

BGB § 472

Bei der Ermittlung des Minderwertes eines vom Schwamm befallenen Hauses können auch die Kosten der Beseitigung der Grundfeuchtigkeit des Hauses, die die Schwammbildung hervorgerufen hat, in Ansatz gebracht werden.

BGH, Urt. v. 28. Juni 1961 - V ZR 201/60 - OLG Oldenburg

V ZR 201/60

Verkündet
am 28. Juni 1961
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Hedwig E [REDACTED] geb. B [REDACTED]
in S [REDACTED] bei D [REDACTED], B [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin, Revisions-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Witwe Ella B e [REDACTED] geb. I [REDACTED]
in Bo [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte, Revisions-
beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 14. Juni 1961 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Dr. Augustin, Schuster,
Dr. Mattern und Offterdinger für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und die Revision
der Klägerin, soweit sie sich auf die Widerklage
bezieht, gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 8. Juli 1960
werden zurückgewiesen. Im übrigen wird die Revision
der Klägerin als unzulässig verworfen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens werden
der Klägerin 3/4, der Beklagten 1/4 auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte verkaufte der Klägerin mit notariellem Vertrag vom 10. April 1956 ihr Hausgrundstück in I., Ha-
Straße, nebst Inventar zum Preise von 83 450 DM. Das auf dem Grundstück stehende Wohnhaus ist um 1900 errichtet worden. Die Beklagte hatte darin einen Pensionsbetrieb unterhalten und diesen im Jahre 1954 durch Errichtung eines Badehauses erweitert. Das Grundstück wurde "wie es liegt, ohne Gewähr für Güte, Beschaffenheit und weitere Bebauungsfähigkeit" verkauft. Auch das Inventar wurde "nach Besichtigung in dem Zustand, in dem es sich befindet", veräußert. Von dem Kaufpreis sollten 5 000 DM sofort, 2 000 DM bei der Übergabe, der Rest in monatlichen Raten von 300 DM entrichtet werden; vom jeweiligen Restgeld waren ab 1. Mai 1956 5 % Zinsen zu bezahlen. Das Restkaufgeld sollte sofort fällig werden, wenn die Klägerin mit der Zahlung von zwei Raten in Verzug kam. Die Klägerin übernahm das Grundstück am 15. April 1956. Sie zahlte sofort 5 000 DM und leistete zunächst die vorgesehenen Ratenzahlungen, stellte diese aber ab November 1957 ein. Sie behauptete, sie habe Minderungs- und Schadensersatzansprüche in Höhe des Restkaufpreises. In dem Hause seien Schwamm und Holzbock bei Übergabe vorhanden und auch die Kanalisation des Hauses sei mangelhaft gewesen. Alle diese Fehler habe die Beklagte arglistig verschwiegen. Die Beklagte habe auch über den Verkehrswert des Hauses und über die Errichtungskosten des Badehauses unrichtige Angaben gemacht. Dadurch sei die Klägerin getäuscht worden.

Die Klägerin hat zunächst beantragt festzustellen, daß die Beklagte aus dem Kaufvertrag keine Zahlungsansprüche mehr habe.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie hat jedes arglistige Verhalten in Abrede gestellt und sich auf



den vereinbarten Haftungsausschluß berufen, schließlich Verjährung eingewandt. Sie erhob Widerklage auf Zahlung von 40 954,60 DM nebst 5 % Zinsen aus 39 313,82 DM ab 1. November 1958, davon 2 446,38 DM an das Finanzamt Osnabrück und 15 000 DM nebst Zinsen seit 1. Januar 1957 an Wilhelm Kück.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage die Klägerin verurteilt, 40 853,33 DM nebst 5 % Zinsen aus 39 038,78 DM seit 1. November 1958 zu zahlen.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin beantragt, ihre Klage als erledigt zu erklären und die Widerklage voll abzuweisen. Das Berufungsgericht hat die Abweisung der Klage bestätigt und unter teilweiser Abweisung der Widerklage die Klägerin zur Zahlung von 25 921,88 DM nebst Zinsen zu 5 % seit 1. Oktober 1957 sowie weiterer Zinsen für die im Urteilstenor näher bezeichneten Beträge verurteilt.

Mit der Revision begehrt die Klägerin die Erledigt-erklärung ihrer Klage und die Abweisung der Widerklage, die Beklagte bittet um Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Beide Parteien beantragen weiter wechselseitig Zurückweisung der Revision des Gegners.

Entscheidungsgründe:

A) Revision der Beklagten

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat den Minderungsanspruch der Klägerin in Höhe von 10 000 DM für berechtigt erklärt,

