Bausachverständigen und dem Kreisarzt anzunehmen sei, das Haus weder ganz noch teilweise unbewohnbar; auf die Bewohnbarkeit aber komme es allein an; mit einem gewissen Grade der Feuchtigkeit müsse bei jedem Neubau in der ersten Zeit gerechnet werden, wie dies der allgemeinen Erfahrung entspreche; dem Kläger sei überdies bekannt gewesen, daß es sich um einen im Winter hochgeführten Neubau handelte, und daß im vorliegenden Falle viel Zeit zum Austrocknen nicht zur Verfügung stand.

Der Kläger legte Berufung ein und stützte in zweiter Instanz seine Klage namentlich auch auf das Vorhandensein von Hausschwamm. Hierüber äußerte sich der zugezogene Sachverständige folgendermaßen: In dem Hause sei ganz unzweifelhaft der echte Hausschwamm. Da aber zwischen dem Zeitpunkt der erfolgten Uebergabe, 2. Mai 1904, und der Entnahme der untersuchten Proben zwei volle Jahre lägen, während Holzzerstörungen, wie die untersuchten in viel kürzerer Zeit zustande kommen

---

1) Landgericht Bochum 3 O. 114. 05. Oberlandesgericht Hamm 5 U. 339. 08 Reichsgericht V. 601. 07.

könnten, so sei nicht festzustellen, daß der Hausschwamm schon zur Zeit der Uebergabe vorhanden gewesen sei; allerdings sei anzunehmen, daß mikroskopische Keime oder Anfangsstadien der Hausschwammbildung auch schon im Mai 1904 in dem Hause vorhanden gewesen seien, denn solche dürften in Gegenden, wo der Hausschwamm überhaupt auftrete, in jedem Neubau vorhanden sein; sie gingen aber zugrunde, wenn ihnen keine günstigen Entwicklungsbedingungen geboten würden, d. h. bei sorgfältiger Bauausführung und sachgemäßer Behandlung des Gebäudes; im vorliegenden Falle seien erhebliche Mängel in der Bauausführung vorhanden, nämlich nur 1½ Stein starke, unverputzte Wände mit zu großen Fugen, Aufführung des Baues im Winter, sofortiger Verputz im Innern, alsbaldiges Beziehen des nicht genügend ausgetrockneten Gebäudes; die Mängel seien so offensichtlich, daß sie beiden vertragsschließenden Teilen hätten bekannt sein müssen.

Das Oberlandesgericht zu Hamm wies die eingelegte Berufung durch Urteil vom 24. Oktober 1907 mit folgender Begründung zurück:

Allerdings hätte in dem ersten Winter die Feuchtigkeit das Bewohnen verschiedener Zimmer unmöglich gemacht und sei vom Arzt als gesundheitsgefährlich verboten worden; hierbei aber sei zu berücksichtigen, daß es sich um einen im Winter aufgeführten Neubau handle, und daß der innere Verputz und die Tapeten zu früh angebracht worden seien; hiermit hätte der Käufer rechnen müssen; die sich aus solchen Uebelständen ergebende Unbequemlichkeit habe auf die allgemeine Tauglichkeit des Hauses keinen entscheidenden Einfluß; der bestimmungsgemäße Gebrauch sei auf eine lange Reihe von Jahren berechnet; sei also die Neubaufeuchtigkeit keine außergewöhnliche und verschwinde sie im Laufe der Zeit, so werde durch sie die Tauglichkeit des Hauses nicht wesentlich beeinträchtigt; die Beweisaufnahme ergebe, daß das Haus später, im Juni und im Dezember 1905 trocken gewesen sei. Auch habe ein Gutachter ausdrücklich erklärt, daß die hier in Frage kommende Feuchtigkeit keine größere gewesen sei, als sie bei Neubauten stets vorhanden zu sein pflege. — Das Oberlandesgericht erachtete den jetzt vorhandenen Hausschwamm für unerheblich: möglicherweise sei der Hausschwamm dadurch zum Ausbruch gekommen, daß der erste Stock längere Zeit leer gestanden habe; erfahrungsgemäß komme es häufig vor, daß Hausschwamm im Hause entstehe, wenn in Neubauten Räume längere Zeit nicht bewohnt würden. Der Sachverständige deutete auch darauf hin, daß sich der Hausschwamm vom ersten Stock aus verbreitet habe.

Der 5. Senat des Reichsgerichts hat am 17. Oktober 1908 auf eingelegte Revision das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Die Begründung der Bedeutungslosigkeit der Feuchtigkeit, wie das Oberlandesgericht sie gebe, lasse eine Gesetzesverletzung nicht erkennen und sei also von der Revision nicht zu beanstanden; ganz anders stehe es aber mit dem Hausschwamm. Unbegründet sei zwar der Einwurf der Revision, daß es im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen an einer Feststellung fehle, daß Recklinghausen eine mit Schwamm behaftete Gegend sei; in dieser Hinsicht genüge schon die Tatsache, daß das in Rede stehende Haus zu Recklinghausen mit Hausschwamm behaftet sei<sup>1)</sup>; unzutreffend sei auch der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht übersehe, daß der in erster Instanz als Feuchtigkeit angesehenen Zustand der Räume nichts weiter als der in der Entwicklung begriffene Hausschwamm gewesen sei; dieser Ansicht widerspreche schon die festgestellte und kaum mehr streitige Tatsache, daß die Feuchtigkeit im Sommer 1906, als der Hausschwamm hervorgetreten und entdeckt sei, im wesentlichen geschwunden gewesen sei; eine Gesetzesverletzung aber sei in anderer Beziehung festzustellen. Im Sinne des § 459, Abs. 1 BGB. sei das Vorhandensein mikroskopischer Keime oder Anfangsstadien des Hausschwamms in einem Neubau, da solche in jedem Neubau vorhanden seien, kein Fehler; nach Lage der Sache aber hätte das Oberlandesgericht prüfen müssen, ob nicht in der vom Kläger gerügten und auch festgestellten mangelhaften Rohbauausführung und der darauf zurückzuführenden festgestellten Feuchtigkeit zugleich der Faktor gegeben sei, der jene Keime leicht zur Entwicklung kommen lassen könnte und zur Entwicklung gebracht habe; denn treffe dies zu, so würde der Umstand, daß die Feuchtigkeit ebenso wenig wie das Vorhandensein der Keime für sich allein als Gewährsmangel anzusehen sein, doch keineswegs ausschließen, in der Vereinigung dieser beiden zur maßgebenden Zeit im Hause vorhandenen Ursachen der nachher aufgetretenen Schwammentwicklung einen insbesondere auch die Wandelung begründenden Fehler im Sinne des § 459, Abs. 1 zu erkennen; die Bemerkung des Sachverständigen, die Mängel seien so offensichtlich, daß sie weder dem Verkäufer noch dem Käufer hätten unbekannt geblieben sein können, beziehe sich nur auf die Mängel der Bauausführung; sie treffe auch gewiß die Feuchtigkeit, aber sicherlich nicht das Vorhandensein der Schwammkeime, und deshalb auch nicht den in der Vereinigung von beiden zu findenden Fehler.

Das Oberlandesgericht beschloß hiernächst eine neue Beweisaufnahme. Namentlich wurde der Sachverständige nochmals gutachtlich gehört, ob die im Anfange hervorgetretene Feuchtigkeit in Verbindung stand mit dem später zum Ausbruch gekommenen Hausschwamm, sodaß diese Feuchtigkeit der in der Entwicklung begriffene Hausschwamm war.

---

1) Auch schon am 2. Mai 1904? Vgl. oben S. 42 am Ende Gutachten des Sachverständigen.



Hierzu äußert sich der Sachverständige: Feuchtigkeit könne nicht mit Hausschwamm als einer durchaus selbständigen Pflanzenart aus dem Reiche der Pilze identifiziert werden; im vorliegenden Falle könne man wohl sagen, daß insofern hier ein typischer Fall von Hausschwammschaden vorliege, als gerade durch zu schnelle Fertigstellung der Bauten die allermeisten Hausschwammzerstörungen hervorgerufen würden; wenn es wahr sei, daß in Gegenden, wo der Hausschwamm häufig vorkomme, seine mikroskopisch kleinen ( $1/100$  mm langen) milliardenweise erzeugten Keime oder Sporengelände, welche den Samenkörnern der höheren Pflanze insofern entsprächen, als aus diesen die holzerstörende Schwamm-pflanze erwachsen könne, ungefähr allgegenwärtig, also auch in jedem Neubau vorhanden seien, so bedürfe es nur der Bedingungen der Ermöglichung ihrer Entwicklung, nämlich des Nährbodens; solcher sei das Holz und entsprechende Feuchtigkeit des Nährbodens und der umgebenden Luft, sowie geeignete Temperatur; eine sorgsame Bauausführung richte ihr Augenmerk auf möglichst ungünstige Gestaltung der Bedingungen der Entwicklung des Hausschwamms; daher werde man dichte, gut gefügte Mauern herstellen und bei mehr als 2 Grad Kälte nicht weiter mauern, weil dann der Mörtel erfriere; man werde baldmöglichst decken und die Geschoßdecken nach Anbringung des Dachs mit trockenem Material füllen. Man werde nach der Rohbauabnahme mindestens sechs Wochen warten, ehe man mit dem Putzen der Wände beginne, man würde die Dielen nicht eher legen, als bis Balken und Zwischenfüllungen vollkommen trocken seien, und man werde die Dielen nicht streichen und die Wände nicht tapezieren, ehe sie ganz trocken geworden seien. Gegen diese von allen erfahrenen Maurermeistern bestätigten und vielfach durch Polizeivorschriften geforderten Regeln hätte im vorliegenden Falle der Käufer wie der Verkäufer verstoßen. Beide hätten zur Erzeugung der festgestellten Feuchtigkeit des Hauses mitgewirkt und so einen Faktor gegeben, der die im Rohbau des Hauses vorhandenen Keime des Hausschwamms leicht zur Entwicklung kommen lassen konnte und sie auch tatsächlich zur Entwicklung gebracht habe. Hätte der Verkäufer den Bau nicht im Winter schnell hoch gebracht, hätte er darauf gesehen, daß die Mauern, zumal da, wo sie der Witterung ausgesetzt seien, stärker, etwa zwei Steine stark, angelegt und mit normaler Fugenweite von  $1-1\frac{1}{2}$  cm, mit gutem Mörtel gebaut würden, so wäre gewiß in dem Hause nur jene Feuchtigkeit gewesen, die jeder Neubau unvermeidlich besitze, und nicht außerdem noch jene, welche nach Aussage des Sachverständigen bei nassem Wetter von außen durch die schlecht gefügten Mauern hinzu käme, und es hätte der Käufer, dem Zeit und Art der Ausführung genau bekannt gewesen, dann weniger Zeit und Mühe aufzuwenden brauchen, um das Haus trocken und bewohnbar zu machen und dem Hausschwamm die Bedingungen für Entwicklung zu entziehen; der Käufer hätte aber auch den von ihm übernommenen mangelhaften Rohbau gut benutzbar machen und die Schwammzerstörungen vermeiden können, wenn er das im Rohbau übernommene Haus gut gelüftet und im Frühjahr und Sommer hätte gut austrocknen lassen, und erst dann den innern Verputz und die sonstigen Arbeiten der Fertigstellung hätte ausführen lassen und mit dem Beziehen bis zum Herbst gewartet hätte; die von dem Verkäufer verschuldeten Mängel der Bauausführung

hätten an sich nicht zu den erst lange nach der Uebergabe des Hauses aufgetretenen Schwammschäden führen müssen. Die von dem Käufer beliebte Behandlung und Benutzung des Hauses hätte ebenfalls nicht zu den aufgetretenen Schwammschäden zu führen brauchen; sie hätten aber dazu führen müssen, weil die von dem Verkäufer verschuldeten, dem Käufer wohlbekannten Umstände und Mängel vorlagen.

