

44

Verkündet am 27. Juni 1956
Hoffmeister, Justizange-
stellter als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED], Vereinigte Kaufstätten GmbH, H [REDACTED],
J [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. Guido S [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisions-
klägerin,

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

gegen

den Kaufmann Albin W [REDACTED] in W [REDACTED],
W [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Juni 1956 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Schuster, Dr. Oechßler, Dr. Groß-
mann, Dr. Spieler und Dr. Rothe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 11. Fe-
bruar 1954 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen, dem auch die Entschei-
dung über die Kosten des Revisionsverfahrens
übertragen wird.

Vom Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer des in W [REDACTED],
W [REDACTED] - [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED], T [REDACTED] [REDACTED] - [REDACTED] belegenen,
im Grundbuch des Amtsgerichts Elberfeld Bd [REDACTED] Bl 8974 einge-
tragenen Grundstücks. Auf diesem Grundstück befindet sich
ein Geschäftshaus, das während des Krieges durch Bomben-
wurf beschädigt und später wieder aufgebaut wurde. In einem
Teil des Gebäudes betrieb der Beklagte ein Verkaufsgeschäft
für Textilien. Mit Vertrag vom 29. Oktober 1951 verpachtete
der Beklagte das Grundstück mit Ausnahme der Räume im vier-
ten und fünften Stock des Gebäudes und eines Kellerraums
an die Klägerin. Die Klägerin wollte das Gebäude als Waren-
haus benutzen.

Aus dem Vertrag sind folgende Bestimmungen bedeut-
sam:

§ 1. e) Der Verpächter gewährleistet, daß das
gesamte Gebäude einschließlich der zur Zeit ander-
weitig vermieteten Räume nach Maßgabe der behördli-
chen Vorschriften und Anordnungen in seinem derzei-
tigen Zustand als Warenhaus benutzt werden kann,
insbesondere seitens der zuständigen Behörden keine
weiteren Treppen, Abstellplätze für Kraftfahrzeuge,
Deckenverstärkungen oder sonstige besonderen Anla-
gen gefordert werden.

§ 4. Die Pächterin ist berechtigt, auf ihre Ko-
sten alle von ihr für erforderlich gehaltenen Aus-
und Umbauten des Hauses vorzunehmen, ... Auf irgend-
welche finanziellen Leistungen seitens des Verpächters
für diejenigen Kosten, die ihr im Zusammenhang mit dem
Um- und Anbau des Hauses, insbesondere des vierten,
fünften und siebten Stockwerks, entstehen, hat sie
keinerlei Anspruch.

§ 12. Der Verpächter ist berechtigt, von diesem
Vertrag zurückzutreten, wenn er sich außerstande sieht,
seinen Verpflichtungen gemäß § 1 Abs a, c und e dieses

- 3 -

Vertrages bis zum 28. 2. 1952 nachzukommen, Das gleiche Recht steht der Pächterin zu. Diese ist darüber hinaus zum Rücktritt von diesem Verträge berechtigt, wenn die in § 4 Abs 1 bezeichneten, von ihr beabsichtigten Um- und Ausbauten nicht bis zum Beginn des Pachtvertrages die notwendigen behördlichen Genehmigungen erhalten haben oder diese Genehmigungen von Bedingungen abhängig gemacht sind; die in Widerspruch zu den Bestimmungen des § 1 Abs e stehen, ...

Am 11. Dezember 1951 schrieb der Oberstadtdirektor der Stadt Wuppertal an die Firma Otto A. W. [REDACTED] OHG, die von der Klägerin als Vertreterin des Beklagten in W [REDACTED] bezeichnet wird:

"Auf Ihre Anfrage vom 9. 11. 1951 betreffend Wiederherstellung und Benutzbarmachung des o.a. Warenhauses wird mitgeteilt, daß grundsätzlich dieser Frage zugestimmt wird. Es soll jedoch bei Durchführung der Arbeiten die Erfüllung der Bedingung 1 des Vertrages vom September 1949 auf Umgestaltung des Treppenhauses an der K [REDACTED] straße und Durchführung der Kolonnaden gefordert werden.

Weiter ist die Wiederherstellung und Neuverkleidung der Außenfronten in Werksteinen dringend erwünscht.