weil die Beklagte arglistig verschwiegen habe, daß das Haus zur Zeit des Gefahrenüberganges von Kellerschwamm (*coniphora cerebella*), einer Art des Naßfäulepilzes, in bedeutendem Umfang befallen war. Der Mangel sei ein erheblicher; denn auch diese Schwammart sei in der Lage, Holz völlig zu zerstören. Die Voraussetzungen für die Entstehung und Weiterbildung dieses Pilzes seien in dem verkauften Hause günstig gewesen, da dieses zu einem großen Teil nicht unterkellert war und in dem nicht unterkellerten Teil erhebliche Feuchtigkeiterscheinungen aufgetreten waren. Der Kellerschwamm sei auch deshalb so gefährlich, weil der echte und gefährliche Hausschwamm (*merulius lacrimans*) als Nachfolger des Kellerschwamms auftreten könne. Der Beklagten sei der Mangel bekannt gewesen. Sie sei verpflichtet gewesen, ihn der Käuferin mitzuteilen. Es sei allgemein davon auszugehen, daß eine solche Mitteilung unterlassen werde, weil man befürchte, der Vertrag komme andernfalls nicht zustande. Die Kenntnis des Mangels sei einem Käufer auch dann von wesentlicher Bedeutung, wenn er aus Spekulationsgründen einen Kaufvertrag abschließe. Zudem habe der Ehemann der Klägerin wiederholt zum Ausdruck gebracht, daß es ihm darauf ankomme, wesentliche Mängel des Hauses kennenzulernen. Die Klägerin und deren Ehemann hätten nach der Darstellung der Beklagten nicht zu erkennen gegeben, daß sie über den Mangel unterrichtet gewesen seien. Bei der Ermittlung des Betrages, um den der Kaufpreis sich mindern müsse, könne davon ausgegangen werden, daß der Verkehrswert des Hauses ohne den Mangel dem vereinbarten Kaufpreis entsprochen hätte. Der Minderwert sei nach dem Gutachten des Sachverständigen mit 10 000 DM anzunehmen.

1. Die Revision meint, es handle sich nicht um einen Mangel des Grundstücks, sondern um eine häufig auftretende Verfallerscheinung, mit der bei allen nicht unterkellerten, alten Häusern von vornherein gerechnet werden müsse. Dem

kann nicht zugestimmt werden. Ob, wie die Revision meint, das Vorhandensein von morsch gewordenen Stellen in Badezimmern und unter Ausgüssen eines älteren Miethauses nicht als Fehler im Sinne des § 459 BGB anzusprechen ist, mag dahinstehen. Hier handelt es sich nicht um solche Erscheinungen, sondern um das Vorhandensein eines Trockenfäulepilzes. Er stellt nach allgemeiner Ansicht, wie auch der echte Hausschwamm, einen Sachmangel dar und nicht etwa nur eine Verfallserscheinung, die die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch weder aufhebt noch mindert (Staudinger/Ostler, BGB 11. Aufl. § 459 Rdn. 43; RGRK BGB 11. Aufl. § 459 Anm. 17 letzter Absatz; Palandt, BGB 20. Aufl. § 459 Anm. 2 a; Urteil des erkennenden Senats vom 12. November 1958 V ZR 90/57 S. 7). Abweichende örtliche Gepflogenheiten hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Die Revision irrt auch, wenn sie meint, Trockenfäulepilze und Kellerhausschwamm seien völlig verschieden und könnten keinesfalls miteinander verglichen werden. Vielmehr ist der Kellerhausschwamm wie der Porenhausschwamm (*polyporus vaporius*) eine Unterart der Trockenfäulepilze (Mehlke, JW 1923, 745). Da Kellerhausschwämme wie Porenhausschwämme Trockenfäule hervorrufen, werden sie allgemein als Trockenfäulepilze bezeichnet. Sie kommen aber, entgegen ihrem Namen, gerade an besonders nassen Stellen zur Entwicklung (vgl. Staudinger/Ostler aaO). Die Rechtsprechung hat denn auch als Fehler im Sinn des § 459 BGB nicht nur den Porenhausschwamm (RG LZ 1933, 114; JW 1936, 375), sondern auch den Warzenhaus- (= Kellerhaus-) schwamm gewürdigt (RG, Das Grundeigentum 1935, 412). Davon abzugehen besteht kein Anlaß.

Ob es sich um einen erheblichen Mangel handelt (§ 459 Abs. 1 Satz 2 BGB), entscheidet die Verkehrsauffassung, wobei die Gegebenheiten des einzelnen Falles zu beachten sind.

Hierzu verhält sich das Berufungsgericht eingehend. Es hat nicht nur darauf hingewiesen, daß der Pilz in dem Haus in erheblichem Umfange aufgetreten ist. Es führt weiter aus, der Mangel könne von der Käuferin nur mit erheblichen Kosten behoben werden, ferner, der echte besonders gefährliche Hausschwamm trete gerne als Nachfolger des Kellerhausschwammes auf. Unter solchen Umständen ist die Annahme eines erheblichen Mangels mit Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Ob bei nichtunterkellerten, über 60 Jahre alten Häusern, deren Mauern deutlich sichtbar Feuchtigkeit aufgesogen haben und die im Innern morsche und schwankende Fußböden aufweisen, mit Pilzbelag gerechnet werden muß, ist in diesem Zusammenhang, wo es um die Erheblichkeit eines Mangels geht, ohne Bedeutung. Überdies stellt das Berufungsgericht an anderer Stelle des Urteils fest, die Beklagte habe selbst nicht behauptet, die Klägerin oder ihr Ehemann hätten den Mangel bei Abschluß des Vertrages gekannt. Darauf, ob sie mit den Mängeln hätten rechnen müssen, kommt es nicht an, weil die Klägerin der Beklagten Arglist zum Vorwurf macht (§ 460 Satz 2 BGB). Die Revision beanstandet deshalb zu Unrecht, das Berufungsgericht habe die Bekundungen des Zeugen Fe[REDACTED] und die Behauptungen der Beklagten übergangen, wonach der Ehemann der Klägerin die feuchten Stellen im Erdgeschoß bemerkt und sie mit Plastikmaterial habe bespannen wollen, wonach ferner die Klägerin die Feuchtigkeit des Mauerwerkes, die teilweise Unterkellerung des Hauses und die dadurch bedingte Anfälligkeit des Fußbodens des Erdgeschoßes für die aufsteigende Bodenfeuchtigkeit erkannt und sich auch nie auf Unkenntnis der Grundfeuchtigkeit berufen habe. Das gilt auch für die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Schreiben des Ehemanns der Klägerin vom 29. Februar und vom 7. Dezember 1956 übergangen. In diesen Schreiben wird zwar von der Notwendigkeit der Überholung des ganzen Hauses, von dem "verkommenen und total herunter-