Das Oberlandesgericht hat auf Grund der erneuten Beweisaufnahme den Kläger wiederum zurückgewiesen:

Nach dem Gutachten des Sachverständigen seien die Ursachen der Entstehung des Hausschwamms nicht allein in dem Vorhandensein von Keimen und der infolge schlechter Bauausführung mehr als gewöhnlichen Feuchtigkeit des Rohbaues zu finden, es sei noch ein Drittes hinzugekommen, nämlich die unsachgemäße Behandlung; solche falle aber nicht bloß dem Beklagten, sondern auch dem Kläger zur Last und dem Kläger zuletzt; wenn der Kläger, dem die Zeit und Art der Bauausführung bekannt gewesen, den von ihm übernommenen mangelhaften Rohbau gut gelüftet und im Frühjahr und Sommer hätte austrocknen lassen, wenn er den inneren Verputz erst im Sommer hätte anbringen lassen und das Haus erst etwa im Herbst bezogen hätte, so wäre der Hausschwamm nicht zur Entwicklung gekommen; diesem Gutachten des Sachverständigen zu folgen hatte das Gericht keine Bedenken gefunden; das Zusammentreffen von mehr als gewöhnlicher Feuchtigkeit und Schwammkeimen könne dann nicht als ein Gewährsmangel angesehen werden, wenn durch die Sorgfalt, welche unter den vorliegenden, dem Kläger bekannten Umständen allgemein angewendet zu werden pflege, verhindert werden könne, daß sich daraus Hausschwamm entwickle<sup>1)</sup>.

## 2. Kritik:

Die soeben mitgeteilte Entscheidung des 5. Senats des Reichsgerichts ist von sehr großer Bedeutung in der Hausschwammfrage. Denn erstens wird nachdrücklich auf den einzelnen Fall hingewiesen und

---

1) In der vorliegenden Sache spielte auch die Frage der Verjährung eine interessante Rolle. Der Kläger hatte zunächst seine Klage nur auf die vorhandene Feuchtigkeit gestützt. Erst in zweiter Instanz, nach Abgabe eines entsprechenden Gutachtens, berief er sich auf Hausschwamm. Bekanntlich verjährt der Anspruch auf Wandelung bei Grundstücken mit Ablauf eines Jahres nach Uebergang der Gefahr, wenn nicht der Mangel arglistig verschwiegen ist, (§ 477 BGB). Inzwischen war im vorliegenden Falle bis zur Geltendmachung der Wandelung wegen Hausschwamms das Jahr verstrichen. Der Beklagte berief sich aber zunächst nicht auf Verjährung. Das Reichsgericht erklärte deshalb in seinem Urteil vom 17. Oktober 1908, zu einem Eingehen auf die Frage der Verjährung zur Zeit keine Veranlassung zu haben. In dem weiteren Verfahren aber erhob der Beklagte den Einwand der Verjährung. Das Oberlandesgericht hat den Einwand der Verjährung für begründet erklärt; die Ansicht des Klägers, daß die in erster Instanz gerügte Feuchtigkeit nichts anderes gewesen sei als in Entwicklung begriffener Hausschwamm, sei bereits vom Reichsgericht für unhaltbar erklärt, wie auch der Sachverständige begutachtet

zweitens wird ausgesprochen, das Vorhandensein mikroskopischer Keime oder Anfangsstadien des Hausschwamms sei in einem Neubau, da solche in jedem Neubau vorhanden sein möchten, kein Fehler; es komme auf die Entwicklungsfähigkeit an.

Diese Entscheidung entspricht in mustergiltiger Weise den neuesten wissenschaftlichen Forschungen. Sie legt mit Recht das entscheidende Gewicht auf die Entwicklungsfähigkeit des Hausschwamms und nicht auf die vorhandenen Keime. Dies entspricht der botanischen Forschung und ist von größtem Werte für das Baugewerbe wie für die Rechtspflege.

Ich bemerke hier nur, daß die Entscheidung vom 17. Oktober 1908 mit den oben S. 28 ausführlich besprochenen Entscheidungsgründen desselben Senats vom 6. April 1907 im Widerspruch steht. Der 5. Senat ist von jener oben als unzutreffend erklärten Verallgemeinerung (vgl. S. 28) wieder abgegangen und hat die Berücksichtigung des Einzelfalles für notwendig erklärt. Wäre diese neuere Entscheidung des 5. Senats vom 17. Oktober 1908 dem 1. Senat schon 14 Tage später, am 4. November 1908 (vgl. oben S. 24 flg., 35) bekannt gewesen, so hätte sich der 1. Senat auf die Rechtsprechung des 5. Senats nicht mehr, wie geschehen, (unter Berufung auf das Erkenntnis vom 6. April 1907) stützen können.

II. Auf den vorliegenden Einzelfall legten auch alle 3 Instanzen das entscheidende Gewicht in dem Falle des Erkenntnisses des 2. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 12. Februar 1909<sup>1)</sup>:

Der Kläger hatte ein von ihm bewirtschaftetes, ungefähr 1000 Morgen großes Gut in Schleswig dem Beklagten für 240000 M. verkauft, übergeben und aufgelassen. In dem Vertrage war bestimmt, daß der Kauf-

---

habe, daß man Feuchtigkeit nicht mit dem in Entwicklung begriffenen Hausschwamm identifizieren könne; der Kläger habe zwar ferner geltend gemacht, die Verjährung sei nicht eingetreten, weil der Beklagte den Mangel arglistig verschwiegen habe; der Kläger aber habe keine Tatsachen anführen können, durch welche die Annahme einer Arglist des Beklagten zu begründen gewesen wäre; wenn wirklich bei dem verwendeten schlechten Material und bei den überall vorhandenen Schwammkeimen die Entwicklung des Hausschwammes mit Sicherheit vorauszusehen sei, so hätte dies doch auch dem Kläger bekannt sein müssen. Der Beklagte wenigstens hätte, wenn er Kenntnis davon hatte, nicht annehmen können, daß dies dem Kläger unbekannt sei; der Beklagte sei so wenig Sachverständiger wie der Kläger; die Art des verwendeten Materials sei dem Kläger so gut bekannt gewesen wie dem Beklagten; an das Vorhandensein von Hausschwammkeimen würden wohl beide nicht gedacht haben.

1) II. 379. 08 (Landgericht Flensburg 2 O. 1118. 07, OLG. Kiel III U. 75. 08), SOERGEL, Rechtsprechung 1909, S. 191 Nr. 8.

gegenstand übergehe in dem Zustande, in dem er sich befinde und daß für eine bestimmte Größe, Güte und Beschaffenheit oder für bestimmte Eigenschaften von dem Verkäufer keine Gewähr geleistet werde. Gleichwohl verlangte Käufer einige Monate später Minderung des Kaufpreises und Schadensersatz und verlangte sodann klagend 32 000 M. Unter anderen Ausstellungen behauptete er: Bei Besichtigung des Gutshauses sei ihm gesagt worden, das Haus sei in einem ganz tadellosen Zustande; es habe sich aber später herausgestellt, daß das Dach ganz undicht und ein „Zimmer des Untergeschosses mit Schwamm behaftet gewesen sei“. Der Käufer behauptet, unter Erbieten zum Beweise, daß der Schwamm keineswegs nur in geringem Umfange vorhanden gewesen sei, daß vielmehr die Gefahr einer Ausdehnung auf das ganze Mauerwerk bestehe, daß ferner dem in dem fraglichen Zimmer untergebracht gewesenem Dienstmädchen auf ärztliche Anordnung ein anderer Raum habe angewiesen werden müssen. Mit Rücksicht auf diesen Mangel verlangte er eine Preisminderung um 2600 M. Der Käufer bestritt das Vorbringen. Das Landgericht zu Flensburg, sowie das Oberlandesgericht zu Kiel erklärten den Anspruch ohne Beweisaufnahme für unbegründet. Das Oberlandesgericht aus folgenden Gründen:

Von einer Arglist könne im vorliegenden Falle keine Rede sein; die angeblichen Mängel — Reparaturbedürftigkeit des Daches, sowie der in einem Zimmer vorhandene Schwamm — seien im Verhältnisse zu dem bedeutenden Werte des ganzen Kaufgegenstandes so unerheblich, daß die Annahme sich rechtfertige, der Verkäufer habe ihrer deshalb nicht Erwähnung getan, weil er habe annehmen können, der Beklagte werde auch bei Kenntnis der Mängel den Vertrag unter den gleichen Bedingungen abschließen; es fehle deshalb an dem erforderlichen Momente der Täuschungsabsicht; was insbesondere den angeblich vorhandenen Schwamm betreffe, so bedürfe es keiner Erhebung des vom Käufer erbotenen Beweises. Durch den Beweis der vom Kläger behaupteten Tatsachen werde noch nicht dargetan, daß auch zurzeit der Uebergabe und der Auflassung der Umfang und die Gefährlichkeit des Schwammes schon derart hervorgetreten seien, daß die Bedeutung des Mangels auch für den Verkäufer ohne weiteres erkennbar gewesen wäre.

Das Reichsgericht hat die eingelegte Revision zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen wird gesagt:

Ein rechtlicher Verstoß sei in den Ausführungen des Oberlandesgerichts nicht enthalten. Insbesondere hätte der Berufungsrichter in dem vorliegenden Falle, da der Gegenstand des Kaufes nicht das Haus als solches, sondern ein über 1000 Morgen großes Gut gewesen sei, ohne Rechtsirrtum dazu gelangen können, ein auf Täuschung berechnetes Verhalten des Verkäufers auch für den Fall zu verneinen, daß Schwamm in einem Zimmer des Hauses vorhanden gewesen und

der Verkäufer dies gewußt haben sollte; es lasse sich nichts dagegen sagen, daß das Oberlandesgericht in freier Tatsachenwürdigung angenommen habe, die Mängel seien so gering, daß man ohne Bedenken annehmen müsse, der Käufer hätte auch bei ihrer Kenntnis unter den vereinbarten Bedingungen gekauft.

III. Die Berücksichtigung des Einzelfalles entspricht auch der sonstigen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dies zeigte sich besonders klar in dem oben S. 15 flg. mitgeteilten Falle der unheilbaren Krankheit. In diesem Falle sprach der 4. Senat aus: Die absolute Heilbarkeit jener Krankheit sei keine allgemein anerkannte wissenschaftliche Wahrheit. Ebenso muß man sagen: Die absolute Unheilbarkeit der Hausschwammerkrankung ist keine solche Wahrheit. Der 4. Senat sagte über die Heilbarkeit jener Krankheit: es handle sich um eine reine medizinische Spezialfrage, die nur für einen geringen Bruchteil der Menschheit von Interesse sei und deren Beantwortung seitens der Wissenschaft keineswegs Gemeingut aller Gebildeten geworden oder auch nur zu werden bestimmt sei; nicht einmal von den Fachgelehrten werde die Frage einheitlich beantwortet. Dies trifft genau auch in der Hausschwammfrage zu. Es bleibt also auch hier, wie in jenem Falle des 4. Senats von der unheilbaren Krankheit nur die Untersuchung des Einzelfalles durch wirkliche Sachverständige übrig. In zahlreichen Fällen wird dann möglicherweise der Erfolg ein ähnlicher wie in dem oben mitgeteilten der unheilbaren Krankheit.