In der Anlage wird Ihnen abschriftlich die Stellungnahme der Berufsfeuerwehr zur Kenntnis und zur Beachtung bei der Ausarbeitung der weiteren Planunterlagen übersandt."

In der Stellungnahme der Städtischen Berufsfeuerwehr vom 7. Dezember 1951 heißt es unter Nr 1:

"Das gesamte Gebäude einschließlich der Verbindungstreppen und der zu vermietenden Geschosse ist zu sprinklern."

Das soll bedeuten, es muß eine selbsttätige Regenanlage - eine sog. Sprinkleranlage - angebracht werden.



Am 7. Februar 1952 wurde dem Beklagten folgendes Schreiben an das Bauverwaltungsamt W [REDACTED] zur Unterschrift vorgelegt.

"Als Eigentümer des Büro- und Geschäftshauses W [REDACTED], W [REDACTED] - [REDACTED], T [REDACTED] - [REDACTED], K [REDACTED]straße - [REDACTED], bescheinige ich hiermit, daß der geplante und mit Vorbescheid vom 11. 12. 51 bereits vorgeprüfte Ausbau meines obigen Hauses durch die Firma H [REDACTED], Vereinigte Kaufstätten GmbH, H [REDACTED], J [REDACTED] - [REDACTED] mit meiner Genehmigung erfolgt."

Der Beklagte verweigerte die Unterschrift und verlangte die Beifügung folgenden Zusatzes:

"Die gesamten Baukosten und alle mit dem Ausbau zusammenhängenden Kosten einschließlich der Baugenehmigungsgebühren usw. trägt die obengenannte Firma H [REDACTED]."

Der von der Klägerin mit der Bauleitung beauftragte Architekt S [REDACTED] kam diesem Verlangen am 18. Februar 1952 nach. Am 25. Februar 1952 unterschrieb der Beklagte die abgeänderte Erklärung, die darauf am 26. Februar 1952 von S [REDACTED] dem Bauverwaltungsamt persönlich überreicht wurde.

Am 18. September 1952 schrieb die Klägerin an den Beklagten:

"In Ausführung des mit Ihnen unter dem 29. Oktober 1951 abgeschlossenen Pachtvertrags sehen wir uns veranlaßt, Ihre Aufmerksamkeit auf die Bestimmung in § 1 e des Vertrags zu lenken, wonach von Ihnen die Gewährleistung übernommen wurde, daß die gesamte verpachtete Baulichkeit in ihrem derzeitigen Zustand als Warenhaus benutzt werden kann und daß seitens der zuständigen Behörde keine weiteren Treppen, Abstellplätze für Kraftfahrzeuge, Deckenverstärkungen oder sonstigen besonderen Anlagen gefordert werden.

Eine besondere Anlage der fraglichen Art ist durch Verfügung der Oberstadtdirektion - Bauaufsicht- und Baulenkungsamt - vom 10. März 1952 (Bauschein Nr. 204/52) dergestalt gefordert worden, daß aus feuerpolizeilichen Gründen der Einbau einer Regenanlage erfolgen mußte, ohne welche die Benutzung der Baulichkeiten als Warenhaus nicht gestattet worden wäre.

Wir haben demgemäß, um die vereinbarte Benutzung möglich zu machen, eine Anlage dieser Art u.a. durch die Firma Selbsttätige Feuerlöschanlagengesellschaft Rud. Otto M., H., T. Straße herstellen lassen müssen. Die Höhe der Kosten können wir noch nicht aufgeben, weil noch nicht sämtliche Rechnungen vorliegen. Jedoch wird der Betrag von 200 000 DM voraussichtlich überschritten werden.

Wir bedauern, Sie für diese besondere Aufwendung verantwortlich machen zu müssen. Wenn die von uns gepachteten Räume in dem Zustand und insbesondere nach Art und Flächeninhalt unverändert der vertraglich vereinbarten Nutzung zugeführt werden sollten, war nur der Ausweg gegeben, dem behördlichen Verlangen nach Anbringung der vorgenannten Anlage zu entsprechen. Die Pflicht zum Ersatz der uns hierdurch entstandenen Aufwendungen ist eine eindeutige Folge der von Ihnen übernommenen Gewährleistung.

Wir bitten um Mitteilung, in welcher Weise Sie der vorgenannten Verpflichtung zu entsprechen gedenken."

