

---

**Datum:** 16.07.2002  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 4. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 4 U 212/01  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2002:0716.4U212.01.00

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 10. Oktober 2001 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf - Einzelrichter - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 5.919,83 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basissatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungsgesetzes ab 27. Juli 2001 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird gestattet, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrags abzuwenden, sofern nicht die Beklagte ihrerseits Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Sicherheiten können auch durch Bankbürgschaft erbracht werden.

Die Reversion wird nicht zugelassen.

---

**Tatbestand:**

1

2

Die Parteien streiten über Ansprüche aus der Rechtsschutzversicherung (ARB 75 - Fassung 84 - GA 56). Die Klägerin ist bei der Beklagten rechtsschutzversichert, ihr - zwischenzeitlich von ihr geschiedener - Ehemann war mitversichert. Die Klägerin beansprucht die Übernahme (weiterer) Kosten, die ihr und ihrem Mann durch den Prozess 6 O 370/95 LG Düsseldorf = 9 U 158/99 OLG Düsseldorf erwachsen sind. In diesem Verfahren wurden die jetzige Klägerin und ihr Ehemann auf Schadenersatz wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln haftbar gemacht. Die Klägerin des Vorprozesses - eine Frau W... - hatte von der Versicherungsnehmerin und ihrem Ehemann in notarieller Urkunde vom 11.08.1994 (Beiakten 6 O 370/95 LG Düsseldorf, loser Anlagenhefter) deren Doppelhaushälfte gekauft. Dieses Haus (Wohnungseigentum) hatten die Eheleute 1987 ersteigert und selbst bewohnt. Im Souterrain machte sich Feuchtigkeit bemerkbar, die auf kapillar aufsteigende Nässe zurückging. Da sich eine Sanierung durch Einbringen einer Sperrschicht ins Mauerwerk als zu aufwendig erwies, ließen die Klägerin und ihr Ehemann innen auf das Mauerwerk des Souterrains einen Spezialputz aufbringen, durch den die Feuchtigkeit verdampfen konnte, wodurch sicht- oder spürbare Feuchtigkeiterscheinungen in den Räumlichkeiten gänzlich oder weitgehend vermieden werden konnten. Voraussetzung dafür war allerdings, dass die Wände nicht mit diffusionssperrendem Anstrich oder Tapeten versehen und die Räume ausreichend gelüftet wurden. Die Käuferin machte geltend, diese Umstände seien offenbarungspflichtig gewesen und ihr arglistig verschwiegen worden. Die Beklagte erteilte der Klägerin zur Verteidigung gegen die Schadenersatzklage Deckungsschutz mit Schreiben vom 14. September 1995 (GA 18), allerdings unter dem Vorbehalt des Einwands der Leistungsfreiheit bei vorsätzlicher und rechtswidriger Herbeiführung des Versicherungsfalles (§ 4 Abs. 2 a ARB 75). In der Folge trug die Beklagte Prozesskosten in Höhe von 47.345,40 DM, die bis auf 11.578,79 DM zurückgezahlt sind (GA 63). Der noch offene Rest ist Gegenstand der Widerklage. Die Klägerin verlangt hiergegen weitere Kostenerstattungen. Die Schadenersatzklage der Käuferin hatte Erfolg. Das Oberlandesgericht Düsseldorf erklärte die Klage wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln - nach umfangreichen Beweiserhebungen - am 3. Juli 2000 für dem Grunde nach gerechtfertigt (vgl. GA 19 ff). Zur Höhe einigten sich die Parteien später im Vergleichswege (vgl. GA 43 ff). Die Beklagte kam auf den Vorbehalt ihrer Deckungszusage zurück, verweigerte mit Blick auf die Urteilsbegründung des Vorprozesses weitere Zahlungen und forderte die erbrachten Leistungen zurück (vgl. GA 150). Der Ehemann der Klägerin bat wegen der Rückzahlung um Entgegenkommen, gegebenenfalls Ratenzahlung (GA 152), womit die Beklagte einverstanden war (vgl. GA 155). Nach Tilgung zweier Raten nahm der Ehemann von weiteren Rückzahlungen Abstand (vgl. GA 158). Die Klägerin hat gemeint, die Beklagte sei zur Erstattung der Kosten des Vorprozesses verpflichtet. Sie hat behauptet, sie und ihr Ehemann hätten der Käuferin - entgegen den Ausführungen des Urteils im Vorprozess - keineswegs einen Mangel arglistig verschwiegen. Da die Räume in keiner Weise mehr feucht gewesen seien, habe das verkaufte Objekt - jedenfalls aus ihrer seinerzeitigen Sicht - keinen Mangel aufgewiesen. Gleichwohl sei die Käuferin über die kapillar aufsteigende Feuchtigkeit und die dagegen getroffenen Maßnahmen in vollem Umfang unterrichtet worden. Der Passus unter II 1. des Notarvertrags ("Der Verkäufer erklärt, dass er einen Wasserschaden im Souterrain fachmännisch hat beheben lassen") im Zusammenhang mit dem Gewährleistungsausschluss beziehe sich auf diese Feuchtigkeit, nicht etwa, wie die Käuferin behauptet habe, auf einen angeblichen Wasserrohrbruch. Den Rechtsstreit mit der Käuferin - also den Versicherungsfall der Rechtsschutzversicherung - habe sie sich nicht gewünscht, also auch nicht vorsätzlich herbeigeführt. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 94.372,20 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 20. Oktober 2000 zu zahlen, sowie, die Widerklage abzuweisen. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, sowie widerklagend, die Klägerin zu verurteilen, an sie 11.578,19 DM nebst 5 % über den

Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungsgesetzes zu zahlen. Sie hat sich im wesentlichen auf die Feststellungen des Vorprozesses bezogen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Es hat ausgeführt, zwar habe das Haus auch zur Zeit des Verkaufs noch einen Mangel aufgewiesen. Denn der Spezialputz habe nicht die Ursache - ins Mauerwerk eindringende Feuchtigkeit - beseitigt, sondern nur die Auswirkungen im Inneren. Da innen nichts zu spüren gewesen sei, könne jedoch nicht festgestellt werden, dass der Klägerin und ihrem Ehemann beim Verkauf bewusst gewesen sei, hier etwas offenbaren zu müssen. Mit ihrer Berufung verweist die Beklagte darauf, dass der Klägerin und ihrem Ehemann die Wirkungsweise des Spezialputzes und darum auch das Fortbestehen der Feuchtigkeit in den Wänden bekanntgewesen sei. Das Bewusstsein der Mangelhaftigkeit belege die schriftliche Äußerung des Ehemanns, der Käuferin sei ebenso wie ihm selbst klar gewesen, wenn nicht gelüftet werde, schlage die Feuchtigkeit wieder durch (vgl. GA 147). Die Beklagte beantragt, 1) die Klage kostenpflichtig abzuweisen; 2) auf die Widerklage die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagten 5.919,83 Euro nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungsgesetzes vom 09.06.1998 zu zahlen. Die Klägerin beantragt,

1. die Berufung zurückzuweisen.

3

Sie meint, die Beweiswürdigung des Vorprozesses sei nicht überzeugend. Es sei schon lebensfremd anzunehmen, sie habe etwas gezielt verschweigen wollen, was der ganzen Nachbarschaft bekanntgewesen und was ihr Ehemann einer Mietinteressentin, der Zeugin D... (Beiakten Bl. 307), gerade zur Zeit des Besitzübergangs auf die Käuferin erläutert gehabt habe, dass es nämlich Feuchtigkeitsprobleme gegeben habe und dass dagegen Sanierungsmaßnahmen durch einen Spezialputz getroffen worden waren. Insbesondere aber ergebe sich aus dem Schreiben der Käuferin vom 24. Mai 1995 (Beiakten Bl. 154), dass dieser frühere Feuchtigkeitsschäden im Souterrain und deren Sanierung bekanntgewesen sei, beanstandete sie doch in Kenntnis der Rechnungskopie der Sanierungsfirma O.. - lediglich - partiell unzureichende Maßnahmen zur Behebung der Feuchtigkeitsschäden. Es würde zu erwarten gewesen sein, dass die Käuferin sofort massiv protestiert haben würde, wenn sie von der kapillar aufsteigenden Feuchtigkeit zuvor nichts gewusst haben würde. Auch die ausbleibende Reaktion dem Zeugen O... gegenüber, als dieser auf aufsteigende Feuchtigkeit zu sprechen gekommen sei, weise daraufhin, dass dies für die Käuferin W... nichts Neues gewesen sei. Derselbe Schluss sei aus dem Anwaltsschreiben der Käuferseite vom 27. Juni 1995 (Beiakten Anlagenhefter Bl. 52) zu ziehen, weil dort nur die Art der Sanierung, nicht aber angebliches Verschweigen von Feuchtigkeit beanstandet werde.