Zutreffend sind nach dem Gesagten die oben S. 20 flg. aus der Zeit bis 1908 erwähnten gerichtlichen Entscheidungen. Zutreffend sind auch die Entscheidungen des OLG. Köln vom 16. März 1908 (vgl. oben S. 31) und des OLG. Marienwerder vom 10. Mai 1910 (vgl. oben S. 40).

## II. Werkvertrag.

### § 10.

Wie schon in Heft 2 S. 74 bemerkt ist, wird von vielen eine erfolgreiche Klage gegen den Werkmeister für aussichtslos gehalten. Ich suchte diese Ansicht zu widerlegen, konnte aber nur sehr wenige gerichtliche Entscheidungen anführen.

Von neueren Fällen kommt in Betracht:

1. Der Fall der Entscheidung des Reichsgerichts V. 17. Okt. 1908 (vgl. oben S. 42 flg.). Nach Untersuchung des Einzelfalles fand man ein ganz anderes Ergebnis.

2. Der 3. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg fällt am 23. November 1909 ein Zwischenurteil in Sachen des Malers V. gegen 1. den Bauunternehmer J., 2. den Architekten Th. Es handelte sich um folgenden Tatbestand:

In den Jahren 1903 und 1904 ließ sich der Kläger von dem Beklagten bei Bremen eine Villa bauen. J. hatte laut Bauvertrag die Erd-, Mauer- und Zimmerarbeiten übernommen. Ende Oktober 1903 war das Haus unter Dach, Anfangs November begann man mit dem Innenputz und im Frühjahr 1904 war es bis zu einem gewissen Grade fertig, ganz vollenden ließ der Kläger den Bau nicht. Dem Beklagten Th. hatte der Kläger gegen eine Vergütung von 1500 M. die Aufsicht über die Arbeiten übertragen. Von 1904 bis zum Oktober 1906 blieb das Haus nicht völlig fertig gestellt, unbewohnt liegen. Zu diesem Zeitpunkte verkaufte es der Kläger an N. für 155 000 M. und als dieser an einzelnen Zimmern Veränderungen vornehmen ließ, zeigte es sich, daß das Holzwerk des Baues „im schlimmsten Maße von Schwamm“ ergriffen war. N. wollte sich daher an den Kauf nicht gebunden erachten. Vergleichsverhandlungen zwischen ihm und Kläger führten zu einem Preisnachlaß in Höhe von 18 633,65 M., auch sollte die Verzinsung des Kaufpreises statt am 1. November 1906 erst am 1. Januar 1907 beginnen.

Diese beiden Ausfälle, a) 18 633,65 M. Preisermäßigung, b) 1033,33 M. Zinsverlust, und weiter c) 700 M. auf den Kläger entfallener Kosten fordert Kläger von beiden Beklagten als Gesamtschuldnern ersetzt, weil sie die Schwammentwicklung verschuldet haben sollen. Sie sei darauf zurückzuführen, daß die Gips- und Sandschichten der sog. Einschubdecken beim Einbringen nicht genügend abgetrocknet gewesen und die Fußböden gelegt worden seien, ehe die Einschubdecken vollständig trocken waren; auch sei unterlassen, durch Aufnahme von Einschubbrettern für Lüftung zu sorgen. Zur Sicherung des Beweises veranlaßte Kläger im November 1906 die Vernehmung von 4 Sachverständigen über die Ursachen der Schwammbildung und über den Umfang der Schwammbehaftung; Kläger meint: Beklagter sei für die begangenen Fehler als Bauübernehmer verantwortlich, Th. treffe gleichfalls eine Schuld, weil er die Mängel der Bauausführung hätte erkennen und verhüten müssen.

Die Beklagten beantragen die hiernach auf Zahlung von 20 366,98 M. nebst 4 % Zinsen gerichtete Klage abzuweisen. Sie bestreiten jede Schuld an der Entstehung und Entwicklung des Schwammes.

Das Landgericht Bremen veranlaßte eingehende Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen. Einem Sachverständigen wurde die Frage vorgelegt, ob die zweifellos in dem Hause, insbesondere an den Holzteilen entstandenen Schäden auf Bildung von Schwamm zurückzuführen seien und ob die Beklagten letztere verschuldet hätten; ferner, ob, wenn eine mangelhafte Lüftung nach Ablieferung des Baues unterstellt würde, dadurch die Schwammbildung verschlimmert sein würde, und ob man den Grad der Verschlimmerung etwa in 100 Teilen des Gesamtschadens aus-

drücken könne. Der Sachverständige gab unter Berücksichtigung der übrigen Beweisaufnahme ein sehr ausführliches Gutachten ab, aus dem ich nur die folgenden mir besonders wichtig erscheinenden Tatsachen anführe.

Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß der Rohbau, d. h. die Herstellung der Fundamente und Wände einschließlich der Balkenlage und des Dachstuhls, Mitte September 1903 fertiggestellt worden, daß die Eindeckung des Daches mit Dachpappe aber erst Oktober 1903 erfolgt, ein im Dache befindliches Oberlicht sogar erst am 25. November verglast worden sei, die Notverglasung der Fenster erst am 24. bis 28. Dezember, die Fensteröffnungen nach der Wetterseite hin seien allerdings durch Verschlagen mit Brettern einigermaßen abgedichtet gewesen; wenn nun zwar der Schlagregen von der regulären Windseite nicht hätte eingetrieben werden können, so sei dies doch bei gelegentlichem Regen aus anderer Richtung möglich gewesen und nach Eintritt von Frost am 15. November sei das Eintreiben von Schnee auch von der Windseite her möglich geworden, da erfahrungsmäßig treibender Schnee auch bei Anwesenheit solcher Brettzukleidungen in das Innere gelange, dort auftaue und also auf Balken und Zwischendecken anständig wirke; die ganze weitere Bauausführung sei eine so überhastete gewesen, daß das Haus nicht nur dasjenige Maß von Feuchtigkeit in sich gehabt habe, mit welchem schließlich bei jedem derartigen Neubau gerechnet werden müsse, sondern ein viel höheres Maß von Feuchtigkeit: Am 4. März 1904 seien die Putzarbeiten im Innern beendet worden; bereits am 11. April sei mit dem Legen der Fußböden begonnen, damals seien auch schon alle inneren Malerarbeiten ausgeführt worden, auch sei schon damals der Außenputz und der Außenanstrich gegeben worden und der sonstige innere Ausbau so überhastet, daß das Haus im Mai oder Juni 1904 bereits bis zu dem Zustande, in dem es dann verblieben, fertiggestellt worden sei; während der Putzarbeiten dürften nicht alle Maßnahmen zur Durchlüftung des Hauses in der Art getroffen worden sein, wie dies der Zeuge St. bekunde und deshalb anzunehmen sein, weil die Schwammentwicklung innerhalb der Balkenlagen nach seiner sonstigen Erfahrung nicht so weitgreifend gewesen sein könne. Insbesondere hätte sich alsdann die vom Putzen der Decken herrührende Feuchtigkeit nicht so lange erhalten können; denn bei fortwährendem Luftzuge im Hause, bei geöffneten Fenstern und bei gleichzeitiger Erwärmung der den Bau durchstreichenden Luft hätte die in den Zwischendecken eingeschlossene Feuchtigkeit, wenn sie zwar nicht nach oben durch den Gipsestrich hätte entweichen können, doch durch den nur dünnen Putz der Decken schließlich einen Ausweg nach unten gefunden; blieben die Fenster dagegen während des Heizens dauernd geschlossen, dann erwärme sich die zwischen den Balken, oberhalb der Zimmerdecken, aber unterhalb des Gipsestrichs befindliche Luft und nehme aus dem Putze der Zimmerdecken große Mengen von Feuchtigkeit auf, welche nach oben wegen des Gipsestrichs und nach unten wegen des fehlenden Luftwechsels nicht entweichen könne; dann entstände jene Treibhausluft u. s. w.; hätten die Maurer wirklich in der von St. beschriebenen Art für Lüftung des mit der Notverglasung versehenen und geheizten Rohbaues gesorgt, dann hätten sie dadurch immerhin nicht nur eine ausreichend schnelle Durchtrocknung der Balken selbst, sondern vielleicht auch der zwischen den Balken eingelegten und mit dem Gipsestrich belegten

Bretter erzielt, und diese Bretter hätten nicht in so weitgehender Weise vom Schwamm zerstört werden können, wie dies von mehreren Sachverständigen in den Gutachten beschrieben worden; jedenfalls sei es dann auch nur noch wenig auf die weitergehende Behandlung des fertigen Hauses angekommen; immerhin sei in jener Zeit der folgenschwere Fehler begangen worden, daß nicht in jedem Raum und in jedem Balkenfache in dem Gipsestrich Löcher gelassen und die Bretter, worauf der Estrich ruhen sollte, an diesen Stellen entfernt wurden, um eine Lüftung des Raumes zwischen dem Estrich und dem Deckenputz zu ermöglichen; nur hierdurch wäre die Entwicklung des Schwamms in den freien Balkenfeldern verhindert worden; daß der Gipsestrich zur Zeit der Legung der Fußböden und auch schon vorher den Eindruck der Trockenheit gemacht, wie von einigen Zeugen bekundet sei, wolle gar nichts sagen, da es weniger auf etwaige Feuchtigkeit im Gipse selbst als darauf ankomme, daß der Estrich nicht den darunter befindlichen Brettboden so hermetisch dicht abschließen sollte; man müsse annehmen, daß die Schwammentwicklung an jenen Brettern gerade durch die andauernde Durchwärmung aller Räume des Hauses und damit auch der Balkenzwischenräume in jener Putzperiode befördert worden sei; das andauernde Erwärmen der Räume gehe auch recht deutlich aus dem Umstand hervor, daß der Polier sich wegen der Reparatur von nur 2 bis 4 beschädigten Scheiben der Notverglasung an den Glaser gewendet, „weil es sonst zu kalt im Hause wäre“. Die Leute hätten vermutlich hier, wie so oft, den Putz der Decken bzw. Wände schnell so weit trocken haben wollen, daß sie, wie der Polier St. sage, „lufttrocken“ gewesen, um geweißt und dem Maler für Herstellung der Malerarbeiten übergeben zu werden; die Malerarbeiten seien nach der Aussage des D. auffälligerweise auch sehr frühzeitig ausgeführt; so sei die Fertigstellung des Gebäudes im Winter und im Frühjahr sichtlich überhastet worden.

