
Datum: 22.11.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 60/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:1122.18U60.99.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 2 O 424/98

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 11.01.1999 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 11.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Sicherheitsleistungen können auch durch selbstschuldnerische, unbefristete und unbedingte Bürgschaft einer deutschen Großbank, einer Genossenschaftsbank oder öffentlichen Sparkasse erbracht werden.

Die Beschwer des Klägers beträgt 72.000,00 DM.

Tatbestand:

1

2

Mit notariellem Kaufvertrag vom 18.12.1996 zu Urkundenrolle Nr. des Notars Dr. K in M verkauften der Kläger und die Firma M GmbH, deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Kläger ist, an die Firma A GmbH in M 10 Wohnungseinheiten, die die Gesamtanlage P in M ausmachten. Das Grundstück ist mit einem Vorderhaus, in dem sich sechs Wohnungen befinden, und einem Hinterhaus im Garten mit vier Wohnungen bebaut. Alle Wohnungen haben ungefähr die gleiche Größe von ca. 100 Quadratmetern. Sie sind nach ihrem wirtschaftlichen Wert in etwa gleichwertig. Der Gesamtpreis betrug 3.200.000,00 DM. Hinsichtlich der Preisgestaltung der einzelnen Wohnungen im Vorderhaus und derjenigen im Hinterhaus wurden auf Wunsch der Firma A GmbH erhebliche Preisunterschiede in den Vertrag aufgenommen. Der Kaufpreis für die Wohnungen im Hinterhaus sollte lt. Vertrag fast dreimal bzw. fast zweimal so hoch sein wie der für die Wohnungen im Vorderhaus. Hintergrund dieser unterschiedlichen Preisfestlegung war die Absicht der Käuferin, die Wohnungen im Hinterhaus sogleich weiterzuverkaufen und dabei keine steuerlichen Gewinne zu machen. Wegen der Einzelheiten des Kaufvertrages vom 18.12.1996 wird auf die mit der Klageschrift zu den Akten gereichte Ablichtung (Bl. 14 ff GA) verwiesen.

Acht der Eigentumswohnungen waren bei Kaufvertragsabschluß bereits vermietet; ihre tatsächliche Nutzung war teilweise nicht durch die erteilten Baugenehmigungen gedeckt. Vor Kaufvertragsabschluß waren der Käuferin im übrigen Planungsunterlagen übergeben worden, die nutzbare Flächen in einem Umfang auswiesen, der durch die erteilten Baugenehmigungen nicht gedeckt war und der teilweise auch nicht baugenehmigungsfähig ist.

Der vorstehend dargestellte Kaufvertrag war zustande gekommen aufgrund eines Nachweises der Beklagten, die mit der Käuferin, der Firma A GmbH einen Maklervertrag geschlossen hatte. Diese zahlte an die Beklagte nach Kaufvertragsabschluß auf das Maklerhonorar einen Betrag von 72.000,00 DM.

In der Folgezeit kam es wegen der problematischen Baugenehmigungslage zu Auseinandersetzungen zwischen den Kaufvertragsparteien. Die Käuferin fühlte sich wegen des Umstandes, daß Teilflächen im Gesamtumfange von 223 Quadratmetern baubehördlich nicht genehmigt waren, von dem Kläger arglistig getäuscht und berührte sich dieserhalb eines Schadensersatzanspruches, mit dem sie die Aufrechnung gegenüber dem Kaufpreisanspruch erklärte. Unter dem 18.02.1997 erhob die Käuferin gegen den Kläger und die Firma M GmbH zu dem Aktenzeichen Landgericht M Klage auf Erfüllung des Kaufvertrages. In der Klageschrift behauptete sie, von dem hiesigen Kläger arglistig getäuscht worden zu sein. Sie habe von den fehlenden Baugenehmigungen und der fehlenden Genehmigungsfähigkeit erst im Januar 1997 erfahren. Der Kläger des vorliegenden Rechtsstreites wendete demgegenüber ein, der Vertrag sei gemäß §§ 138, 134, 117 BGB im Hinblick auf die Preisgestaltung unwirksam; im übrigen sei der Käuferin die Baugenehmigungslage bekannt gewesen. Der Rechtsstreit Landgericht M wurde dann durch Vergleich vom 11.06.1997 beigelegt. In diesem Vergleich heißt es wörtlich:

"5. Die Klägerin (Käuferin) tritt alle Ansprüche, insbesondere solche auf Erstattung hinsichtlich ihrer auf die Rechnung der Firma M GmbH vom 18.12.1996 geleisteten Zahlungen gegen diese Firma an den Beklagten zu 1) (M) ab. Der Beklagte zu 1) nimmt die Abtretung an. Diese Rechnung verhält sich über 73.600,00 DM; darauf hat die Klägerin 72.000,00 DM gezahlt.