Am selben Tag teilte der Architekt S. der Klägerin mit, daß die Kosten der Sprinkleranlage sich auf insgesamt 124 926,35 DM belaufen würden.

Da der Beklagte den Ersatz dieser Kosten ablehnte, hat die Klägerin am 5. Januar 1953 Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 10 000 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Es handelt sich hier um Geltendmachung eines Teilbetrages

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter, hilfsweise beantragt sie Zurückverweisung der Sache. Der Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Landgericht könne nicht ohne weiteres darin gefolgt werden, daß die Klägerin durch die Aufnahme des Zusatzes in das Schreiben vom 18. Februar 1952 in eine Abänderung der in § 1 e des Vertrags vom 29. Oktober 1951 vereinbarten Gewährleistungspflicht eingewilligt habe; es stehe nicht fest, ob die Klägerin oder ein von ihr bevollmächtigter Vertreter von diesem Zusatz etwas gewußt habe. Das hätte erst durch eine Beweisaufnahme geklärt werden müssen. Diese sei aber nicht nötig, da die Klägerin deshalb keinen Anspruch wegen der Sprinkleranlage geltend machen könne, weil sie ihre etwaigen Gewährleistungsansprüche durch vorbehaltlose Erfüllung des Pachtvertrags verwirkt habe.

2. Das Berufungsgericht fährt dann fort, § 1 des Pachtvertrags sei sehr unglücklich formuliert. Der Beklagte gewährleiste, daß das Gebäude "in seinem derzeitigen Zustand" als Warenhaus benutzt werden könne, obwohl das Gebäude unstreitig erst durch Aus- und Umbauten in ein zum Warenhausbetrieb geeigneten Zustand habe versetzt werden müssen. Die Parteien seien sich darüber einig, daß es ohne beson-

dere baupolizeiliche Auflage möglich sein müsse, unter Beseitigung der Kriegsbeschädigungen die vorhandenen Baulichkeiten zur Benutzung als Warenhaus um- und wieder aufzubauen. Es sei also als besondere Eigenschaft zugesichert worden, daß das Gebäude lediglich durch Beseitigung der Kriegsschäden ohne Erfüllung besonderer behördlicher Auflagen zu einem Warenhaus umgestaltet werden könne. Die zugesicherte Eigenschaft fehle demnach, wenn das Gebäude nach Beseitigung der Kriegsbeschädigungen erst nach Erfüllung behördlicher Auflagen ein vollwertiges Warenhaus darstelle.

Für die Wertschätzung eines als Warenhaus verpachteten Gebäudes sei es von erheblicher Bedeutung, ob die Baupolizei die Einrichtung kostspieliger Anlagen verlange oder nicht. Ein Zustand des Gebäudes, der solche Anlagen überflüssig mache, sei daher als Eigenschaft der Pachtsache im Sinne der §§ 537 Abs 2, 581 BGB anzusehen.

Die Pachtsache als solche sei vorhanden gewesen und es habe sich nur darum gehandelt, die noch bestehenden Kriegsschäden zu beseitigen und das Gebäude für die speziellen Zwecke der Klägerin einzurichten. Die Übernahme dieser Arbeiten ändere nichts an dem Gesamtcharakter des Vertrags als eines Pachtvertrags und die Erklärung des Beklagten, daß er einen bestimmten Zustand des Gebäudes gewährleiste, enthalte eine typische Zusicherung für die Verpachtung von Gegenständen.

Der Klägerin könne nicht darin gefolgt werden, daß § 1 e des Vertrags lediglich die Verteilung der Baukosten zwischen den Parteien in dem Sinne regle, daß die Klägerin

nur solche Aufwendungen übernommen habe, die der Wiederherstellung des Gebäudes in seiner früheren Gestalt dienten, während die Kosten etwa neuer Anlagen von dem Beklagten hätten getragen werden sollen. Man könne nicht annehmen, daß der Gewährleistende offenlassen wolle, ob der gewährleistete Zustand vorhanden sei oder nicht, und sich lediglich für den Fall, daß er nicht vorhanden sein sollte, zur Tragung der Kosten für die Herstellung des Zustandes verpflichten wolle.