Hierdurch hätten natürlich diejenigen Teile der Balken ganz besonders gelitten, welche in jener Zeit des Heizens keine Möglichkeit der Austrocknung hatten, welchen vielmehr aus den noch feuchten Wänden noch fortgesetzt Feuchtigkeit zugeführt worden; das seien die in den Mauern steckenden Köpfe der Balken und die Gutachter beschrieben auch übereinstimmend, daß sich der Verfall der Balken auf diesen Balkenenden am meisten vorgefunden habe; das zu frühe Anbringen des äußeren Putzes der Fassaden könne für die Balkenköpfe ebenfalls nur schädlich gewirkt haben, indem das Entweichen der Wandfeuchtigkeit nach außen dadurch gehemmt worden; erinnere man sich der bereits erwähnten großen Feuchtigkeitsmengen, welche im Herbst 1903 durch das zu späte Anbringen der Dachdeckung in das Haus gekommen, so werde es verständlich, daß der mitbeklagte Th. alle Veranlassung gehabt habe, auf eine ganz ungewöhnlich sorgliche Behandlung desselben hinzuwirken. Nach Lage der Sache wäre freilich auch durch die sorgliche Behandlung des Hauses hinterher nicht mehr zu verhindern gewesen, daß die Schwammgebilde, welche speziell an den in den Wänden steckenden Balkenköpfen nun einmal zum Wachstum gebracht waren, dort so lange weiter wucherten und sich ihre Nahrung aus der Holzsubstanz der dadurch brüchig werdenden Balkenköpfe holten, als ihnen aus den Mauern noch Feuchtigkeit zur Verfügung stand; in solchem Falle trieben die Schwammpflanzen feine Mycelstränge in das umgebende Mauerwerk zur Absaugung der Feuchtigkeit aus



demselben, woraus sich so häufig die Meinung gebildet habe, daß es auch einen besonderen Mauerschwamm gäbe, der nur in Mauerwerken vorkomme. Das systematische Lüften des Hauses im Sommer und Herbst 1904 hätte zweifellos zur Beschleunigung der Austrocknung der freischwebenden Balkenlager, also der nicht in den Wänden steckenden Teile der Balken beitragen und auch das Austrocknen der ebenfalls vom Schwamm zerstörten Einschnidedecken, also der Bretter, worauf der Gipsestrich gelegen, — sofern diese Bretter damals noch Feuchtigkeit enthielten — beitragen können; für die Köpfe der Balken in den Wänden sei damit nichts mehr zu erreichen gewesen; hätte man damals den bereits angegriffenen Zustand der Balkenköpfe gekannt, so hätte man dem Wachstum des Schwammes nur dadurch Einhalt gebieten können, daß man längs der sämtlichen Wände, in welchen Balkenköpfe gelegen, einige Bretter der Fußböden aufgenommen und die Balkenköpfe von dem sie umgebenden Mauerwerk befreit, um so eine beschleunigte Austrocknung dieser Balkenköpfe herbeizuführen; das seien doch ersichtlich Arbeiten, welche mit der gewöhnlichen Erhaltung eines Neubaus nichts zu tun hätten, welche also auch dem Kläger, wenn er das Haus damals bezogen hätte, gewiß nicht hätten zugemutet werden können; ob nun freilich der Zustand der Balkenköpfe aus den angegebenen Ursachen schließlich derartig geworden sei, daß man von einer sog. Armierung der Balken mittels angebolzter Bohlen . . . . absehen und zum Einziehen eiserner Träger habe greifen müssen, vermöge er natürlich nicht zu beurteilen, und er könne deshalb auch nicht genau übersehen, ob die für die Beseitigung des Mangels aufgewendete Summe angemessen sei; nach mehrfachen derartigen unter seiner Kontrolle ausgeführten Ausbesserungsarbeiten müsse er allerdings sagen, daß der Kostenbetrag auch bei Einschubung eiserner Träger als reichlich hoch erscheine; vielleicht könnte der anzunehmende Betrag durch Lokalsachverständige unter Vorlegung der Lohnlisten und Rechnungsbeläge genauer ermittelt werden, seines Ermessens seien die Kosten einschließlich für Beschaffung eiserner Träger höchstens auf 12000 M. zu bestimmen.

#### Ergebnis:

Die in dem Hause entstandenen Schäden seien unzweifelhaft auf Bildung von Schwamm zurückzuführen. Besonders stark beschädigt seien einesteils die in die Zwischenräume der Balken zum Tragen des Gipsestrichs und Füllsandes eingebrachten Brettlagen, andererseits die in den Mauern liegenden Balkenköpfe. Wären die Balken gesund geblieben, so hätten die Füllbretter durch vorübergehendes Entfernen der Fußböden, Beseitigung des Füllsandes und Gipsestrichs und entsprechende Behandlung der Balken mit antiseptischen Mitteln ausgewechselt werden können. Da aber auch eine Beschädigung der Balkenköpfe vorgelegen, hätten diese je nach ihrem Zustand entweder nur von ihren kranken Teilen befreit oder durch Armieren der Balken ganz entfernt werden müssen, was unter Umständen noch ohne Beschädigung der Zimmerdecken möglich gewesen wäre; hätten sich auch an den freischwebenden, nicht in den Wänden steckenden Teilen der Balken Schwammbildungen gezeigt, so hätten diese meist ebenfalls durch entsprechende Behandlung der Balken und ohne Beschädigung der Zimmerdecken beseitigt werden können; oft werde dabei eine Armierung der Balken auf ihrer

ganzen Länge notwendig; die Kosten derartiger Reparaturen, welche nicht auf eine vollständige Beseitigung der Balken hinausliefen, seien natürlich geringer als die Kosten einer vollständigen Entfernung der Balken, und die Einfügung eiserner Träger sei schließlich als das radikalste, aber freilich auch als das teuerste Mittel anzusehen. Wie groß der Grad der Beschädigung im vorliegenden Falle gewesen, vermöge er nicht zu sagen; jedenfalls sei aber der Schaden auf die ganze Art der Bauausführung, insbesondere auf die Behandlung des Rohbaues bis zur Eindeckung des Daches, auf die Verwendung eines zu starken und dadurch zu dichten Gipsestrichs zwischen den Balken, einer nach eingezogenen Erkundigungen auch in Bremen sonst nicht üblichen Art, auf die zu sehr beschleunigte Art der Fertigstellung des Baues und des Daches getroffenen bzw. unterlassenen Maßnahmen, also auf Handlungen, welche von dem Beklagten zu vertreten sind, zurückzuführen.

Durch Vernachlässigung des Baues nach seiner Fertigstellung könne höchstens das Abtrocknen der bereits vorhandenen Schwammbildung verlangsamt, also der Angriff des Schwammes auf die Bretter und freischwebenden Balken etwas vergrößert worden sein. Einen bestimmten Prozentsatz könne er nicht angeben.

Auf Grund dieser Beweisaufnahme wurde der Klageanspruch vom Landgericht durch Zwischenurteil vom 26. März 1909 gemäß § 303 ZPO. dem Grunde nach für berechtigt erklärt, die ziffermäßige Feststellung der Höhe des Anspruchs dem späteren Verfahren vorbehalten. Beide Beklagte legten Berufung ein und beantragten erneut Klageabweisung.

In tatsächlicher Beziehung bestritten sie a) wiederholt, daß die Schwammbildung auf irgend einen Fehler beim Bau zurückzuführen sei; umgekehrt trifft b) den Kläger der Vorwurf, daß er das nicht einmal ganz fertige Haus von 1904 bis 1906 habe stehen und verkommen lassen. Das Gutachten lasse die Sachkunde eines Praktikers vermissen und gehe theoretisch hinsichtlich der Entwicklung von Schwamm von falschen, durch die botanische Wissenschaft längst widerlegten Annahmen aus. Es werde beantragt, ein weiteres Gutachten einzuziehen und zwar insbesondere von einem in Bauten nicht bloß theoretisch, sondern praktisch erfahrenen Manne. In rechtlicher Beziehung haben beide Beklagte 1. jeden Ersatzanspruch gegen sie nach § 635 BGB. für ausgeschlossen erklärt, weil ihnen nicht die erforderliche Nachfrist zur Beseitigung der Mängel gesetzt sei. Sie wollen beide 2. nur für den Schaden äußerstenfalls haften, der bei Abnahme des Hauses vorhanden gewesen sei. Endlich bestreitet 3. Beklagter seine Haftung unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts in Seuff. Arch. 48 Nr. 22 deshalb, weil er durch die klägerische Anstellung eines Bauleiters, unter dessen Augen ja der Bau so, wie geschehen, aufgeführt sei, von eigener Haftung für etwaige Versehen dem Kläger gegenüber befreit worden sei. J. hat auch weiter noch ausgeführt, daß er nicht allgemein Uebernehmer des Baues gewesen sei, sondern nur Uebernehmer der Erd-, Mauer- und Zimmerarbeiten und daher nur für ordnungsgemäße Ausführung dieser Arbeiten hafte. Nicht bestritten aber hat er, daß die Herstellung der sog. Einschubböden zu den ihm übertragenen Aufgaben gehörte. Beklagter Th. hat sich der Auffassung J.'s, er, Th., sei als leitender Architekt allein verantwortlich gewesen, widersetzt.

Kläger hat sich zunächst gegen die rechtlichen Einwände der Beklagten mit Rechtsgründen gewendet. Auf Nachfrist hätten Beklagte keinen Anspruch gehabt, weil die sofortige Geltendmachung des klägerischen Rechts auf Schadenersatz oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Klägers gerechtfertigt gewesen sei; er sei geradezu gezwungen gewesen, seinen Käufer N. den geforderten Preisnachlaß zu gewähren und ihm zu überlassen, durch seinen Architekten die Beseitigung des Schwammes vorzunehmen; andernfalls würde N. Wandelung des Kaufes verlangt haben und der Schaden wäre noch viel größer geworden; übrigens könne sich Th. gar nicht auf § 635 BGB. berufen, weil mit ihm kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag abgeschlossen sei. Die Behauptung der Beklagten, sie hafteten nur für den Schaden, der bei Abnahme des Werkes vorhanden gewesen sei, sei ebenso verfehlt, wie die Berufung J.'s darauf, daß Th. der leitende Architekt gewesen sei. In der Sache selbst sei eine weitere Beweisaufnahme, insbesondere eine nochmalige Begutachtung, überflüssig; der vernommene Sachverständige beherrsche das Gebiet des Hausschwammes theoretisch und praktisch und sei schon 250 mal als Sachverständiger in Hausschwammprozessen vernommen. Im vorliegenden Falle sei ja aber auch noch eine Reihe anderer Gutachter gehört worden, die den klägerischen Standpunkt gleichfalls vertreten.