...

8. Die Parteien sind sich darüber einig, daß der Kaufvertrag vom 18.12.1996 (Urkundenrolle Nr. des Notars Dr. K in M) damit von Anfang an unwirksam ist."

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger Rückzahlung des gezahlten Maklerhonorars gemäß der in Ziffer 5 des Vergleiches erfolgten Abtretung. Er hat die Auffassung vertreten, der Kaufvertrag sei gemäß §§ 117, 125, 313, 138, 134 BGB nichtig. 9

Er hat beantragt, 10

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 72.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 25.07.1997 zu zahlen. 11

Die Beklagte hat beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Sie hat die Auffassung vertreten, daß die Aufhebung des Kaufvertrages vom 18.12.1996 in dem Vergleich vom 11.06.1997 nicht auf Gründen beruhe, denen zufolge der Kaufvertrag von Anfang an als nichtig anzusehen sei. 14

Durch das am 25. Januar 1999 verkündete Urteil hat die 2. Zivilkammer des Landgerichts M die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, Nichtigkeitsgründe hinsichtlich des abgeschlossenen Kaufvertrages seien bereits auf der Grundlage des eigenen Vorbringens des Klägers nicht feststellbar. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens erster Instanz wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils vom 25.01.1999 verwiesen. 16
17

Gegen dieses Urteil richtet sich die fristgerecht eingereichte und begründete Berufung des Klägers, mit der er sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Zur Begründung seiner Berufung ergänzt und vertieft er sein erstinstanzliches Vorbringen und meint insbesondere, daß er unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsabschluß die Aufhebung des Kaufvertrages habe verlangen können. Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens des Klägers wird auf den Inhalt der Berufungsbegründung vom 27.04.1999 (Bl. 105 ff GA) sowie den Berichterstatteervermerk vom 22.11.1999 (Bl. 133 GA) verwiesen. 18

Der Kläger beantragt, 19

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn 72.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 25.07.1997 zu zahlen. 20

Die Beklagte beantragt, 21

die Berufung zurückzuweisen. 22

Sie tritt dem angefochtenen Urteil unter näherer Darlegung bei. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der am 11.10.1999 beim Oberlandesgericht eingegangenen Berufungserwiderung (Bl. 122 ff GA) verwiesen. 23

Die Akten Landgericht M haben im Senatstermin vom 22.11.1999 zu Informationszwecken vorgelegen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung; auf ihren Inhalt wird verwiesen. 24