Nach Vertragsschluß habe sich nun herausgestellt, daß der gewährleistete Zustand nicht vorhanden gewesen sei, da die Baupolizei entgegen § 1 e eine besondere Anlage, nämlich eine Sprinkleranlage, gefordert habe. Die vom Beklagten zugesicherte Eigenschaft habe also gefehlt und die Klägerin habe aus Gewährleistung nach §§ 538 Abs 1, 581 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern können.

Die Revision hat gegen die Ausführungen zu 2 Einwendungen nicht erhoben. Ein Rechtsirrtum ist insoweit nicht zu erkennen.

3. a) Das Berufungsgericht hat weiter erwogen: Diesen Anspruch habe die Klägerin jedoch wieder verloren, weil sie den Pachtvertrag in Kenntnis des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft längere Zeit erfüllt habe, ohne Beanstandungen zu erheben.

§ 539 BGB sei auch für den Fall anzuwenden, daß ein Mieter oder Pächter nachträglich Kenntnis von dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft erlange und trotzdem das Mietverhältnis ohne Widerspruch fortsetze, insbesondere den Mietzins vorbehaltlos bezahle.

Die Klägerin habe am 13. Dezember 1951 von der Auflage der Baupolizei Kenntnis erhalten, aber erst am 18. September 1952 ihren Gewährleistungsanspruch geltend gemacht. Von April bis September 1952 habe sie vorbehaltlos den Pachtzins bezahlt und alle übrigen Verpflichtungen aus dem Pachtvertrag erfüllt. Das habe nach Treu und Glauben vom Beklagten nur als Verzicht auf Gewährleistungsansprüche gewertet werden können, dies umso mehr, als die Geltendmachung solcher Ansprüche nach § 12 des Vertrags ein Rücktrittsrecht hätte auslösen können, das nach der Erklärung beider Parteien bis 28. Februar 1952 befristet gewesen sei. Nach Treu und Glauben habe der Beklagte erwarten müssen, daß die Klägerin solche Gewährleistungsansprüche, deren tatsächliche Grundlagen ihr vor dem 28. Februar 1952 bekanntgewesen seien, auch vor diesem Termin mitteile, damit er sie bei der Entschlußfassung über die Ausübung des Rücktrittsrechts habe berücksichtigen können. Dabei spiele es keine Rolle, ob der Beklagte das Rücktrittsrecht ausüben können oder ausgeübt hätte; denn die Klägerin habe nicht wissen können, wie sich der Beklagte entschließen werde.

Die Klägerin habe auch nicht deshalb von der rechtzeitigen Geltendmachung ihres Anspruchs Abstand nehmen dürfen, weil der Beklagte verpflichtet gewesen sei, sich selbst über das Vorhandensein des gewährleisteten Zustands zu unterrichten. Dem stehe entgegen, daß die Klägerin den Wiederaufbau des Gebäudes durchgeführt habe und es für die Zwecke eines Warenhauses habe einrichten lassen. Es habe daher von ihren Bauplänen abgegangen, welche besonderen Anlagen die Baupolizei für erforderlich gehalten habe. Wenn der Beklagte auch als Eigentümer des Grundstücks seine Zu-

stimmung zu den Baumaßnahmen der Klägerin habe geben müssen, so seien doch die Baugenehmigungsanträge von dem Architekten der Klägerin ausgearbeitet worden. Die Klägerin habe daher nicht erwarten können, daß der Beklagte von sich aus Feststellungen über behördliche Auflagen treffen würde, sie habe sich vielmehr sagen müssen, der Beklagte rechne auf eine rechtzeitige Benachrichtigung durch seinen Vertragspartner. Wer übrigens einen Gewährleistungsanspruch erheben wolle, müsse nicht nur rechtzeitig die Tatsache mitteilen, aus denen sich ein solcher Anspruch ergeben könne, sondern auch ausdrücklich erklären, daß er auf Grund der Tatsachen einen Anspruch geltend machen wolle. Die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, daß ihre Ersatzforderung am 28. Februar 1952 noch nicht der Höhe nach festgestanden habe. Es habe genügt, wenn sie sich die Geltendmachung des Anspruchs vorbehalten habe, denn dann hätte sich der Beklagte bei seiner Entschließung über das Rücktrittsrecht auf die zu erwartende Forderung der Klägerin einstellen können.