Aus den Entscheidungsgründen des oberlandesgerichtlichen Urteils:

Während in der Frage, ob und in welchem Maße die Beklagten für die Schwammentwicklung haften, das Gericht noch eine ergänzende Beweisaufnahme für angezeigt erachtet, können zwei rechtliche Einwendungen der Beklagten schon jetzt durch Zwischenurteil erledigt werden:

1. Die Beklagten wollen nicht haften, weil ihnen nach § 634 BGB. zunächst eine Nachfrist habe gesetzt werden müssen. Das ist für den vorliegenden Fall unzutreffend. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie Kläger meint, der Beklagte Th. sich auf § 634 BGB. schon deshalb nicht berufen kann, weil mit ihm gar kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag abgeschlossen ist. Jedenfalls ist gegen beide Beklagte festzustellen, daß die sofortige Geltendmachung des klägerischen Anspruchs ohne Bestimmung einer Frist durch ein besonderes Interesse des Klägers gerechtfertigt war. Kläger hatte das Haus an N. weiterverkauft. N. hatte den Schwamm entdeckt, als er in einigen Zimmern Aenderungen vornehmen lassen wollte und zu diesem Zwecke an einzelnen Stellen der Bretterfußboden gehoben wurde. Da erhob er den berechtigten Anspruch auf Rückgängigmachung des Kaufs. Klägerischen Bemühungen gelang es, N. mit einem Preisnachlasse abzufinden, in der Höhe angeblich entsprechend den Kosten, die N. seinerseits aufwenden mußte, die Schwammbildung zu beseitigen. Wenn N. sich hierbei nicht darauf einließ, die sehr prekäre Arbeit durch einen anderen als seinen eigenen Architekten hergestellt zu sehen, dem er Vertrauen schenkte, so war das angesichts der Gefahr, die N. lief, wenn die Arbeit nicht in allen Punkten sorgfältig ausgeführt wurde, vom Standpunkte N.'s sehr begreiflich. Kläger aber befand sich geradezu in der Zwangslage, entweder N.'s Verlangen zu entsprechen oder aber vor der Wandelung des ganzen Kaufgeschäfts zu stehen, die den Schaden

aller Voraussicht nach noch erheblich vergrößert hätte. Deshalb war es berechtigt, wenn er nicht erst den Beklagten durch Setzung einer Frist die Beseitigung des Schwammes ermöglichte, die sie übrigens nach ihrer heutigen Stellungnahme auch gar nicht vorgenommen haben würden. Damit ist noch nicht gesagt, daß einer künftigen Entscheidung über eine etwaige Ersatzpflicht die dem N. zugestandene Summe von 18 633,65 M. zugrunde zu legen wäre. Dieser Punkt gehört in die jetzige Entscheidung über den Grund des Anspruchs überhaupt nicht hinein.

2. Beide Beklagte sind der Meinung, daß ihre etwaige Haftung sich jedenfalls nicht über den Schaden hinaus erstrecke, der bei Abnahme der Bauten abseits des Klägers bereits vorhanden gewesen sei. Wenn das — und nur dann hat es Sinn — heißen soll, die Beklagten hafteten nicht für den aus diesem ersten Schaden durch Zeitablauf hervorgegangenen weiteren Schaden, und sie hätten äußerstenfalls die Kosten zu tragen, die nötig gewesen wären, bei Abnahme der Bauten den Schwamm und jede weitere Schwammgefahr zu beseitigen, so ist das unlogisch und unrichtig. Haben die Beklagten überhaupt ein für die Schwammentwicklung kausales Versehen begangen, so steht damit der spätere Schaden nicht minder in Zusammenhang, als der frühere. Eine ganz andere Frage ist die, ob dieser spätere Schaden auch durch ein Verschulden des Klägers hervorgerufen ist. Dieser Punkt ist zurzeit noch nicht spruchreif.

Das Oberlandesgericht beschloß eine weitere Beweisaufnahme, insbesondere nochmalige Begutachtung durch denselben Sachverständigen unter Berücksichtigung der neueren Literatur.

Der Sachverständige begründete sein Gutachten noch ausführlicher; betonte insbesondere die nachteilige Wirkung der Anheizung durch Koksöfen bei geschlossenen Fenstern und das zu frühzeitige Legen der Fußböden (unter Anführung mehrerer anderer neuerer Fälle, in denen dieselben Fehler gemacht seien).

Die Parteien haben sich sodann auf dieser Grundlage verglichen.

### III. Arglist.

#### § 11.

I. Nicht selten verzichtet der Käufer auf Gewährleistung. Insbesondere kann dieser Verzicht auch in der Klausel zur Geltung kommen, daß der Käufer das Grundstück kauft „wie es steht und liegt“. Ein solcher Verzicht ist nach § 476 BGB. in der Regel gültig; er ist aber nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel „arglistig verschweigt“. Dasselbe gilt bei Tausch, § 515 BGB. Vgl. Heft 2 S. 44 ff. Auch beim Werkvertrag ist die Vereinbarung des Erlasses oder einer Beschränkung der Vertretungs-

pflcht des Unternehmers für einen Mangel des Werks im Falle eines arglistigen Verschweigens nichtig (§ 637 BGB.).

Nach § 463 BGB. hat der Käufer im Falle arglistigen Verschweigens — ebenso wie im Falle der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft des Kaufgegenstandes — Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, den er statt der Wandelung oder der Minderung erheben kann.

Das arglistige Verschweigen spielt in Prozessen über Hausschwamm eine große Rolle, vgl. Heft 2 a. a. O. Auch einige der oben mitgeteilten Entscheidungen ließen dies erkennen.

Ueber den Begriff ist man klar.<sup>1)</sup> Es ist ein „Verschweigen in der Absicht, den Gegenkontrahenten zu täuschen.“ Fahrlässigkeit kommt also gar nicht in Betracht. „Kennen müssen“ steht hier nicht in Frage. Vgl. z. B. Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. April 1904. Es genügt nicht einmal Eventualdolus oder Vorsatz, erfordert wird eine darüber hinausgehende Absicht, nämlich die der Schädigung des anderen Teiles, der in Kenntnis des wahren Sachverhaltes vermutlich jene Willenserklärung nicht abgegeben haben würde.

Je weiter nun die Rechtsprechung eine Gewährleistung für Hausschwamm und Verdacht annimmt, desto umfangreicher kommt auch die Frage des arglistigen Verschweigens im Falle eines Verzichts auf die gesetzliche Gewährleistung in Betracht. Auch hier entsteht also die Frage nach den in der Hausschwammfrage erheblichen Pilzen und die des allgemeinen Erfahrungssatzes der allgemeinen Erheblichkeit einer Pilzart oder der Erheblichkeit nur im einzelnen Falle. Denn soweit eine Erheblichkeit des Fehlers nicht angenommen wird, soweit kommt auch das etwaige arglistige Verschweigen nicht in Betracht. Indem der 1. Civilsenat des Reichsgerichts in der (oben S. 24 ff.) Entscheidung vom 4. November 1908 den echten Hausschwamm und den *Polyporus vaporarius*, ebenso den Verdacht für beide Pilze für erheblich erklärte, mußte er auch das arglistige Verschweigen für erheblich halten.

Indem der 2. Civilsenat des Reichsgerichts am 19. Januar 1909 auf den Einzelfall entscheidendes Gewicht legte (vgl. oben S. 30 ff.), mußte er folgerichtig in seiner Entscheidung vom 12. Februar 1909 (vgl. oben S. 47) auch im Falle der Arglist dem Einzelfalle entscheidende Bedeutung beimessen.

II. Außer den schon angeführten Entscheidungen kommen für die Lehre vom arglistigen Verschweigen folgende Erkenntnisse des 5. Senats des Reichsgerichts in Betracht:

1) Vgl. Beer Dtsch. Jur. Ztg. 1904 S. 89 flg.

1) vom 24. April 1909:1)

Im November 1903 kaufte der jetzige Kläger vom Beklagten die bei St. liegende Mühle „wie sie steht und liegt“ für 84000 Mk. Die Uebergabe erfolgte im März 1904. Der Kläger verlangt Preisminderung, namentlich auch mit der Behauptung, bald nach der Uebergabe hätten sich auf dem Grundstück erhebliche Schwammschäden herausgestellt; der Kläger habe diesen Schwamm dem Beklagten arglistig verschwiegen.

Das Reichsgericht äußert sich folgendermaßen:

Hätten die Beklagten davon Kenntnis gehabt, daß das Grundstück mit Schwamm behaftet war, so würde darin, daß sie dies verschwiegen, eine Arglist gefunden werden können . . . Jeder Verkäufer wisse, daß die Kenntnis vom Vorhandensein des Schwammes die Willensentschließung und Willenserklärung des Käufers mindestens beeinflussen könne und regelmäßig beeinflussen werde; allein die Kenntnis des Beklagten vom Vorhandensein des Schwammes sei nicht erwiesen; sie lasse sich auch nicht unterstellen, da der Schwamm, wie sich aus den Bekundungen des Regierungsbaumeisters K. ergäbe, selbst von einem Sachverständigen nur auf Grund genauer mikroskopischer Untersuchung festgestellt werden könne. . .

2) Vom 28. September 1910:2)

Der Verkäufer verkaufte das Grundstück „wie es steht und liegt“; er machte bei der Besichtigung auf Feuchtigkeit an verschiedenen Stellen des Hauses aufmerksam, sprach aber nicht vom vorhandenen Schwamm oder Hausschwamm, obwohl er wußte, daß das Haus mit Hausschwamm behaftet war.

Das Oberlandesgericht Dresden sprach aus:

Auch dann noch liege Arglist vor, wenn der Beklagte den Ausdruck „Schwamm“ gebraucht haben sollte, da er im vorliegenden Falle damit nur den bereits beseitigten Grund für die sichtbaren Spuren von Feuchtigkeit und die geringen Ausbesserungen habe beseitigen wollen; damit würde er seiner Pflicht, den Käufer aufzuklären, nicht genügt haben; er habe vielmehr arglistig gehandelt.

Aus den Entscheidungsründen des Reichsgerichts:

Arglist des Verkäufers könne auch dann vorliegen, wenn der Verkäufer dem Käufer erzählt habe, er habe bei seiner Gutsübernahme große Ausbesserungen wegen „Schwammschaden“ gehabt, er verkaufe das Gut nur, wie es liege, mit allen Schwammschäden und Lasten, dies stehe der Annahme des Verschweigens nicht entgegen.

Der höchste Gerichtshof nimmt also einen sehr strengen Standpunkt ein, soweit es sich um das arglistige Verschweigen eines Fehlers handelt.

1) V. 300. 08; Landgericht II Berlin, III. O. 121. 05, 23. 12. 07; Kammergericht XIV, U. 1410. 08, 9. 4. 1908.

2) V. 536. 09. OLG. Dresden, X. 99. 08, 12. 7. 1909. Das Recht 14 No. 3728; Soergel 1910 S. 171 No. 19.

Bedenken will es nur erregen, daß so allgemein von „Hausschwamm“ oder gar „Schwamm“ die Rede ist. Nach den obigen Ausführungen bedarf es stets der Feststellung der Erheblichkeit im einzelnen Falle und der Kenntnis des Verkäufers von dieser Erheblichkeit. In jener Allgemeinheit kann man also den Entscheidungen nicht zustimmen. Anders steht es im konkreten Falle der oben S. 58 zu 1 mitgeteilten Entscheidung vom 24. April 1909. In diesem Falle kam es auf eine Untersuchung des Einzelfalles nicht an, weil die Kenntnis des Verkäufers von jedem „Schwamm“ verneint wurde.