gewirtschafteten" Objekt gesprochen. Es fehlt aber ein Anhaltspunkt dafür, daß diese Briefstellen das Auftreten des Kellerhausschwammes im Auge haben. Überdies hat sich das Berufungsgericht mit dem Brief vom 29. Februar 1956 in den Urteilsgründen befaßt (Urteilsabschrift 25). Wenn die Revision meint, es sei schon mehr als grobe Fahrlässigkeit, wenn sich die Klägerin bei den besonderen Verhältnissen des Falles ("alter Kasten", Wasserzufluß vom Nachbarhaus Dör[REDACTED]) und bei nur einmaliger kurzer Besichtigung nach Feststellung vor feuchten Flurwänden zum Kaufbschluß entschlossen habe, so will sie in unstatthafter Weise die Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes durch ihre eigene ersetzen; eine Verletzung des § 286 ZPO ist insoweit nicht ersichtlich. Daß der Ehemann der Klägerin, wie die Revision behauptet, versierter Käufer mit besonderer Sachkunde war, kann den Feststellungen des Berufungsgerichtes nicht entnommen werden.

2. Zu Unrecht bekämpft die Revision die eingehend begründete Auffassung des Berufungsgerichtes, das Verhalten der Klägerin und ihres Ehemannes hätte der Beklagten keine Veranlassung geben können, anzunehmen, die Klägerin lege mit Rücksicht auf die ins Auge springende Beschaffenheit des Hauses keinen Wert darauf, wesentliche Mängel, wie den Schwallbefall, zu erfahren. Die Käuferin und ihr Ehemann haben nach den Urteilsausführungen mehrmals und bei verschiedenen Gelegenheiten ausdrücklich nach wesentlichen Mängeln des Hauses gefragt. Für die Behauptung der Revision, die Befallstellen seien nicht verborgen gewesen, sie seien der Klägerin auch aufgefallen, außerdem sei der Fußboden vermorscht gewesen und hätte nicht ohne Gefahr begangen werden können, findet sich in den Urteilsgründen keine Stütze. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht auch angenommen, daß das Vorhandensein des Kellerhausschwammes, und nicht nur eines echten Hausschwammes, mitgeteilt werden müsse (RG JW 1936, 376). Es ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichtes nicht

zu beanstanden, die Beklagte habe zu einer Mitteilung umso eher Anlaß gehabt, als sie selbst auf Grund ihrer Gespräche mit den Handwerkern damit rechnen mußte, daß es sich um den echten Hausschwamm handeln könne. Wenn nun die Revision darauf hinweist, die Naßfäule sei nur in den Dielen gefunden worden, sie seien aber ausgebessert worden und man habe deshalb nicht mehr mit einem erneuten Auftreten rechnen müssen, so tut sie nicht dar, welches einzelne Vorbringen in den Vorinstanzen in diesem Zusammenhang vom Berufungsgericht nicht beachtet wurde. Das gilt ebenso für die Auffassung der Revision, angesichts des Fehlens des typischen beizen- den Geruches des Hausschwammes hätte die Beklagte der Annahme sein dürfen, es handle sich nur um Naßfäule, die mit der Austrocknung verschwinden werde; sie hätte durch die sorglose Art der Aufklärung durch die Handwerker darin bestärkt werden müssen; grobe Fahrlässigkeit reiche aber zur Annahme der Arglist der Beklagten nicht aus. Die Revision behauptet überdies selbst nicht, der Beklagten sei damals die Zusicherung gemacht worden, ein erneutes Auftreten des Pilzes sei nach Durchführung der Reparaturen nicht mehr zu erwarten. Dann bedeutet es aber, entgegen der Meinung der Revision, keine Überspannung der Aufklärungspflicht, wenn das Berufungsgericht trotz des Alters des Hauses und, obgleich das Haus zum Teil unterkellert und im Innern das Aufsteigen von Feuchtigkeit zu beobachten war, die Verkäuferin für verpflichtet hielt, der Käuferin Mitteilung zu machen, daß Trockenfäulepilze in bestimmten Räumen des Hauses gefunden worden waren.

Es trifft schließlich zu, daß zur Annahme der Arglist das Bewußtsein des Verkäufers gehört, der Käufer werde bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes den Kaufvertrag nicht abschließen. Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen (Urteilsabschrift S. 21 Mitte). Das Berufungsgericht hat

zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß die Beklagte dieses Bewußtsein gehabt habe, aber der Urteilszusammenhang ergibt, daß der Berufungsrichter das als nachgewiesen angenommen hat. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Ehemann der Klägerin für Investitionen des "alten Kastens", den er "auf gut Glück" (Brief vom 29. Februar 1956) gekauft haben wollte, noch 80 000 DM auszugeben bereit war. Dieser Betrag sollte, wie sich gerade aus dem Briefwechsel ergibt, für die Erneuerung der Innenausstattung, des Inventars und für bauliche Veränderungen verwendet werden. Für eine Annahme, die Käuferin habe auf eine Mitteilung der Schwammbefallenheit keinen Wert gelegt, geben diese Einzelheiten keinen Anhalt.