Zu Unrecht vermisste die Klägerin die Annahme eines Verzichtsangebots des Beklagten. Es komme nicht darauf an, ob die Klägerin sich bei der Erfüllung des Pachtvertrags bewußt gewesen sei, daß ihr gerade wegen der Sprinkleranlage ein Gewährleistungsrecht gegen den Beklagten zustehe und ob sie tatsächlich auf diesen Anspruch habe verzichten wollen. Es komme vielmehr darauf an, ob ihr Verhalten als Ausdruck ihres Willens gedeutet werden könne, auf ihre Rechte wegen der ihr bekannten Mängel zu verzichten. Der Beklagte habe davon ausgehen müssen, daß die Klägerin als geschäftsgewandte Firma sich ihrer Ansprüche bewußt sein

werde, wenn ihr anspruchsbegründende Tatsachen bekannt geworden seien, und alsbald eine Entscheidung darüber treffen werde, ob sie Ansprüche geltend machen wolle oder nicht. Wenn die Klägerin den Rücktrittstermin verstreichen lasse und monatelang die volle Pacht bezahle, ohne etwas über Gewährleistungsansprüche verlauten zu lassen, so habe der Beklagte dieses Verhalten nur dahin verstehen können, daß die Klägerin auf Grund der ihr bis dahin bekannten Tatsachen keine Ansprüche erheben wolle.

Einer ausdrücklichen Annahme dieser klägerischen Willenserklärung durch den Beklagten habe es nicht bedurft. Der Beklagte habe sein Einverständnis stillschweigend durch Nichtwidersprechen erklärt. Daß der Beklagte nach seiner Darstellung vor dem 18. Dezember 1953 von der Sprinkleranlage noch nichts gewußt habe, stehe einem stillschweigenden Einverständnis nicht entgegen; denn das Übereinkommen der Parteien habe sich nicht auf einen bestimmten Gewährleistungsanspruch, sondern generell auf etwaige Ansprüche der Klägerin bezogen, die aus ihr bekannten Tatsachen hergeleitet werden könnten. Der Beklagte habe einen generellen Verzichtswillen der Klägerin, d.h. eine Anerkennung der Pacht-sache als vertragsmäßig angenommen.

Der Einwand der Klägerin sei auch verfehlt, der Beklagte erhalte einen ungerechtfertigten Vorteil, wenn er von seiner Verpflichtung frei werde, aber die gesamten Leistungen der Klägerin behalte. Solche Folgen träten bei jeder Verwirkung von Rechten ein, eine Bereicherung des Schuldners sei nicht "ungerechtfertigt".

b) Die Revision stimmt der, übrigens in Rechtsprechung (vgl. besonders RG vom 15. Juni 1936 IV 132/36 in JW 1936, 2706)

und Schrifttum durchaus herrschenden Meinung zu, daß der seine Ansprüche, die auf dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften beruhen, verliert, der in Kenntnis des Mangels den Vertrag längere Zeit fortsetzt und erfüllt, ohne den Mangel geltend zu machen, meint aber, das Berufungsgericht habe die Voraussetzungen eines Verzichts oder einer Verwirkung rechtsirrig angenommen. Es sei nicht richtig, daß der Sachverhalt keine andere Deutung als den Verzicht auf die vereinbarte Gewährleistung zulasse. Im Gegenteil könne das Verhalten der Klägerin nur dahin gedeutet werden, daß sie auf ihre Gewährleistungsansprüche nicht verzichte.

Der Beklagte als geschäftsgewandter Textilkaufmann müsse sich grundsätzlich bis zur positiven Klarstellung des Vorhandenseins der zugesicherten Eigenschaft der Pachtsache an die von ihm übernommene Gewährleistung gebunden fühlen.

Die Klägerin habe auch Beweis dafür angetreten, daß der Beklagte bereits im Januar 1952 durch ihren Geschäftsführer über die Notwendigkeit des Einbaus der Sprinkleranlage unterrichtet worden sei. Der Beklagte habe daher diese Gewährleistungspflicht in Erwägung ziehen müssen, er habe sie auch nicht durch einen eigenmächtigen Zusatz in seinem Schreiben vom 18. Februar 1952 an das Bauverwaltungsamt W [REDACTED] beseitigen können. Für diesen Zusatz gäbe es vielmehr nur die Erklärung, daß der Beklagte sich bewußt gewesen sei, daß er für seine übernommene Gewährleistung einstehen müsse.