3. Vom 4. Mai 1910<sup>1)</sup>:

In diesem Erkenntnis handelt es sich um die Beweislast im Falle der Geltendmachung arglistigen Verschweigens. Zutreffend wird der für beweisbelastet gehalten, der solches Verschweigen behauptet:

Dies folge aus der allgemeinen Regel: daß derjenige, der eine Rechtsfolge behaupte, diejenigen Tatsachen anführen und beweisen müsse, an die das Gesetz die Rechtsfolge knüpfe, ohne Unterschied, ob es sich dabei um rechtsbegründende, rechtshindernde oder rechtszerstörende Tatsachen — und auch dann, wenn es sich um Negativen handele; es sei das überdies nicht nur in der Rechtslehre, sondern auch vom Reichsgericht bereits anerkannt (vgl. RG. vom 23. Dezember 1902, III 300/02 in Seuff. Arch. 58, 312/4 Nr. 166), die von der Revision betonte Schwierigkeit der Beweisführung könne an der Beweislast nichts ändern und ebensowenig die Ansicht der Revision begründen, daß der Kläger hätte angeben müssen, wo und wann er dem Beklagten Mitteilungen über den Schwamm gemacht habe . . .“

4. Vom 5. Februar 1910<sup>2)</sup>.

In diesem Urteile handelt es sich um die interessante Frage, ob einem Verkäufer über seine vom Prozeßgegner behauptete Kenntnis vorhandenen Schwammes der Eid zugeschoben werden könne.

Hierüber äußerte sich die in der Jur. Woch.-Schr. 1899 S. 425 Nr. 8 im Auszug mitgeteilte Entscheidung des 5. Senats vom 17. Mai 1899, Nr. 69. 99, folgendermaßen: zulässig sei die Eidesleistung über das Wissen einer Tatsache, auch ohne Angabe der Wissensquelle (Seuff. Arch. Bd. 44, S. 366), unzulässig aber sei im vorliegenden Falle die Eideszuschreibung, da es sich um ein Wissen handele, „das Schwammkunde also technische Kenntnisse voraussetze, welche dem Beklagten nicht unzweifelhaft bekannt und geläufig sind“, der Eid beziehe sich also nicht einmal auf eine Tatsache, über welche der Beklagte als Zeuge vernommen werden könnte, wenn er nicht Partei wäre.

---

1) V. 382. 09. WARNEYER Ergänz.-Bd. 3 S. 247.

2) V. 173. 09. SCHULTZ Jahrb. f. Entsch. Bd. 8, S. 16.

In der, meines Wissens ungedruckten Entscheidung desselben Senats vom 1. April 1908, Nr. 419. 07, ist die Eideszuschiebung über Schwammkenntnis zugelassen, auch an einen „Mann ohne besondere Sachkenntnis“.

Dem steht nicht entgegen die von mir in Heft 2 S. 45, 46 mitgeteilte Entscheidung des 5. Senats vom 1. Juli 1908, Nr. 430. 07, da in diesem Falle das Oberlandesgericht schon ohne Eid als erwiesen ansah, daß der Verkäufer von dem Hausschwamm keine Kenntnis hatte.

In der jetzt vorliegenden Entscheidung vom 5. Februar 1910 wird die Eideszuschiebung unter Bezugnahme auf die soeben erwähnte Entscheidung vom 1. April 1908 gleichfalls zugelassen:

„Es ist nicht abzusehen, warum der Kläger nicht, sei es von selbst, sei es durch Mitteilungen anderer, z. B. von Handwerkern, welche die Schwammschäden gefunden haben, Kenntnis, d. i. Ueberzeugung vom Vorhandensein des Hausschwamms gewonnen haben und warum eine Eideszuschiebung darüber an ihn unstatthaft sein soll. Wissenschaftliche botanische Kenntnisse zur Gewinnung der erwähnten Ueberzeugung sind keinesfalls erforderlich. Die Entsch. . . . J. W.-Schr. 1899 S. 425/8 spricht derartiges keineswegs grundsätzlich aus“ . . .

In allen solchen Fällen betont aber das Reichsgericht nachdrücklich, daß zunächst die Tatsache des Vorhandenseins des für erheblich erachteten Schwamms objektiv feststehen müsse.

Auch in dieser Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs kommt eine sehr energische Bekämpfung der Arglist zur Geltung, die zum wiederholten Ausdruck meines früheren Rates veranlassen muß, daß der Verkäufer bei den Kaufverhandlungen seine Ueberzeugung von Mängeln, insbesondere von Hausschwamm offenbare. Er kann später im Gewährleistungsprozesse dem Gegner auch nicht dadurch entgehen, daß er seine Kenntnis von vorhandenem Schwamm bestreitet und sich sicher fühlt, der Gegner werde ihm die Kenntnis nicht beweisen können.

Die Zulassung der Eideszuschiebung ist von um so größerer Tragweite, als das Reichsgericht, wie oben gezeigt, nicht bloß echten Hausschwamm, sondern auch Trockenfäule und bei beiden Arten sogar bloßen Verdacht für erheblichen Sachmangel erklärt hat.

Das Reichsgericht führt als Beispiel der erlangten Kenntnis die Mitteilung von Handwerkern an. Dies wird dem Mykologen auffallen. Aber wohlgemerkt: der Gewährleistungsanspruch setzt zunächst voraus, daß der behauptete Sachmangel objektiv vorhanden ist. Wird dies nicht festgestellt, so ist die innere Ueberzeugung des mit der Gewährleistungs-



klage Belangten völlig bedeutungslos. Hat der letztere aber die innere Ueberzeugung gewonnen, wenn auch nur durch einen Handwerker, weil er diesen für einen besonderen Sachkenner hält oder von der mykologischen Schwierigkeit nichts weiß, so hat er nach dem Standpunkt des Reichsgerichts Kenntnis und handelt regelmäßig arglistig, wenn er bei den Vertragsverhandlungen dieses Kenntnis verschweigt.

Spricht ein Handwerker bei einer Ausbesserung im Hause dem Eigentümer die Ansicht aus, daß in dem Hause eine gefährliche Art von Trockenfäule sei, hält aber der Eigentümer nur den von FALCK für viel weniger gefährlich erachteten Lenzites für vorliegend, so hat er keine Kenntnis von jener gefährlichen Trockenfäule. Wird nach Verkauf und nach Ablauf der Verjährungsfrist von 1 Jahre (§ 477) wegen Trockenfäule Wandelung begehrt und sieht das Gericht Polyporus vaporarius als vorhanden und erheblich an, so kommt es auf Kenntnis des Gewährleistungspflichtigen an, um Arglist festzustellen und die Verjährung zu verneinen. Wird ihm der Eid über die Kenntnis zugeschoben, so kann er ihn in dem soeben gesetzten Falle leisten. Denn er glaubte der Mitteilung des Handwerkers nicht. Leistet er den Eid, so siegt er in dem Zivilprozesse. Aber gewöhnlich folgt in derartigen Fällen eine Anzeige wegen Meineides und in dem Verfahren kann der Verdacht des Meineides hinreichend zu einer Anklage, vielleicht sogar, weil dringend, zu einer Verhaftung führen, weil man dem Beschuldigten nicht glaubt, daß er der Mitteilung des Handwerkers keine Beweiskraft beigemessen habe. Daß ohne erhebliche andere Verdachtsmomente der, welcher jenen Eid leistete, wegen Meineides angeklagt würde, halte ich zwar für unwahrscheinlich. Doch rate ich jedem Beteiligten dringend, bei den Vertragsverhandlungen dem andern Teile Mitteilung zu machen und so nach beiden Seiten hin klare Lage zu schaffen. Es kommt dann auf einen Eid nicht an und ist ein Verfahren wegen Meineides ausgeschlossen.

Würde das Reichsgericht seinen oben S. 27, 32 flg. erörterten verallgemeinernden Standpunkt aufgeben, so würden sich die Fälle einer Eideszuschiebung erheblich vermindern und die der Möglichkeit der Leistung des zulässigen Eides erheblich vermehren.

#### IV. Anfechtung wegen Irrtums.

##### § 12.

I. In Heft 2 S. 81 habe ich mitgeteilt, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums in gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaft im Falle von Hausschwamm aus-

geschlossen ist, wenn die Voraussetzungen für Gewährleistung erfüllt worden sind. Vgl. namentlich die Entscheidung des V. Senats, Bd. 61 S. 171 flg. Nach §§ 459 flg. kann aber — abgesehen von dem Falle einer besonderen Abrede — von Gewährleistung nur nach Uebergang der Gefahr, d. i. nach Uebergabe oder nach Auflassung (§ 446 BGB.) die Rede sein.

So lange die Gefahr nicht übergegangen ist, wird die Anfechtung wegen Irrtums vom Reichsgericht zugelassen, V. 20. I. 1909 (GRUCHOT Beitr. Bd. 53 S. 936 flg.; Das Recht 1909 Nr. 1095). Gemäß § 119 Abs. 2 ficht der Käufer seine Erklärung, daß er kaufe, mit Erfolg an, wenn er über eine solche „Eigenschaft“ der Kaufsache geirrt hat, „die im Verkehr als wesentlich angesehen“ wird, und anzunehmen ist, daß er seine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Es kommt hiernach in erster Linie auf eine „Eigenschaft“ und zwar auf eine „im Verkehr als wesentlich angesehene“ Eigenschaft an. Der Hausschwamm steht hiernach gewiß in Frage. Ob auch Trockenfäule, steht noch dahin. Die meisten werden es annehmen. Soweit Schwammverdacht nach der Auffassung im Verkehr im Sinne des § 459 BGB. erheblich ist, soweit wird es sich auch um eine „Eigenschaft“ im Sinne des § 119 handeln. Ob nun der Käufer bei Kenntnis der Sachlage das Haus nicht gekauft hätte, muß im Einzelfalle sorgfältig untersucht werden. Es leuchtet ein, daß man hier einen Unterschied machen müßte, wenn etwa einerseits ein Schwammoptimist, andererseits ein Schwamm pessimist das Haus kaufte. Der subjektive Standpunkt ist aber nicht allein entscheidend. Er erledigt die Sache nur dann, wenn der Käufer, z. B. trotz der Trockenfäule oder des Verdachts, gekauft hätte. Im anderen Falle kommt es auf die verständige Würdigung des Falles, also auf einen objektiven Maßstab an. Nach den obigen Mitteilungen würde hiernach das Reichsgericht eine sehr weitgehende Anfechtung zulassen. Nach meinen obigen Ausführungen würde eine sorgfältige Untersuchung des Einzelfalles erforderlich werden.

Die Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums setzt nach § 119 BGB. voraus, daß der Mangel schon zur Zeit der Willenserklärung vorhanden war. Auch muß die Anfechtung nach § 121 unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, dem anderen Kontrahenten (§ 143 Abs. 2) erklärt werden.

II. Aus den Entscheidungsgründen des V. Senats vom 20. Januar 1909 (GRUCHOT a. a. O. Bd. 53, S. 936, 938):

„Nach der keinem Bedenken unterliegenden Feststellung des Berufungsrichters ist in dem fraglichen Hause zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags Schwamm vorhanden gewesen. Zwar war es nicht die gefährlichste Art des Hausschwammes, *Merulius lacrymans*, sondern eine minder gefährliche Abart, *Polyporus vaporarius*. Jedoch kommt diese Art der ersteren in der schädlichen Wirkung sehr nahe. Die Zerstörungserscheinungen sind bei beiden Schwammarten die gleichen. Der *Polyporus vaporarius* kann sich nur nicht so schnell weiterverbreiten; er dringt aber auch durch Mauerwerk durch<sup>1)</sup>. Das Publikum macht in der Regel keinen Unterschied zwischen beiden Schwammarten. Die Freiheit eines Hauses vom Schwamm überhaupt wird im Verkehr als eine wesentliche Eigenschaft angesehen.“..