3. Zu Unrecht wirft die Revision dem Berufungsgericht vor, die Frage des Verzichtes oder der Verwirkung des Minderungsanspruches sei nicht geprüft worden. Ein Verzicht hätte der vertraglichen Regelung bedurft (§ 397 BGB). Eine solche Regelung behauptet die Revision selbst nicht. Was sie zur Verwirkung vorträgt, hält einer Nachprüfung nicht stand.

Der Umstand, daß die Klägerin nicht alsbald nach Feststellung des Schwammes (April 1957), sondern erst im Oktober 1957 Mängelrüge erhob, läßt sich für den Einwand der Verwirkung nicht verwerten. Die Klägerin hat weitere Nachforschungen anstellen dürfen. Daß sie bereits am 29. März 1956 die Schlüsse zum Hause erhalten hat, was die Klägerin übrigens bestreitet, ist für die Frage der Verwirkung ohne Bedeutung. Auch die weiteren Behauptungen der Beklagten sind für die Frage der Verwirkung nicht ergiebig: Die Klägerin habe im Dezember 1956 brieflich mitgeteilt, sie habe sich bei dem Verkauf des Hauses verkalkuliert, sie habe noch im Juli 1957 mit dem Sohn der Beklagten verhandelt, ohne die Trockenfäule zu erwähnen, bis Oktober 1957 habe sie auch ohne Vorbehalt die Zahlungen fortgesetzt und in den Schreiben vom November/Dezember 1956 sowie

Februar 1957 nach Fußbodenreparaturen in vier feuchten Zimmern von dem Schwamm nichts erwähnt. Da der Minderwert des Kaufobjekts nicht ohne weiteres ersichtlich war, durfte die Klägerin nach Entdeckung des Pilzbelages auch nicht die Zahlungen einstellen. Sie hat vorgetragen, erst bei den Erneuerungsarbeiten im April 1957 sei der Mangel festgestellt worden (GA Bl. 28 Nr. 2). Die Revision rügt nicht, daß in diesem Zusammenhang ein gegenteiliges Beweisangebot der Beklagten übergangen worden sei. Unter diesen Umständen ist für die Annahme einer Verwirkung kein Raum.

4. Schließlich beanstandet die Revision die Festsetzung des Minderwertes mit 10 000 DM. Die Beklagte habe allenfalls für den Schwamm, nicht aber für die Grundfeuchtigkeit einzustehen. Der für die Beseitigung der Grundfeuchtigkeit veranschlagte Betrag entspreche daher nicht dem Minderwert des mit Schwamm behafteten Hauses. Auch dieser Angriff geht fehl.

Wenn der objektive Wert des Kaufobjektes in mangelfreiem Zustand und der Kaufpreis sich decken - und das stellt im vorliegenden Falle das Berufungsgericht fest -, so kann die Kaufpreisminderung (§ 472 BGB) so vollzogen werden, daß an dem Kaufpreis der Betrag in Abzug gebracht wird, der benötigt wird, um den Mangel, wie er zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war, zu beseitigen, also der Zustand hergestellt wird, den der Käufer zu erwerben glauben durfte (Staudinger/Ostler, aaO § 472 Anm. 4). Dieser Zustand ist aber im vorliegenden Falle nicht schon erreicht, wenn die Befallstellen des Hauses ausgeschieden und durch frische Bretter und Balken erneuert werden. Die Ursache der Schwammbildung liegt, wie der Sachverständige festgestellt hat, in der aufsteigenden Grundfeuchtigkeit des Hauses. Zur Herstellung der vertragsgemäßen Gebrauchsfähigkeit des Hauses auf Dauer ist es geboten, die Ursache, nämlich die Grundfeuchtigkeit, auszuschalten. Denn solange

dieses Ergebnis nicht erreicht ist, kann höchstens von einer augenblicklichen oder vorübergehenden, nicht aber von einer endgültigen und gründlichen Beseitigung des Mangels gesprochen werden. Mit einer Erneuerung des Übelstandes muß dann gerechnet werden. Es sind deshalb zu den Ausbesserungskosten, die den Minderwert ausmachen, auch diejenigen Kosten zu zählen, die erforderlich sind, um die Pilzbildung auszuschließen.

Daß die Käuferin von der aufsteigenden Grundfeuchtigkeit des Hauses Kenntnis hatte, spielt keine entscheidende Rolle. Einen den Wert oder die Tauglichkeit des Hauses zum vertragsgemäßen Gebrauch mindernden Mangel kennt ein Käufer nicht schon dann, wenn er nur die äußere Erscheinungsform des Mangels, im vorliegenden Falle die Feuchtigkeit an den Wänden, beobachtet hat, sondern erst dann, wenn er weiß, daß durch diesen Fehler der Wert oder die Tauglichkeit des Kaufobjektes aufgehoben oder gemindert wird (vgl. RGZ 149, 401, 402 f). Daß die Klägerin aber gewußt habe, die Grundfeuchtigkeit des Hauses habe bereits zu ausgedehnter Schwammbildung geführt und dadurch die Gebrauchsfähigkeit des Objektes zum Betrieb eines Badehauses wesentlich gemindert, hat weder das Berufungsgericht festgestellt noch die Beklagte selbst behauptet.

B) Revision der Klägerin.