<u>Entscheidungsgründe:</u>	25
Die Berufung ist nicht begründet.	26
1.	27
Der mit Klage und Berufung verfolgte Zahlungsanspruch ergibt sich nicht aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB in Verbindung mit § 398 BGB. Der dem Kläger in dem Vergleich vom 11.06.1997 abgetretene Anspruch ist schon auf der Grundlage des eigenen Vorbringens des Klägers nicht gegeben. Die Beklagte hat die durch Leistung der Zedentin, der Firma A GmbH erlangten 72.000,00 DM nicht ohne Rechtsgrund erhalten.	28
Ein Rechtsgrund wäre allerdings zu verneinen, wenn - was im Streitfall allein in Betracht zu ziehen ist - die Voraussetzungen des Maklerhonoraranspruches mangels wirtschaftlicher Gleichwertigkeit des nach dem Maklervertrag angestrebten und des tatsächlich abgeschlossenen Kaufvertrages vom 18.12.1996 nicht gegeben wären, der Kaufvertrag vom 18.12.1996 nichtig oder wie ein nichtiger Kaufvertrag zu behandeln wäre.	29
a)	30
Die für den Provisionsanspruch vorausgesetzte wirtschaftliche Gleichwertigkeit zwischen dem nach dem Maklervertrag anzustrebenden und dem tatsächlich abgeschlossenen Kaufvertrag ist nicht zu verneinen. Zwar hat die Zedentin, die Firma A GmbH, wie sich aus ihrem Vorbringen im Vorprozeß Landgericht M (vgl. dort Bl. 165) ergibt, den Abschluß eines Kaufvertrages über eine in bestimmtem Umfang für Wohnzwecke nutzbare Eigentumswohnungsanlage angestrebt, während der tatsächlich abgeschlossene Kaufvertrag, was seine Erfüllbarkeit anbelangt, wegen der Nichtgenehmigungsfähigkeit bestimmter Flächen für die Bewohnbarkeit aus bauordnungsrechtlichen Gründen hinter dieser Erwartung zurückgeblieben ist. Dieser Gesichtspunkt berührt indes die wirtschaftliche Gleichwertigkeit nicht. Denn die Beeinträchtigung der Nutzbarkeit eines bebauten Grundstücks aufgrund öffentlichen Bauordnungsrechts ist ein Problem der Vertragserfüllung und stellt sich als Sachmangel im Sinne des § 459 BGB dar (vgl. z.B. BGHZ Bd. 117, Seite 159 m.w.N.) mit der Folge, daß der Gesichtspunkt der Nichtbenutzbarkeit im bestimmten Umfang nach Kaufgewährleistungsrecht zu beurteilen ist. Entgegen vereinzelt vertretener Auffassung (vgl. z.B. Staudinger/Reuter, 13. Aufl. §§ 652, 653 Rdn. 85) berühren Gewährleistungsrechte des Käufers den Provisionsanspruch des Immobilienmaklers grundsätzlich nicht (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 57. Aufl. § 652 Rdn. 26). Denn in Fällen der Kaufgewährleistung erfolgt die Rückgängigmachung des Kaufvertrages aus dem Gesichtspunkt der Wandlung oder die Herabsetzung des Kaufpreises unter dem Gesichtspunkt der Minderung nicht wegen Unvollkommenheit des ursprünglichen <u>Vertrages</u> , sondern aufgrund anderer Umstände.	31
b)	32
Der Vertrag ist auch nicht nichtig.	33
aa)	34
Eine Nichtigkeit des Kaufvertrages ergibt sich nicht aus § 134 BGB. Es ist nicht erkennbar, gegen welches gesetzliche Verbot der Vertrag verstoßen sollte. Soweit eine Absicht der Kaufvertragspartei, Steuern zu hinterziehen, bestanden hat, wäre dieser Gesichtspunkt nicht dem Bereich des § 134 BGB, sondern dem des § 138 Abs. 1 BGB zuzuordnen.	35

bb)	36
Der Vertrag ist indes auch nicht gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Sittenwidrigkeit ist - wie bereits ausgeführt - auf der Grundlage des Vorbringens des Klägers insoweit in Betracht zu ziehen, als mit dem Vertrag eine Steuerhinterziehung hätte bezweckt sein können. Um Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit zu begründen, müßte indes die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrages gewesen sein (vgl. BGHZ Bd. 14, Seite 31). U.a. ist in der Rechtsprechung ein Grundstückskaufvertrag, in dem der Kaufpreis zum Zweck der Steuerhinterziehung zu niedrig angegeben worden ist, nicht als sittenwidrig angesehen worden (vgl. BGH NJW 1966, Seite 588). Daß eine Steuerhinterziehung hier Hauptzweck des Vertrages war, läßt sich nicht feststellen. Hauptzweck war hier die Übereignung der im Vertrag bezeichneten Immobilien gegen Zahlung von 3,2 Mio. DM und nicht eine Steuerhinterziehung. Der Kläger wollte zwar den Veräußerungsgewinn zum Teil der Steuer entziehen. Das war aber keineswegs Hauptzweck des Vertrages.	37
cc)	38
Der Vertrag ist auch nicht gemäß §§ 117 Abs. 1 BGB, 125, 313 BGB nichtig. Schon auf der Grundlage des eigenen Vorbringens des Klägers läßt sich ein Scheingeschäft nicht feststellen. Die 10 Eigentumswohnungen sollten zu einem Gesamtkaufpreis von 3,2 Mio. DM verkauft werden. Das wollten beide Kaufvertragsparteien. Auch die Bewertung der einzelnen Wohnungen ist nicht zum Schein erfolgt. Vielmehr haben beide Kaufvertragsparteien diese Bewertung gewollt, um ein steuerlich günstiges Resultat zu erzielen. Soweit diese Bewertung steuerrechtlich nicht in Ordnung ist, können dem die Finanzbehörden mit § 42 Abgabenordnung begegnen. Das ändert aber nichts daran, daß eine solche Vertragsgestaltung zivilrechtlich von beiden Kaufvertragsparteien übereinstimmend gewollt war.	39
dd)	40
Der Vertrag ist auch nicht gemäß §§ 123, 142 BGB nichtig.	41
Nach dem eigenen richtig gestellten Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz kann bereits nicht angenommen werden, daß eine arglistige Täuschung vorliegt. Eine arglistige Täuschung setzt voraus, daß dem Erklärenden die Unwahrheit seiner Erklärung bewußt ist. Der Kläger hat demgegenüber in der Senatsverhandlung vom 22.11.1999 ausdrücklich erklärt, er sei vor Abschluß des Kaufvertrages selbst nicht über die wahre Baugenehmigungslage informiert gewesen. Vielmehr habe sich ihm die Problematik erst nach Kaufvertragsabschluß, und zwar im Januar 1997 erschlossen.	42
Selbst wenn aber auf seiten des Klägers eine arglistige Täuschung gegeben wäre, würde dies nicht dazu führen, das Fehlen eines Rechtsgrundes zu bejahen. Bisher ist von der Käuferin, der Firma A GmbH, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht erklärt worden. Der Provisionsanspruch bleibt aber grundsätzlich unberührt von der bloßen Anfechtbarkeit des Hauptvertrages (vgl. Staudinger/Reuter a.a.O. §§ 652, 653 Rdn. 83). Eine Anfechtung könnte im übrigen schon deswegen nicht mehr zur Nichtigkeit des Vertrages und damit zum Entfallen des Provisionsanspruches führen, weil die Erhebung der Erfüllungsklage in dem Vorprozeß Landgericht M durch die Käuferin, die Firma A GmbH, sich als eine die Anfechtung ausschließende Bestätigung des möglicherweise anfechtbaren Kaufvertrages gemäß § 144 BGB darstellt. Denn die Erhebung der Erfüllungsklage - wie hier in Kenntnis der Anfechtbarkeit - ist unzweifelhaft als Betätigung eines Bestätigungswillens anzusehen. Was die Berufung dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Richtig ist, daß in der Erhebung einer	43