„Der Berufungsrichter stellt fest, daß das fragliche Haus bereits zurzeit des Vertragsschlusses mit der Trockenfäule (*Polyporus vaporarius*) behaftet gewesen ist, und daß beim Kaufe eines Hausgrundstücks die Freiheit eines Grundstücks von einem solchen Fehler im Verkehr als wesentlich angesehen wird. Danach nimmt der Berufungsrichter an, daß dem Grundstück eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. zur Zeit des Vertragsschlusses gefehlt habe. Ferner stellt der Berufungsrichter fest, daß der Kläger beim Vertragsschlusse keine Kenntnis von dem Vorhandensein der Trockenfäule gehabt, vielmehr hiervon erst bei der am 20. Dezember 1906 durch Sachverständige vorgenommenen Untersuchung des Hauses Kenntnis erlangt hat, daß er bei der Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles das Grundstück nicht oder wenigstens nur für einen geringeren Preis gekauft haben würde. Deshalb erachtet der Berufungsrichter die Voraussetzung des § 119 Abs. 1, 2 BGB. für die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums als gegeben.“

Im Anschluß an diese Entscheidung habe ich zu dem oben bereits Gesagten hier nur folgendes zu bemerken:

1. Wenn das Reichsgericht ausspricht, im Verkehr werde die Freiheit eines Hauses „von Schwamm überhaupt“ „als eine wesentliche Eigenschaft angesehen,“ so lautet dieser Erfahrungssatz zu allgemein. Es handelt sich allerdings nur um das, was im Verkehr als wesentlich angesehen wird; nicht um die Ansicht der Männer der Wissenschaft. Gleichwohl ist der Satz zu allgemein formuliert. Das Reichsgericht denkt doch gewiß nur an *Merulius lacrymans* und *Polyporus vaporarius*, mit denen allein es bisher beschäftigt war. Es gibt aber noch andere „Schwammarten“, z. B. den harmlosen Kellerschwamm (vgl. Heft 2 S. 6). Wie steht es mit dem von FALCK, Heft 3 dieser Forschungen besprochenen „Blätterschwamm“ (*Lenzites*)? Stand in jenem Falle des Reichsgerichts außer Frage, daß es sich um *Polyporus vaporarius* und nicht etwa um *Lenzites* handelte?

---

1) Für den häufig mit *Polyporus* verwechselten *Lenzites* trifft dies nach der oben S. 33 mitgeteilten Ansicht von FALCK nicht zu.

2. Wenn das Reichsgericht ausspricht, daß der Kläger „bei verständiger Würdigung des Falles“ das Grundstück nicht, wie geschehen, gekauft hätte, so wiederhole ich, daß es für den objektiven Standpunkt nach den obigen Ausführungen auf den Einzelfall ankam. Wenn der 5. Senat in seiner soeben mitgeteilten Entscheidung vom 20. Jan. 1909 darauf kein entscheidendes Gewicht legte, so verdunkelte er den Glanz seiner Entscheidung vom 17. Oktober 1908 (vgl. oben S. 42 flg.).

III. Entsteht der Mangel erst nach der Abgabe der Willenserklärung aber andererseits vor Uebergang der Gefahr (Uebergabe oder Auflassung und Eintragung), so braucht der Käufer das Grundstück nicht zu nehmen, falls er, wenn er es nähme, zu wandeln befugt wäre. Dies ist auch in der erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts, V. 20. Januar 1909, angenommen worden (vgl. bei Gruchot a. a. O. S. 941). Die Gründe sind nicht abgedruckt. Meines Ermessens steht dem Käufer die Einrede der Arglist zu (§ 826 BGB.). Verkäufer handelt arglistig, wenn er vom Käufer die Annahme eines Grundstücks verlangt, das er sofort nach Uebertragung zurücknehmen müßte.

Dritter Teil.  
Zusätze zu Heft 2.

§ 13.

Zu § 330 des Strafgesetzbuches.

In Heft 2 habe ich S. 92 ff. den § 330 des St.-G.-B. herangezogen. Hiernach wird mit Geldstrafe bis zu 900 M. oder mit Gefängnis bis zu 1 Jahre bestraft,

„wer bei der Leitung oder Ausführung eines Baues wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst dergestalt handelt, daß hieraus für andere Gefahr entsteht.“

Der inzwischen veröffentlichte Vorentwurf des St.-G.-B. übernimmt eine entsprechende Vorschrift in § 195 gleichfalls unter der Ueberschrift: „Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen.“ § 195 lautet:

„Wer bei der Leitung oder Ausführung eines Baues gegen die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde handelt und dadurch Gefahr für Menschenleben oder in bedeutendem Umfang für fremdes Eigentum herbeiführt, wird mit Geldstrafe bis zu 3000 M. oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft.“

Hierzu bemerkt die Begründung S. 615:

Der Tatbestand des § 330 sei damit ohne wesentliche Veränderung übernommen; es werde nur dem Charakter der Straftat als eines gemeingefährlichen Vergehens entsprechend, auch hier vorausgesetzt, daß durch die Handlungen Gefahr für Menschenleben oder in bedeutendem Umfang für fremdes Eigentum herbeigeführt sei; das von dem Gesetz aufgestellte Gefährdungsvergehen habe sich als notwendig und im übrigen als in seinen Einzelheiten zweckmäßig gestaltet erwiesen. (Vgl. Neumeyer, in der vergleichenden Darstellung des Strafrechts; besonderer Teil Bd. 9, S. 179 ff.); die bisherige Bezeichnung „Baukunst“ sei einer Anregung von sachverständiger Seite entsprechend durch „Baukunde“ ersetzt, um klarer zum Ausdruck zu bringen, daß es sich hauptsächlich um die technische Seite der Bauausführung handle. (Vgl. Entscheidung des R.-G. in Straf-

sachen Bd. 27, S. 388); habe eine fahrlässige Zuwiderhandlung gegen die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde über die Gefährdung des Lebens anderer hinaus zu einer Verletzung dieses Rechtsgutes geführt, so fänden in idealer Konkurrenz die Vorschriften über fahrlässige Tötung Anwendung; die bisher angedroht gewesenen Strafen (Geldstrafe bis 900 M., Gefängnis bis zu einem Jahr) seien nicht ausreichend.

Hierzu bemerke ich nur, daß das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 27 augenscheinlich angenommen hat, daß der Hausschwamm parasitäre Krankheiten verursache. Wie ich schon a. a. O. S. 93 bemerkte, wird diese Frage im Anschluß insbesondere an die Forschungen von Flüggé, neuer Prüfung bedürfen. Wenn nun aber § 195 des Vorentwurfs vom Gesetzgeber angenommen werden sollte, so kommt in Zukunft nicht bloß eine Gefahr für Menschenleben, sondern auch in bedeutendem Umfange für fremdes Eigentum in Frage. Die Hausschwammfrage kann alsdann für Anwendung des § 195 von hervorragender Bedeutung sein. Die Bestrafung des Täters setzt gemäß der ausdrücklichen Hervorhebung der Begründung S. 600 bei fast allen Gefährdungsdelikten eine eingetretene Gefahr und das Bewußtsein des Täters vom Eintritt dieser Gefahr voraus. Bei § 195 aber genügt Fahrlässigkeit. Im „Gegenentwurf“ zum Vorentwurf von den Professoren Kahl, v. Liszt, v. Lilienthal und Goldschmidt wird dies ausdrücklich hervorgehoben. Die Strafandrohung wird in diesem „Gegenentwurf“ in folgender Fassung vorgeschlagen:

„Wer vorsätzlich oder fahrlässig bei Leitung oder Ausführung eines Baues oder des Abbruchs eines Baues durch die Verletzung allgemein anerkannter Regeln der Baukunde das Leben eines anderen oder in bedeutendem Umfange fremde Sachen gefährdet, wird mit Gefängnis — d. i. bis zu 2 Jahren, vgl. § 42 des Gegenentw. — oder Geldstrafe bis zu 10 000 M. bestraft.“

Die Verfasser des „Gegenentwurfs“ wünschen hiernach auch eine sehr erhebliche Verschärfung der Strafe. Sie lassen die vom Vorentwurf zugelassene Haftstrafe ganz fort und erhöhen den Höchstbetrag der Geldstrafe gegenüber dem St.-G.-B. um 9100 M.

#### § 14.

### Ueber Gebräuche im Holzhandel.

In Heft 2 erwähnte ich auf S. 14 Anm. 1 die in den Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin abgedruckten *Handelsgebräuche* betreffend „schwammiges Holz.“ Diese Mitteilung bezog sich nicht auf

den echten Hausschwamm, wie ihre Stellung in der Anmerkung in Verbindung mit dem Zusammenhang erkennen ließ. Sie durfte aber nicht ganz fortbleiben.

Nach den „Gebräuchen“ darf nicht mehr als 8% der Stückzahl „nicht gesund“ sein. Wenn die weitere Forschung, wie gewiß wohl möglich erscheint, das Vorhandensein von gewissen Holzfäulen, z. B. der jetzt noch als „vaporarius“ bezeichneten, am lebenden Baume nachweist, so kann die Frage der Haftung für solchen Schwamm praktisch werden.

Unter solchen Umständen lasse ich auch den in Heft 2 fehlenden § 12 der „Gebräuche“ noch nachfolgen. Aus der damaligen Handschrift ist der Wortlaut des § 12 mit einem Hinweis auf die Veranlassung der Mitteilung über die Handelsgebräuche verloren gegangen. § 12 lautet nach APR Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft Berlin 1907 S. 825:

„Nutzholz muß äußerlich gesund sein. Nicht gesundes Holz ist insbesondere dasjenige, welches rindschällig, ringschällig, rot- oder weißfaul, stamm trocken, wurmstichig, sandbrandig, stammkern- oder splintfaul ist oder Schwamm hat. Dagegen gilt nach dem Schnitt blau oder grau gewordenes Holz als gesund, ebenso solches mit schwarzfaulem Ast, sofern dadurch das Holz nicht in Mitleidenschaft gezogen ist.“

---

Uebersicht über die in Heft 2 und Heft 5 benutzten Entscheidungen  
des Reichsgerichts betreffend Hausschwamm.