Die Klägerin habe, zumal der Beklagte ihr von diesem Schreiben vom 18. Februar 1952 keine Kenntnis gegeben habe, weder Anlaß noch Gelegenheit gehabt, dem Beklagten gegenüber in

umfassenderer Weise als bereits geschehen tätig zu werden. Das Stillschweigen der Klägerin während mehrerer Monate unter Fortsetzung der Mietzahlungen könne daher nicht als konkludenter Verzicht auf ihre Rechte gewertet werden.

Dem Berufungsgericht könne nicht zugegeben werden, der Beklagte habe einen Anspruch darauf gehabt, daß die Klägerin ihn noch besonders auf ihre Absicht hingewiesen habe, die ihr noch aus dem Vertrag zustehenden Gewährleistungsansprüche zu verfolgen. Es könne keinen Unterschied machen, ob die Benachrichtigung durch die Klägerin wörtlich als Beanstandung bezeichnet worden sei, oder ob sie nur in der Form einer Mitteilung erfolgt sei.

Das Berufungsgericht habe auch nicht annehmen dürfen, die Wahrnehmung der für den Beklagten gegebenen Rücktrittsmöglichkeit sei von der Klägerin gegen Treu und Glauben verhindert worden. Nachdem die Klägerin den Beklagten vom Eintritt des Gewährleistungstatbestandes unterrichtet habe, sei es Sache des Beklagten gewesen, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob die Klägerin auf ihre Rechte verzichten wolle.

Die Revision versteht das Berufungsurteil dahin, auch der im September 1952 erklärte Hinweis auf die Gewährleistungspflicht des Beklagten habe zur Erhaltung der Rechte der Klägerin nicht genügt, sondern diese hätte zu erkennen geben müssen, daß sie den Beklagten nicht in Anspruch nehmen wolle, und die Revision wendet sich gegen diese Auffassung.

Die Revision meint weiter, der Beklagte habe bei dem Umfang des Geschäfts der Klägerin im gesamten Bundesgebiet erkennen müssen, daß die Abrechnung eines derartigen Millionenobjekts nicht innerhalb einiger Wochen habe erfolgen können. Er habe deshalb mindestens bis zum folgenden Jahresabschluß damit rechnen müssen, daß er aus seiner Gewährleistung in Anspruch genommen werden könnte. Er habe sich auch darüber klar sein müssen, daß die Klägerin bei einem Objekt von 125 000 DM, dessen ungefähre Höhe ihm als Kaufmann nicht gänzlich unbekannt habe sein können, ihn nicht ohne weiteres aus seiner Gewährleistungsverpflichtung entlassen werde.

c) Diesen Einwendungen kann im Ergebnis ein Erfolg nicht versagt werden. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin erstmals am 18. September 1952 ihren Gewährleistungsanspruch geltend gemacht habe. In diesem Schreiben ist ausdrücklich gesagt, die Klägerin müsse den Beklagten für die besonderen Aufwendungen zum Zweck des Einbaus der Regenanlage verantwortlich machen, die Klägerin könne nur die genaue Höhe der Kosten noch nicht bestimmt angeben. Es kann also nur ein Mißverständnis sein, wenn die Revision meint, das Berufungsgericht sehe auch dieses Schreiben nicht als ausreichende Geltendmachung des Anspruchs der Klägerin an.

Die Revision könnte auch damit nicht gehört werden, wenn sie meint, bei dem großen Umfang des Geschäfts der Klägerin müsse es ihr unbenommen bleiben, ihre Ansprüche noch bis zum folgenden Jahresabschluß geltend zu machen und bis dahin durch regelmäßige Zahlung des Pachtzinses und sonstige Erfüllung ihrer Vertragspflichten den Eindruck

zu erwecken, sie werde keine Ansprüche wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften des Pachtgrundstücks erheben. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Ersatzanspruch hätte schon früher geltend gemacht werden müssen, ist nicht rechtsirrig. Es fragt sich aber, welche Anforderungen an eine solche Geltendmachung gestellt werden müssen. Solange die fehlende Anlage, für deren Vorhandensein der Verpächter einstehen muß, noch nicht erstellt war und der Pächter keinen Überblick hatte, was sie kosten werde, muß der Hinweis auf den Mangel genügen (vgl. RGZ 90, 65 [67]; 89, 384) und dieser wird regelmäßig dahin zu verstehen sein, daß sich der Pächter seinen Anspruch mindestens vorbehält, wenn nicht besondere Umstände dafür sprechen, daß mit diesem Hinweis etwas anderes bezweckt war.