4

Der Senat hat Beweis erhoben.

5

Wegen der Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

6

### **Entscheidungsgründe:**

7

Die Berufung hat Erfolg.

8

Die Klägerin und ihr geschiedener Ehemann, deren Verhalten sich die Klägerin zurechnen lässt, haben den Versicherungsfall der Rechtsschutzversicherung rechtswidrig und vorsätzlich herbeigeführt, weil sie die Käuferin W... entgegen ihrer Behauptung nicht auf die Feuchtigkeit in den Wänden des Souterrains hingewiesen und den Mangel arglistig verschwiegen haben. Daraus folgt die Leistungsfreiheit der Beklagten (§ 4 (2) a ARB 75). Die Klägerin hat nämlich den Keim des Rechtsstreits, dessen Kosten sie nun von dem beklagten

9

Rechtsschutzversicherer erstattet verlangt, dadurch vorsätzlich geschaffen. Dass sich die Klägerin dem Ersatzprozess lieber nicht ausgesetzt haben würde und es ihr recht gewesen wäre, wenn der Mangel unentdeckt geblieben wäre, versteht sich von selbst. Den Prozess und dessen Kosten hat sie jedoch billigend in Kauf genommen, da sie sich arglistig verhalten hat.

1. Das verkaufte Hausgrundstück war mangelhaft, weil in das Souterrain trotz der im Jahre 1990 vorgenommenen Arbeiten nach wie vor Feuchtigkeit eindrang, was der Klägerin auch bekannt war. Dadurch, dass im Souterrainbereich ein spezieller Putz aufgebracht worden war, mögen durch häufiges Lüften Feuchtigkeitserscheinungen im Inneren ganz oder doch weitgehend verhindert worden sein. Es handelte sich jedoch um eine Behelfslösung, die, falls nicht ausreichend gelüftet wurde, nicht verhindern konnte, dass die im Mauerwerk und in der Kellersohle auftretende Feuchtigkeit nach innen durchschlug. Die betroffenen Mauerwände durften nicht beliebig gestrichen oder tapeziert werden (vgl. Beiakten Bl. 299). Die Mangelhaftigkeit und deren Kenntnis seitens der Klägerin sind jedenfalls im Berufungsrechtszug unstreitig geworden (vgl. Stellungnahme des Ehemanns der Klägerin (ohne Datum - GA 147) zu dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. Juli 2000). 10

2. Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Käuferin W... dieser Mangel vor Kaufabschluss nicht offenbart worden ist. Diese Einschätzung deckt sich mit der Würdigung des Gerichts, das über die Schadensersatzklage der Frau W... zu befinden hatte (Beiakten 6 O 370/95 LG Düsseldorf = 9 U 158/99 OLG Düsseldorf). Die Ergebnisse dieses Schadenersatzprozesses äußern zwar für den vorliegenden Rechtsschutz-Versicherungsprozess keine Bindungswirkung (BGH VersR 1992, 568), gleichwohl kann der Senat, soweit in vorliegender Sache nicht die Anhörung von Zeugen beantragt ist, die Aussagen der im Vorprozess gehörten Zeugen ohne erneute Vernehmung in seine Würdigung mit Einfließen lassen. Die Kardinalzeugen - den Ehemann der Klägerin und die Käuferin W... - hat der Senat vernommen und in der Gesamtschau die oben wiedergegebene Überzeugung gewonnen. Letztlich ausschlaggebend dafür, der Aussage der Zeugin W... zu folgen, sind dabei die Abläufe bei der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags: 11