Wandlungsklage keine Bestätigung nach § 144 BGB zu sehen ist (vgl. BGHZ Bd. 110, Seite 220 ff, 222). Das hängt indes damit zusammen, daß Wandlung und Anfechtung wegen arglistiger Täuschung selbständig nebeneinander stehen und das eine oder andere Recht erst entfällt, wenn eines der beiden Rechte mit Erfolg durchgesetzt worden ist, und Wandlung wie Anfechtung im wirtschaftlichen Ergebnis auf ein ähnliches Ziel ausgerichtet sind. Bei einem auf Erfüllung des Vertrages gerichteten Verlangen ist das indes anders. Stärker als durch das Erfüllungsverlangen in einem Prozeß in Kenntnis des Anfechtungsgrundes kann man nicht zum Ausdruck bringen, daß man nicht anfechten, sondern am Verträge festhalten will.

ee) 44

Der Kaufvertrag vom 18.12.1996 ist auch nicht gemäß §§ 119 Abs. 2, 142 BGB nichtig. Auch wenn in der unzureichenden Baugenehmigungslage ein Sachmangel im Sinne des § 459 BGB zu sehen ist, ist zwar der Anfechtungsgrund aus § 119 Abs. 2 BGB deshalb nicht ausgeschlossen. Denn die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts schließen die Möglichkeit der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB erst ab Gefahrübergang aus, bis dahin bleibt § 119 Abs. 2 BGB anwendbar (vgl. Palandt/Putzo a.a.O. vor § 459 BGB Rdn. 9). Nach § 3 des Kaufvertrages sollte die Gefahr erst mit Eingang des vollständigen Kaufpreises auf dem Notaranderkonto übergehen. Der vollständige Kaufpreis ist dort unstreitig aber nie hinterlegt worden. 45

Auch wenn § 119 Abs. 2 BGB deshalb anwendbar ist, kann indes nicht festgestellt werden, daß der Kaufvertrag nichtig ist. Wie bereits ausgeführt, ist eine Anfechtung des Vertrages bisher nicht erklärt worden. Eine Anfechtung wäre im übrigen gemäß § 144 BGB unter dem Gesichtspunkt der Bestätigung ausgeschlossen. Insofern kann auf die Ausführungen zu dd) verwiesen werden. 46