I. Das Berufungsgericht hat die Abweisung der Klage durch das Landgericht bestätigt, obwohl die Klägerin in dem Berufungsverfahren ihren ursprünglichen Antrag nicht mehr aufrecht erhalten, vielmehr beantragt hatte, den Rechtsstreit hinsichtlich der Klage für erledigt zu erklären. Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Hauptsache erledigt war. Bejahendenfalls sei, so führt es aus, die Abweisung der Klage berechtigt, weil die Klägerin ihren Klageantrag im ersten Rechtszug aufrecht erhalten habe. Andernfalls müsse die Klage schon deshalb abgewiesen werden, weil keine Erledigung eingetreten sei.

Die Revision bekämpft diese Ausführungen; sie sieht in ihnen einen Verstoß gegen § 308 ZPO. Zu einer Prüfung dieser Rüge wäre der Senat aber nur dann in der Lage, wenn die Revision, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage richtet, zulässig wäre. Das muß indessen verneint werden.

Es kann zunächst dahin stehen, ob die Klägerin durch die Abweisung der Klage beschwert ist. Wollte man dies bejahen, weil die Klägerin mit ihrem Antrag, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, abgewiesen worden ist, so bleibt doch zu prüfen, ob sie ein schutzwürdiges Interesse daran hat, daß die Klageabweisung durch den Ausspruch, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, ersetzt wird (BGH NJW 1958, 995). Das bloße Interesse an der Änderung der Kostenentscheidung genügt nicht. Der Streit über die Restkaufpreisforderung der Beklagten ist allerdings noch nicht erledigt, die Parteien kämpfen darüber im Rahmen der Widerklage. Eine Erledigung der negativen Feststellungsklage ist eingetreten, weil durch die Erhebung der Widerklage das Rechtsschutzinteresse, also eine prozessuale Voraussetzung der Feststellungsklage, weggefallen war. Ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Änderung der berufsgerichtlichen Entscheidung wäre aber nur dann zu bejahen, wenn die Abweisung der Klage die der Rechtskraft fähige positive Feststellung zur Folge hätte, es stehe der Beklagten der mit der Klage abgeleugnete Leistungsanspruch zu, wenn auch nur in einem geringeren Umfange. Zu prüfen ist demnach, ob das Berufungsgericht mit der Abweisung der Klage sachlich über den Gegenstand der negativen Feststellungsklage entschieden hat (vergl. Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes, 8. Auflage § 150 I, 3 c). Das ist zu verneinen.

Das Oberlandesgericht geht von dem in der Berufungsinstanz gestellten Antrag aus, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären. Soweit es beider ersten

Fallgestaltung (Erledigung sei eingetreten) darauf hinweist, die Erledigung müsse dann schon vor Schluß der mündlichen Verhandlung im landgerichtlichen Verfahren eingetreten sein, die Klägerin habe aber trotzdem den ursprünglichen Antrag aufrecht erhalten, weshalb die Abweisung der Klage gerechtfertigt sei, will das Berufungsgericht offensichtlich den Berufungsantrag als verspätet behandeln und die Klage mit diesem (verspäteten) Antrage abweisen. Ob die Anwendung des § 529 ZPO gerechtfertigt war, ist hier nicht zu prüfen. Entscheidend ist nur, daß bei dieser Fallgestaltung die Klage vom Oberlandesgericht (im Gegensatz zum Landgericht) aus prozessualen Gründen abgewiesen worden ist.

Das trifft aber auch bei der zweiten Fallgestaltung zu (Erledigung sei nicht eingetreten). Hier hat das Gericht nur geprüft und verneint, daß eine Erledigung der Hauptsache, wie von der Klägerin behauptet, eingetreten ist, und allein aus diesem Grunde die Klage abgewiesen. Die Hauptsache selbst, ob also das Feststellungsbegehren begründet war, hat das Berufungsgericht nicht untersucht.

Demnach stünde das Urteil des Berufungsgerichts, wenn es Rechtskraft erlangt, der Wiederholung der negativen Feststellungsklage nicht entgegen, da nur über den Antrag, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, entschieden worden ist. Die Klägerin ist demnach auch nicht durch die Rechtskraft dieser Entscheidung in der Verteidigung gegen die Widerklage gehemmt.

Fehlt es sonach an einem schutzwürdigen Interesse, den Ausspruch der Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache (statt der Klageabweisung) zu erreichen, so muß die Revision, soweit sie sich mit der Klage befaßt, als unzulässig verworfen werden.

II. Soweit die Revision die Widerklage bekämpft, ist sie nicht begründet.

1. Minderungsansprüche der Klägerin hat das Berufungsgericht verneint, soweit sie auf mündliche Zusicherungen gestützt waren; solche Zusicherungen seien nämlich in den notariellen Vertrag nicht aufgenommen worden. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe übersehen, daß mündliche Zusagen durch den Vollzug der Urkunde im Grundbuch gemäß § 313 Abs. 1 Satz 2 BGB wirksam werden können. Voraussetzung für ein Gültigwerden ist aber, daß sich die Auflassung auf solche Abreden erstreckte, daß also noch zur Zeit der Auflassungserklärung Willensübereinstimmung über die Geltung und Fortgeltung der Zusagen bestand (Palandt aaO § 313 Anm. 14 a). Es gibt keine Vermutung für ein Fortbestehen. Das muß umso mehr hier gelten, als ein Gewährleistungsausschluß in die notarielle Urkunde aufgenommen worden ist. Die Klägerin hatte weder behauptet, daß man bei Vertragsabschluß die mündlichen Zusicherungen beibehalten habe, noch hat sie dargetan, weshalb man diese Zusagen nicht in den Vertragstext aufgenommen hat, vielmehr einen Gewährleistungsausschluß. Die Beweisangebote der Klägerin im Schriftsatz vom 20. März 1959 (S. 2 und 10, GA 156, 160) waren in dieser Hinsicht nicht schlüssig und brauchten daher nicht beachtet zu werden. Denn dort wird unter Beweis gestellt, daß bei den dem Kaufvertrag vorausgegangenen Verhandlungen die Beklagte die behaupteten Zusicherungen gemacht habe. Das Berufungsgericht hat auch entgegen der Auffassung der Revision, nicht gegen die Prozeßordnung verstoßen, wenn es sich unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Zusicherung von Eigenschaften nicht mit den einzelnen behaupteten Mängeln (Holzbock, Gäste- und Badehaus, Verkehrswert, Bauaufwand) befaßt hat.