Wenn der Ehemann der Klägerin die Käuferin über die Feuchtigkeitsprobleme und die Wirkung des Spezialputzes aufgeklärt hat, ist es schon erstaunlich, dass nicht schon auf seinen Vorschlag und zur eigenen Absicherung ein entsprechender Passus in den Entwurf der notariellen Urkunde aufgenommen worden war. Spätestens, als die Käuferin im Notartermin - wie unstreitig ist - auf Feuchtigkeit zu sprechen kam und insoweit mit Nachdruck Vorbehalte zum Gewährleistungsausschluss aufgenommen sehen wollte, war es für den Ehemann der Klägerin - als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater auch in rechtlichen Dingen nicht unbewandert - an der Zeit, unmissverständlich im Vertrag festhalten zu lassen, dass die Käuferin über das Auftreten kapillar aufsteigender Feuchtigkeit und die in Form des Spezialputzes getroffenen Gegenmaßnahmen informiert war. Die Formulierung des Notarvertrags: (dort unter IV. 1: "Der Verkäufer erklärt, dass er einen Wasserschaden im Souterrain fachmännisch beheben lassen") trifft diese Problematik auch nicht annähernd. Immer wieder aufsteigende Feuchtigkeit ist nicht "ein Wasserschaden", unter dem man ein singuläres Ereignis versteht. Zudem war dem Ehemann klar, dass er nicht den Schaden in Form der aufsteigenden Feuchtigkeit beheben lassen, sondern allenfalls die negativen Auswirkungen der Feuchtigkeit beseitigt waren, sofern ausreichend gelüftet wurde. Darüber hinaus wird kein Nur-Notar, in dessen Beisein (nochmals) die aufsteigende Feuchtigkeit und die Wirkungsweise des Putzes dargelegt worden sein sollen, diesen Sachverhalt als fachmännische Behebung eines Wasserschadens umschreiben. Die Darstellung des Ehemanns der Klägerin, er habe den vom Notar aufgebrauchten Begriff "Wasserschaden" 12

akzeptiert, weil er weiter von einer Garantieerklärung entfernt gewesen sei (vgl. Schreiben GA 147), die er nicht habe abgeben können und wollen, ist unverständlich. Es ging nur darum aufzunehmen, was die Käuferin nach Behauptung der Klägerin und ihres Mannes schon wußte. Gerade weil die Käuferin angeblich informiert war, hätte einem treffenden Hinweis darauf nichts entgegengestanden. Seine angebliche Scheu, sich dazu festzulegen, ob die getroffenen Maßnahmen bautechnisch in Ordnung waren ("weil ich ein technischer Laie bin", vgl. Schreiben GA 147), hat den Ehemann andererseits nicht gehindert, eine "fachmännische" Behebung des Wasserschadens zuzusichern. Die Wortwahl "Wasserschaden" passt weit besser zu der von der Zeugin W... geschilderten Situation, ihr sei ein Feuchtigkeitsfleck unter Hinweis auf einen nahebei angebrachten Wasserhahn damit erklärt worden, es habe einen inzwischen behobenen Wasserschaden gegeben; sie habe sich im Notartermin absichern wollen, dass insoweit wirklich nichts nachkomme. Die Überzeugungskraft der Aussage des Ehemanns der Klägerin wird auch nicht gerade dadurch gestärkt, dass dieser erstmals im Berufungsrechtszug in der vorliegenden Rechtsschutz-Sache nach Jahr und Tag mit Einzelheiten aufwartet, deren Angabe schon viel früher zu erwarten gewesen wäre. Denn der Ehemann hat den Prozessstoff maßgeblich mit bestimmt. Er war derjenige, der die Kaufverhandlung im wesentlichen geführt hat. Er war neben seiner Frau Partei des Schadenersatzprozesses und er ist - wie er im Senatstermin auf Befragen mitgeteilt hat - auch Herr des vorliegenden Prozesses. Es ist daher nur schwer verständlich, warum von den Plastiksäcken mit Meerschweinchen-Streu, die an der Wand im Souterrain gelehnt und dort das Atmen des Putzes mit der Folge des Auftretens eines kleinen Feuchtigkeitsflecks verhindert haben sollen, nicht ebenso früher die Rede war wie von dem bildhaften Vergleich der Funktionsweise des Spezialputzes mit der von Goretex.