Die Klägerin hat nun Beweis dafür angetreten, daß der Vertreter des Beklagten, Otto L., aber auch der Beklagte selbst schon im Dezember 1951 und im Januar 1952 davon Kenntnis erhalten habe, daß der Einbau der Sprinkleranlage eine Auflage der Baubehörde darstelle, daß der Vertreter des Beklagten an den Verhandlungen darüber teilgenommen habe, ob die Sprinkleranlage durch andere Vorkehrungen ersetzt werden könne, und daß der Beklagte selbst von dem Ergebnis dieser Verhandlungen in Kenntnis gesetzt worden sei und auch davon, daß der Einbau der Sprinkleranlage erforderlich bleibe. Dieser Beweisantritt ist wesentlich, wobei auch der vom Beklagten im Schriftsatz vom 19. November 1953 angetretene Gegenbeweis in Betracht kommt. Es ist auch darauf hinzuweisen, daß das Schreiben des Oberstadtdirektors vom 11. Dezember 1951, dem die Stellungnahme des Branddirektors der Berufsfeuerwehr W. vom 7. Dezember 1951 angeschlossen war, an die Firma Otto A. W. oHG

gerichtet war, dessen Inhaber von der Klägerin unter Beweisanztritt als Vertreter des Beklagten bezeichnet wird, und daß in dem vom Beklagten selbst unterzeichneten Schreiben vom 18. Februar 1952 dieser Vorbescheid vom 11. Dezember 1951 ausdrücklich genannt ist. Das Berufungsgericht konnte daher ohne Erhebung der angetretenen Beweise nicht zu dem Ergebnis kommen, die Klägerin habe erstmals am 18. September 1952 ihren Gewährleistungsanspruch geltend gemacht.

Die Frage, die das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint hat, ob der Beklagte verpflichtet gewesen wäre, sich selbst von dem Vorhandensein des gewährleisteten Zustands zu unterrichten, spielt für den Fall keine Rolle mehr, daß die Beweisaufnahme ein für die Klägerin günstiges Ergebnis hat.

II.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Anspruch der Klägerin könne auch nicht auf eine gesetzliche Erstattungspflicht für notwendige oder sonstige Verwendungen oder auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt werden.

Die Revision erhebt dagegen keine Einwendungen. Ein das Ergebnis beeinflussender Rechtsverstoß ist insoweit nicht zu erkennen.

III.

Die Gründe des Berufungsgerichts tragen somit die Entscheidung nicht. Das Berufungsurteil muß daher aufgehoben

und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Für den Fall, daß die noch erforderliche Beweisaufnahme ein der Klägerin günstiges Ergebnis hat, ist aber die Bedeutung des Schreibens des Beklagten an das Bauverwaltungsamt W [REDACTED] vom 18. [oder 25.] Februar 1952 nochmals zu prüfen und es ist ein etwa für die Behauptungen des Beklagten angebotener Beweis zu erheben, was das Berufungsgericht auf Grund seiner bisherigen Rechtsauffassung für nicht notwendig gehalten hat.

IV.

Der Auffassung des Beklagten in der Erwiderung auf die Revisionsbegründung, die Klägerin könne die Kosten für die Beseitigung des Mangels nicht verlangen, da der Beklagte nicht im Verzug mit der Beseitigung gewesen sei, kann nicht gefolgt werden. Nach § 538 Abs 1 BGB kann der Pächter Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch ohne Verzug verlangen, wenn eine zugesicherte Eigenschaft des Grundstücks beim Abschluß des Vertrags fehlt. Der Schaden der Klägerin besteht darin, daß sie Aufwendungen machen mußte, um den vertragsgemäßen Zustand herzustellen.

Da die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde, war diesem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Schuster

Dr. Oechßler

Dr. Großmann

Dr. Spieler

Rothe