Datum	Senat	Akten- zeichen	Namen der Parteien	Oberlandes- gericht	Sammlung	Heft 2 Seite	Heft 5 Seite
3. Juli 1889	V.	103. 89		Stettin	BOLZE, Praxis d. Reichsger. in Zivilsachen 8. Nr. 371	27	
2. Juli 1892	V.				BOLZE 13 Nr. 315	24	
28. September 1895	III.				Strafs. Bd. 27, S. 388	92	65
10. Juli 1899	V.	74. 99	Daum v. Wolff	Kammerger.		24. (25).	
20. April 1901	V.	53. 01	Lamprecht v. Dennert		Jur. Wochenschrift 1901, 411	24	
12. Oktober 1901					Das Recht 1901, SOERGEL, Rechtsprechung 2, 61		
12. Dezember 1902	V.	385. 01	Dittmar v. Lanzsch		Jur. Wochenschrift 1902, S. 190	20. 25.	
7. Januar 1903					Jur. Wochenschr., 1903. Beil. 33; SOERGEL 4, 90	44	
16. Mai 1903	V.	12. 03		Hamburg	SEUFF. Arch. 58 Nr. 167	42	
24. Juni 1903	V.	65. 03	Großmann v. Kulisch	Breslau		25. 27. 45.	21
26. Juni 1903	II.	4. 03			Reichsger. 55, 211, Dtsch. Jur. Ztg. 1903, 453, 1904, 90	44. 45.	
4. November 1903					Jur. Wochenschr. 1903, 435; Dtsch. Jur. Ztg. 1904, 90	42. 45.	
20. April 1904	V.	427. 03	Siefert v. Muttschall	Stettin	Jur. Wochenschr. 1904, 359 Nr. 13; SEUFF. Arch. 59, 352; Dtsch. Jur. Ztg. 9, 650; SOERGEL 6, 95, Zen- tralblatt f. freiw. Gerichts- von LOBE 5, 711	25. 45.	21. 22
27. Mai 1904	VII.	3. 04	S. H. v. W.	Kassel	Reichsger. 58, 174 flg.	63	
29. Juni 1904	V.	18. 04	Röseler v. Tappe		Angeführt in Entsch. des Reichsger. 15. April 05; SCHERER 7, 121; LOBE 7, 28	27. 29.	
30. September 1904	VII.	110. 04	Brunner v. Hilpert	Nürnberg	Sächs. Arch. 15, 194, SOER- GEL 6, 138		
21. Dezember 1904	V.	266. 04	Sch. v. R.	Breslau	Jur. Wochenschr. 1905, 79	43. 44. 45.	



Datum	Senat	Akten- zeichen	Namen der Parteien	Oberlandes- gericht	Sammlung	Heft 2 Seite	Heft 5 Seite
15. April 1905	V.	475.04		Naumburg	Jur. Wochenschr. 1905, 339 Nr. 8; GRUCHOT 1906, Bd. 50. 94; Ztg. Anwalts- kammer Naumburg Nr. 12, Dezbr. 1905; SEUFF. Arch. 60, 269; SOERGEL 6, 99. SCHULTZ Jahrb. 4, 2	16. 23. 25. 27. 28.102. 104. 105.	21. 22
6. Juni 1905	II.	593.04	M. v. Düssel- dorfer Walzwerk	Köln	Reichsger. 61, 94; Jur. Wochenschr. 1905, 488 Nr. 8	11	
1. Juli 1905	V.	16.05	U. v. B.	Frankfurt a.M.	Reichsger. 61, 171 flg.	23. 81 102	21
18. Oktober 1905	V.	97.05	Laurig v. Sternberg	Naumburg		27	
11. April 1906	V.	437.05	Landsberger v. Immobilienver.	Kammerger.		44. 56	
30. Juni 1906	V.	595.05		Kammerger.	Jur. Wochenschr. 1906, 549 Nr. 16; SOERGEL 7, 143 zu 9	25. 26 104	21
9. Januar 1907	V.	189.06	Zerener v. Hentig	Kammerger.	Das Recht 11 Nr. 275; SOERGEL 8, 201; SCHERER 8, 90	23. 58 59. 102	21
5. Februar 1907	II.	368.06		Hamburg	SEUFF. Arch. 62, 225	16. 19	
27. März 1907	V.	464.06	Wruck v. Lehmann	Kammerger.	Das Recht 11, 570 Nr. 1140; SCHERER 8, 90. Sächs. Arch. 27, 277 flg.	12. 18 19. 22 24. 29 35	22
6. April 1907	V.	392.06	Ramm v. Konetzky	Kammerger.	Das Recht 11, 570 Nr. 1141	23	21. 22 34. 35 47
10. April 1907	V.	455.06	Landbank v. Woide	Kammerger.			
27. November 1907	V.	403.07	Braunsberg v. Gerhard	Kammerger.	Das Recht 12, 52 Nr. 283. SOERGEL 08, 173	18	22
4. Dezember 1907	V.	128.07	Kinzel v. Wendt	Breslau	SOERGEL 1908, 174. Das Recht 12 Nr. 282	25. 29	21. 22
14. Dezember 1907	V.	200.07	Kerlnnes v. Lindau	Königsberg	SOERGEL 1908, 174	36	
1. April 1908	V.	419.07					60
1. Juli 1908	V.	430.07	Gohle v. Seligsohn	Breslau	SOERGEL 1908, 173 Nr. 19	43. 45 105.107	60
17. Oktober 1908	V.	601.07		Hamm	WARNEVER Erg.-Bd. 2, 73 Nr. 79	45. 46	43. 47 49. 64
4. November 1908	I.	563.07	Arnhold v. Mai	Kammerger.	Jur. Wochenschr. 1908 Nr. 11, SOERGEL 1909 184 Nr. 16, SCHULTZ Jahrb. 6, 4	24. 35 47. 57	
19. Januar 1909	II.	308.08	Beutenstahl v. Boden	Köln	WARNEVER Erg.-Bd. 2, 189 Nr. 199		30. 57

Datum	Senat	Akten- zeichen	Namen der Parteien	Oberlandes- gericht	Sammlung	Heft 2 Seite	Heft 5 Seite
20. Januar 1909	V.	144. 08		Kammerger.	GRUCHOT Bd. 53, 936. Das Recht 1909 Nr. 1095, WARNEYER Erg.-Bd. 2, 189 Nr. 200		62. 63 64
12. Februar 1909	II.	379. 08	Diepenbrock ./. Reuter	Kiel	SOERGEL 1909, 191 Nr. 8		47
24. April 1909	V.	300. 08		Kammerger.			58
5. Februar 1910	V.	173. 09		Breslau	WARNEYER Erg.-Bd. 3, 177 Nr. 178		59. 60
4. Mai 1910	V.	382. 09		Königsberg	WARNEYER Erg.-Bd. 3, 247 Nr. 237		59
28. September 1910	V.	536. 09		Dresden	Das Recht 14 Nr. 3728, SOERGEL 171 Nr. 19		58
4. März 1911	I.	612. 09	Arnhold ./. May	Kammerger.			29

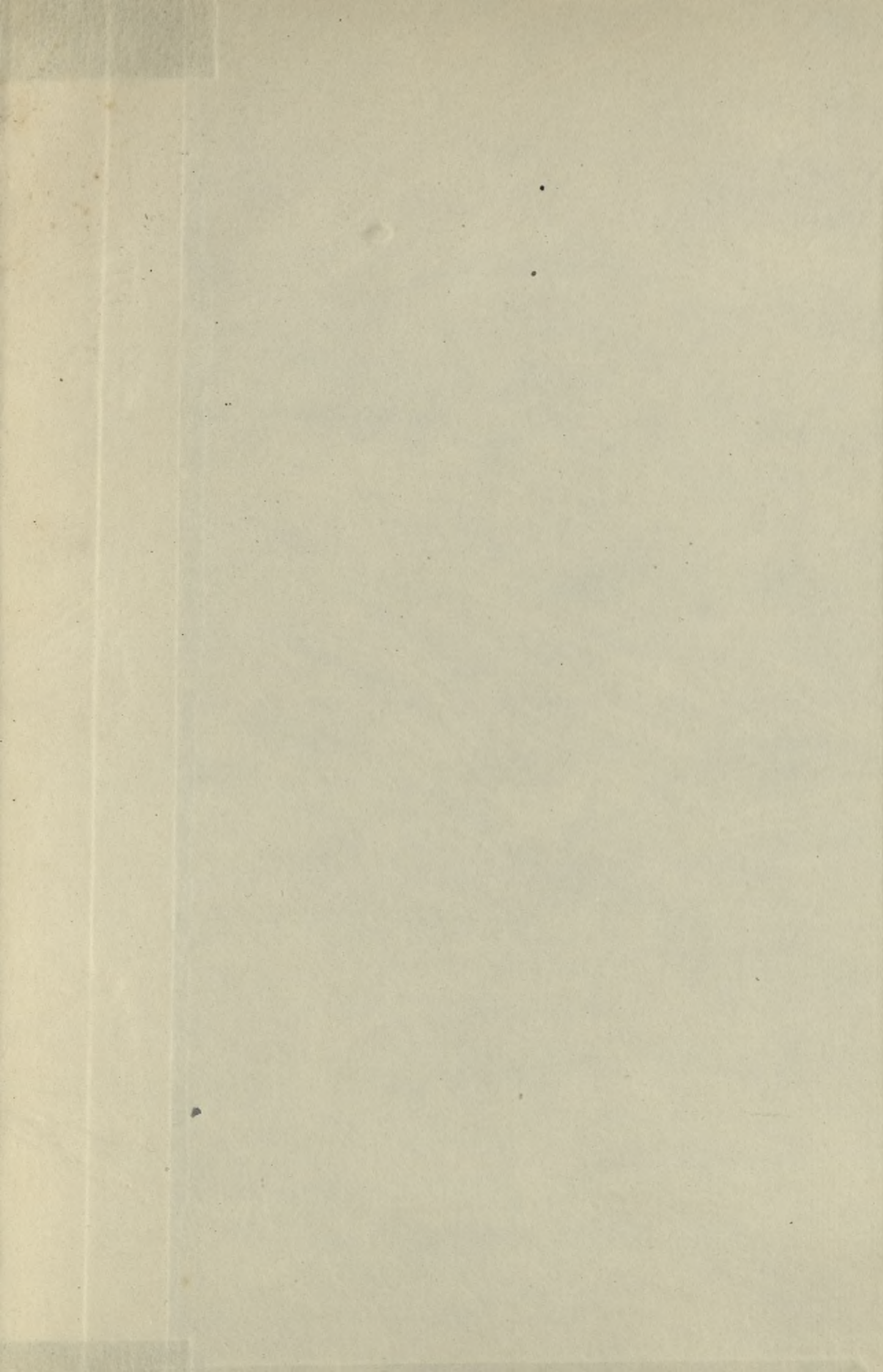
BIBLIOTEKA POLITECHNICZNA  
KRAKÓW

S. 61



№	Имя	Возраст	Профессия	Место рождения	Дата рождения
1	Иванов Иван	35 лет	Учитель	С. Иваново	1880 г.
2	Петров Петр	42 лет	Рабочий	С. Петрово	1875 г.
3	Сидоров Сидор	28 лет	Студент	С. Сидорово	1895 г.
4	Климов Клима	50 лет	Доктор	С. Климово	1865 г.
5	Васильев Вася	30 лет	Инженер	С. Васильево	1890 г.
6	Мухоморов Мухомор	45 лет	Судья	С. Мухоморово	1870 г.
7	Попов Поп	25 лет	Священник	С. Попово	1900 г.
8	Смирнов Смирн	38 лет	Профессор	С. Смирново	1885 г.
9	Трофимов Трофим	55 лет	Мастер	С. Трофимово	1860 г.
10	Федотов Федот	22 лет	Солдат	С. Федотово	1905 г.

БИБЛИОТЕКА ПОЛИТЕХНИЧЕСКОГО  
УНИВЕРСИТЕТА  
САНКТ-ПЕТЕРБУРГА

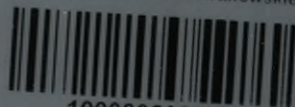


Biblioteka Politechniki Krakowskiej



III-306628

Biblioteka Politechniki Krakowskiej



10000298899