Die Aussagen des Zeugen Walter sind aus den im Berufungsurteil des Vorprozesses (9 U 158/99 OLG Düsseldorf) genannten Gründen, auf die verwiesen wird, nicht glaubhaft. Auf die Vernehmung dieses Zeugen in vorliegender Sache hat die Klägerin verzichtet. 13

Dass der Ehemann der Klägerin die Mietinteressentin D... (Beiakten Bl. 307) über die Feuchtigkeitsproblematik in Kenntnis gesetzt hat, ist kein zwingender Hinweis darauf, dass er auch der Käuferin gegenüber mit offenen Karten gespielt hat. Es kann im Gegenteil daran gedacht werden, dass er die Mieterin gerade deshalb zum ausreichenden Lüften angehalten hat, damit kein Grund für Beanstandungen entsteht, aufgrund deren die bislang unwissende Käuferin hellhörig hätte werden können. 14

Die Aussage der Zeugin W... wird gestützt durch den Zeugen Schlender (Beiakten Bl. 344). Danach hatte Frau W... wegen der nach Bezug des Hauses aufgetretenen Feuchtigkeit mit ihm - der Zeuge ist Nachbar und war nach Angaben der Zeugin W... vor dem Senat Verwalter der Eigentümergemeinschaft - gesprochen; als er ihr mitgeteilt habe, dass diese Probleme schon früher aufgetreten seien, habe die Zeugin W... einen "Affentanz" aufgeführt und gesagt, wenn sie das gewusst hätte! Herr Poullie habe ihr nichts davon gesagt, er habe von einem Leitungsschaden gesprochen. 15

Gegen die Zeugin W... spricht einzig und allein die Fassung ihres Schreibens vom 24. Mai 1995 (Beiakten 154), das verfasst worden war, nachdem Frau W... von der nach ihrer Darstellung ihr verschwiegenen "Sanierung" mittels Spezialputzes wusste. Gleichwohl wirft sie in diesem Schreiben der Klägerin und ihrem Ehemann nicht vor, sie sei grundlegend getäuscht worden, sondern beanstandet lediglich, die wegen der Feuchtigkeitsschäden im Souterrain von der Firma O... vorgenommenen Arbeiten hätten sich nicht auf den Bereich erstreckt, in dem wiederum Feuchtigkeit aufgetreten sei. Auch fällt auf, dass die Zeugin hier den Terminus "Feuchtigkeitsschäden" verwendet, über welche im Notartermin gesprochen 16

worden sei, und nicht - wie es im Notarvertrag heißt - von "einem Wasserschaden" spricht. Die Erläuterung der Zeugin vor dem Senat - insoweit nicht protokolliert -, sie habe nicht gleich mit aller Schärfe vorgehen wollen, überzeugt nicht. Näher liegt die Annahme, dass der Zeugin die Funktionsweise der "Sanierung" durch Spezialputz, nämlich bloße Symptomunterdrückung, seinerzeit noch nicht voll klar war, insbesondere nicht, dass, nachdem durch Umbauarbeiten die Lüftungsverhältnisse verändert worden waren (Beiakten Bl. 28), für das Souterrain dauerhaft ungünstigere Bedingungen bestanden. Die aus diesem Schreiben resultierenden Bedenken wiegen im Ergebnis nicht so schwer, um die Überzeugung des Senats davon zu erschüttern, dass die Klägerin und ihr Ehemann die "kapillare Feuchtigkeitsproblematik" zielgerichtet verschwiegen haben.

Entgegen der Darstellung der Berufungserwiderung geht demgegenüber aus dem nur etwa einen Monat später verfassten Anwaltsschreiben vom 27. Juni 1995 (Beiakten, loser Hefter Bl. 52) mit aller Klarheit hervor, dass sich die Käuferin W... grundlegend getäuscht sah. 17

Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung gewechselten Schriftsätze geben keinen Anlass zur Wiedereröffnung. 18

Ist die Beklagte demzufolge leistungsfrei, kann die auf Auszahlung weiterer Rechtsschutz-Versicherungsleistungen gerichtete Klage keinen Erfolg haben. Die auf Rückzahlung der bereits - unter Vorbehalt - erbrachten Leistungen gerichtete Widerklage ist - nebst unbestrittenen Zinsen - demgegenüber begründet (§ 812 BGB). 19

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 20

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt (§ 543 ZPO n.F.). 21

Berufungsstreitwert und Beschwer der Klägerin: 51.129,19 Euro (= 88.421,21 DM Klageforderung und Verurteilungsbetrag, 11.578,19 DM Widerklage) 22