Es kann daher auch dahinstehen, ob Minderungsansprüche wegen zugesicherter Eigenschaften verjährt wären, was das

Berufungsgericht in einer Hilfsbegründung bejaht, die Revision aber verneint, weil der Kaufvertrag erst nach der Grundstücksübergabe wirksam geworden und die Klage bereits am 23. Dezember 1957 eingereicht worden sei.

2. Eine Minderung des Kaufpreises, weil in dem Hause Holzbock vorhanden war, spricht das Berufungsgericht der Klägerin ab. Die Klägerin habe nicht den Beweis erbracht, daß die Beklagte den Fehler arglistig verschwiegen habe. Es stehe nicht fest, daß die Klägerin und ihr Ehemann von dem Vorhandensein des Holzbocks keine Kenntnis erhalten hätten. Die Zeugenaussagen des Ehemanns der Klägerin reichten hierzu nicht aus. Dessen Aussagen seien nicht glaubwürdiger als die des Zeugen Fe[REDACTED], der bekundet habe, daß er den Ehemann der Klägerin über das Vorhandensein des Holzbocks aufgeklärt habe.

a) Das Berufungsgericht hat bei seinen Erwägungen die Beweislastregelung nicht verkannt, wie dies die Revision behauptet. Die Einlassung der Beklagten, sie habe das Vorhandensein des Holzbocks der Käuferin mitgeteilt, der Ehemann der Klägerin habe daraufhin erklärt, 70 % aller Häuser seien mit dem Holzbock befallen, bedeutet nämlich nichts anderes als das Bestreiten der Klagebehauptung, die Beklagte habe arglistig einen Mangel verschwiegen. Die Klägerin mußte daher den Beweis eines solchen Verhaltens führen. Eine Behauptung, ungeachtet eines arglistigen Verschweigens hätte die Klägerin sonstwie Kenntnis von dem Mangel gehabt, hat die Beklagte nicht aufgestellt. Es kann deshalb dahinstehen, ob sie für eine solche Behauptung beweispflichtig gewesen wäre. Zu Unrecht beruft sich die Revision für eine andere Auffassung zu der Beweislastregelung auf das Erläuterungswerk von Staudinger/Ostler aaO § 460 Anm. 23. Eine abweichende Meinung wird dort nicht vertreten.

b) Unberechtigt sind auch die Vorwürfe der Revision, das Berufungsgericht habe die tatrichterliche Seite nicht ausgeschöpft.

Darauf, daß die Klägerin nach Mängeln des Hauses gefragt hat, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Denn die Ansprüche der Klägerin scheitern an dem Nachweis eines arglistigen Verschweigens; nach Auffassung des Berufungsgerichts ist der Beweis nicht geführt, daß die Beklagte diese Mängel nicht angegeben hat.

Daß der Ehemann der Klägerin um den 20. März 1956 herum das Haus besichtigt hat und dabei über das Auftreten des Holzbocks unterrichtet worden ist, hält das Berufungsgericht nicht für ausgeschlossen. Die vorgelegte Korrespondenz ergebe, so führt das Berufungsgericht aus, daß sich der Ehemann der Klägerin und diese selbst um diese Zeit mit dem Gedanken getragen hätten, das Haus zu kaufen. Die Revision vermißt, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf das Beweiserbieten im Schriftsatz vom 8. April 1960 eingegangen ist (GA 288 ff). Dieses bezog sich jedoch darauf, daß die Zeugin Heidbrink nur einmal, und zwar lange Zeit vor dem Verkauf, die Beklagte besucht habe (vgl. GA 303, 304). Die Zeugin Fe[REDACTED] und deren Mann haben aber gerade nicht bekundet, daß die Zeugin He[REDACTED] zur Besichtigung um den 20. März herum mitgekommen war. Das Berufungsgericht hat deshalb auch nicht die Prozeßordnung verletzt, wenn es sich mit dem Schriftsatz und dem dort angeführten Beweisangebot nicht befaßt hat.

Es trifft zu, daß die Beklagte in der Klagebeantwortung (GA 15, 15 R) vorgetragen hatte, von einem Holzbockbefall über den bekannt gegebenen Umfang hinaus sei weder ihr noch dem Zeugen Fe[REDACTED] etwas bekannt gewesen. Inwiefern das

Berufungsgericht mit Rücksicht hierauf bei seinen Darlegungen §§ 288, 532 ZPO verletzt hat, ist nicht erkennbar.

Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Beweisangebote der Klägerin im Schriftsatz vom 20. Februar 1958 (GA 27, 28) über die Kenntnis der Beklagten vom Umfang des Holzbockbefalls übergangen; denn die dort benannten Zeugen sind vernommen worden (Beweisbeschluß vom 21. März 1958 GA 48) und das Berufungsgericht unterstellt, daß der Beklagten der Umfang des Befalls bekannt war. Es verneint aber ein arglistiges Verhalten, wenn die Beklagte das Auftreten des Schädlings und nicht auch dessen Ausbreitung mitgeteilt habe. In Städten des Bezirkes sei ein hoher Prozentsatz der Altbauten von Holzbock befallen. Habe aber der Ehemann der Klägerin, wie die Beklagte unwiderlegt behauptet und der Zeuge Fe [REDACTED] bekundet habe, geäußert, ihm sei bekannt, daß etwa 70 % der Häuser vom Holzbock befallen seien, dann könne nicht als erwiesen angesehen werden, daß die Beklagte arglistig gehandelt habe. Wenn demgegenüber die Revision meint, arglistiges Verschweigen liege schon deshalb vor, weil der Zeuge Fe [REDACTED] nur einen ganz begrenzten Teil des Befalls gezeigt habe mit der Erklärung, hier seien neue Bretter gelegt worden, der Schaden sei ausgebessert worden, so geht dieser Angriff schon deshalb fehl, weil die Revision von einem Sachverhalt ausgeht, den das Berufungsgericht nicht festgestellt hat. Zu Unrecht wendet sich die Revision auch dagegen, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf die Angaben des Zeugen Feyerabend eingegangen ist. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte diesem Zeugen keinen Glauben schenken dürfen, weil der Berufungsrichter an einer anderen Stelle des Urteils selbst ausgeführt habe, der Zeuge sei nicht glaubwürdiger als der Ehemann der Klägerin. Die Revision übersieht, daß die Klägerin den Beweis für ein arglistiges Verschweigen der Beklagten zu führen hatte. Die Beklagte aber

hatte behauptet, daß sie den Befall angegeben habe, der Ehemann der Klägerin habe daraufhin jene Bemerkung gemacht. Da sich diese Darstellung der Beklagten, wie bereits ausgeführt, als Bestreiten eines arglistigen Verhaltens darstellt, hatte die Klägerin den Beweis zu führen, daß die Beklagte den Mangel arglistig verschwiegen habe. Das Berufungsgericht hat nun nicht etwa festgestellt, daß der Zeuge Feyerabend im Auftrage der Beklagten Aufschluß über den Befall gegeben habe, sondern nur als nicht widerlegt bezeichnet, daß die Klägerin in der angeführten Weise von dem Befall in Kenntnis gesetzt worden sei. Das ist mit Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat, wie sich aus den Urteilsgründen als Auffassung des Berufungsgerichtes entnehmen läßt, mit Rücksicht auf jene Bemerkung des Ehemannes Eichenhofer angenommen, daß weitere Unterrichtung für den Entschluß der Klägerin, das Grundstück zu kaufen, nicht mehr von Bedeutung sei. Diese Darstellung der Beklagten ist, wie sich aus dem Urteilszusammenhang ergibt, vom Berufungsgericht als nicht widerlegt angesehen und nicht, wie die Revision anzunehmen scheint, festgestellt worden.

3. Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der Kanalisation verneint das Oberlandesgericht; es sei nicht erwiesen, daß der Beklagten Mängel der Kanalisation bekannt gewesen seien. Es lasse sich nicht feststellen, daß die Beklagte die Unzulänglichkeit der Kanalisation auf Grund dessen, daß die Abwässer aus der Kanalisationsanlage benachbarte Gelände überschwemmten, hätte kennen müssen. Es sei auch nicht erwiesen, daß die Angaben, die die Beklagte am 5. Februar 1956 über die Kanalisation gemacht habe, nicht der Wahrheit entsprochen hätten. Es lägen auch keine ausreichende Anhaltspunkte dafür vor, daß die Beklagte die zur Zeit der Übergabe vorhandene Kanalisation nach ihrer Kenntnis nicht als in Ordnung befindlich bezeichnen konnte.

Demgegenüber weist die Revision darauf hin, die Beklagte habe gewußt, daß sie nur mit geringen Kosten das Badehaus aufgebaut habe. Wenn die Revision daraus entnehmen will, daß die Kanalisation nur so gebaut sein konnte, daß sie notdürftig ihren Zweck erreichen konnte, so hilft diese Schlußfolgerung nicht weiter. Die Kenntnis, mit welchen bestimmten Mitteln eine gut funktionierende Kanalisation im Hause der Beklagten geschaffen werden konnte, mag allenfalls bei einem fachkundigen Hauseigentümer vermutet werden können, nach den Urteilsgründen aber nicht bei der Beklagten. Auch für das Vorliegen eines dolus eventualis gibt der Sachverhalt keinen Anhalt.

4. Schließlich hat das Berufungsgericht Minderungsansprüche wegen der durch weitere Mängel des Gäste- und Badehauses verursachten Reparaturen verneint. Diese Mängel seien nicht von so erheblicher Art, daß die Beklagte nach Treu und Glauben hätte Aufklärung geben müssen. Auch diese Auffassung bekämpft die Revision, weil wesentliche Gesichtspunkte dabei übergangen worden seien (§ 286 ZPO).

a) Das Berufungsgericht hat die Mängel als von nicht erheblicher Art bezeichnet. Dem widerspricht es nicht, wenn an anderer Stelle des Urteils ein Brief des Ehemanns der Klägerin erwähnt wird, worin mitgeteilt wird, daß er in das Badehaus einige tausend Mark hineinstecken müsse. Denn diese Beträge sollten nicht nur für die Behebung der Mängel, sondern für die gesamte Umgestaltung verwendet werden.

b) Bestand wegen der Geringfügigkeit der Mängel für die Beklagte keine Pflicht zur Offenbarung, so bedarf es nicht der Prüfung, ob die Beklagte arglistig verschwiegen hat. Ob die Angaben der Beklagten über den Kostenaufwand für das Badehaus zutrafen, ist deshalb in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

c) Eine Offenbarungspflicht der Beklagten kann auch nicht daraus abgeleitet werden, daß nach den Urteilsfeststellungen nach Mängeln des Hauses vom Ehemann der Klägerin gefragt wurde und daß es der Klägerin darauf ankam, über solche Mängel unterrichtet zu werden. Denn das Berufungsgericht weist an mehreren Stellen darauf hin, daß die Klägerin wesentliche Fehler des Hauses, die für dessen bestimmungsgemäßen Gebrauch und dessen Wert von erheblicher Bedeutung sein konnten, kennenlernen wollte (Urteilsabschrift 22, 23, 24). Kam es aber nur auf die wesentlichen Mängel an, so brauchte die Beklagte die nicht wesentlichen Fehler nicht zu offenbaren.

5. Für den geminderten Kaufpreis gelten nach Auffassung des Berufungsgerichts die über die Zahlungsweise des Kaufpreises in dem Vertrag getroffenen Vereinbarungen. Der nach dem Abzug der Minderung verbleibende Betrag sei seit dem 1. Januar 1958 fällig, denn spätestens seit diesem Zeitpunkt befinde sich die Klägerin mit der Zahlung von zwei Monatsraten in Verzug.

Die Revision meint, der Betrag von 10 000 DM müsse auf die zunächst fälligen Raten ab 1. November 1957 verwendet werden, das bedeute, daß erst ab 1. Oktober 1959 allenfalls eine Fälligkeit des dann noch geschuldeten Restbetrags eintreten könne. Dem vermag der Senat nicht beizutreten. Durch die Minderung des Kaufpreises verringert sich dieser. Der bisherige Kaufpreis wird um den Minderungsbetrag herabgesetzt, seine Abzahlung bestimmt sich nach den vertraglichen Bestimmungen, wonach die Klägerin monatlich 300 DM zu zahlen hat. Es wäre allerdings zu erwägen, ob nicht die Raten selbst im gleichen Verhältnis herabzusetzen seien (vgl. Staudinger/Ostler aaO Anm. 9). Doch spielt dies im vorliegenden Fall keine Rolle, denn die Klägerin hätte dann wenigstens die demgemäß

geminderten Raten zahlen müssen; sie hat aber die Ratenzahlung ab 1. November 1957 ganz eingestellt. Überdies kam es nicht darauf an, ob die Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, am 1. Januar 1958 in Verzug gekommen war. An den Verzug knüpft nämlich der Vertrag nicht den Beginn der Zinspflicht an, sondern nur die Fälligkeit der Restsumme. Es genügte also, wenn der Widerklage stattgegeben werden sollte, daß der Verzug spätestens in der letzten Berufungsverhandlung eingetreten war. Das kann aber mit guten Gründen nicht bestritten werden.

Mit Recht nimmt die Revision an, daß Verzug ein schuldhaftes Nichtleisten der Klägerin voraussetzt. Dieses liegt jedoch vor. Irrtum des Schuldners über seine Berechtigung, seine Leistung zu verweigern, ist nur beachtlich, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Solange die Klägerin nicht mit beachtlichen Gründen ihre Meinung stützen konnte, der Restkaufpreis sei durch die angeblichen Schäden voll erschöpft, kann daher von einem nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Irrtum nicht gesprochen werden. Die durch den Holzbock eingetretenen Schäden beziffern sich nach dem Sachverständigen-gutachten auf 2 000 bis 3 000 DM. Selbst wenn man mit der Revision davon ausgehen wollte, daß die Klägerin geglaubt habe, wegen dieses Mangels Minderungsansprüche stellen zu können (sie hat dies in den Tatsacheninstanzen nicht ausdrücklich vorgetragen), so hätte sie bei gewissenhafter Prüfung, eventuell unter Hinzuziehung eines Sachverständigen, nicht zur Auffassung kommen können, daß damit der gesamte Kaufpreisrest voll erschöpft sei. Das gilt erst recht für die noch zweifelhafteren Gegenansprüche der Klägerin. Entschuldbarer Irrtum der Klägerin muß jedenfalls von der Zeit ab verneint werden, da das Landgericht die Klägerin mit diesen Ansprüchen abgewiesen hatte. Nunmehr hätte die

Klägerin zum mindesten die Ratenzahlungen wieder aufnehmen müssen. Das Risiko, daß sie mit der Ablehnung weitere Zahlungen auf sich nahm, muß sie daher auch, was den Eintritt der Fälligkeit der Restsumme anlangt, tragen.

6. Zinsen hat das Berufungsgericht den Bestimmungen des Vertrages gemäß berechnet. Die einzelnen Zinsansprüche werden von der Revision nicht angegriffen. Nach alledem kann die Revision der Klägerin einen Erfolg auch insoweit nicht haben, als der Widerklage stattgegeben wurde.

In Abwägung aller Umstände hält es der erkennende Senat für gerechtfertigt, die Kosten im Verhältnis 3 : 1 zwischen der Klägerin und der Beklagten zu teilen.

Dr. Hückinghaus

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Mattern

Offterdinger