2. 47

Der im Rechtsstreit verfolgte Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 812 Abs. 1 S. 2 BGB unter dem Gesichtspunkt der nachträglichen Aufhebung des Kaufvertrages. Zwar liegt darin, daß beide Kaufvertragsparteien in dem Vergleich vom 11.06.1997 erklärt haben, daß sie den Vertrag als unwirksam ansehen, eine konkludente Aufhebung des Kaufvertrages. Nachträgliche Aufhebungen des Kaufvertrages berühren indes den Maklerhonoraranspruch grundsätzlich nicht; etwas anderes gilt nur dann, wenn die Aufhebung im Hinblick auf einen Anfechtungsgrund oder möglicherweise unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsabschluß erfolgt (vgl. Senat NJW-RR 1991, Seite 249). 48

a) 49

Eine Aufhebung des Kaufvertrages unter dem Gesichtspunkt eines Anfechtungsgrundes scheidet schon deshalb aus, weil Anfechtungsgründe nicht (mehr) bestanden. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann dieserhalb auf die Ausführungen zu 1. b) dd) und ee) verwiesen werden. 50

b) 51

Auch der Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsabschluß führt hier nicht zum Wegfall des Provisionsanspruches. 52

aa) 53

Verschulden bei Vertragsabschluß kommt auf der Grundlage des eigenen Vorbringens des Klägers nur unter dem tatsächlichen Gesichtspunkt in Betracht, daß der Kläger die Käuferin, die Firma A GmbH, nicht über die wahre Baugenehmigungslage aufgeklärt hat.	54
bb)	55
Der Senat hat in einer früheren Entscheidung den Standpunkt vertreten, daß auch die fahrlässige "Täuschung" unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsabschluß (cic) zum Wegfall des Provisionsanspruches führen kann (vgl. Senat a.a.O.). Es kann offenbleiben, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist. Denn unter den besonderen Umständen des Streitfalles würde auch der Gesichtspunkt der fahrlässigen "Täuschung" nicht zum Wegfall des Provisionsanspruches führen.	56
cc)	57
Soweit die fahrlässige Täuschung mit einem Sachmangel zusammenhängt, ist der Rückgriff auf das Rechtsinstitut des Verschuldens bei Vertragsabschluß nicht möglich, weil die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts als besondere gesetzlichen Regelungen vorgehen (vgl. auch Staudinger/Reuter a.a.O. §§ 652, 653 Rdn. 87 und OLG Oldenburg AIZ 1992 H 11 A 137 Bl. 13). Der Mangel der baubehördlichen Genehmigungsfähigkeit von Teilflächen der verkauften Wohnungseigentumsanlage stellt sich - wie bereits ausgeführt - indes als Sachmangel dar.	58
dd)	59
Der Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsabschluß kann darüber hinaus im Streitfall schon deswegen nicht zum Wegfall des Provisionsanspruches führen, weil dieses Rechtsinstitut mit dem Rechtsschutzziel der Aufhebung des Vertrages keine Anwendung finden kann, wenn ein Anfechtungsgrund wegen Bestätigung ausscheidet. Hat - wie im Streitfall - der möglicherweise anfechtungsberechtigte Käufer den Vertrag in Kenntnis des Anfechtungsgrundes bestätigt, kann nicht auf dem Umweg des ohnehin nur subsidiär anwendbaren Rechtsinstituts des Verschuldens bei Vertragsabschluß der Wegfall des Provisionsanspruches unter dem Gesichtspunkt der Aufhebung des Kaufvertrages begründet werden. Da eine Täuschung des Vertragspartners im Rahmen der Vertragsverhandlungen regelmäßig auch den Tatbestand eines Verschuldens bei Vertragsschluß (cic) erfüllt, würde § 144 BGB weitgehend ausgehebelt, wenn man trotz Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes noch jederzeit Rückgängigmachung des Vertrages verlangen könnte.	60
c)	61
Soweit die Anwendung einer vorsätzlichen cic in Bezug auf Sachmängel nicht ausgeschlossen ist (vgl. BGH NJW 1992, Seite 2564), führt auch diese Erwägung nicht zum Wegfall des Provisionsanspruches. Denn von einer vorsätzlichen Täuschung kann auf der Grundlage des im Senatstermin richtiggestellten eigenen Vorbringens des Klägers nicht ausgegangen werden, weil er selber über die wahre Baugenehmigungslage nicht informiert war. Im übrigen wäre der Rückgriff auf cic aus den unter b), dd) genannten Gesichtspunkten ebenfalls ausgeschlossen.	62
d)	63
Ein Wegfall des Provisionsanspruches kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Fehlens der Geschäftsgrundlage angenommen werden. Da nach dem richtiggestellten Vorbringen des	64

Klägers offenbar beide Kaufvertragsparteien sich über die wahre Baugenehmigungslage im Irrtum befanden, könnte man allerdings in Erwägung ziehen, daß über das Rechtsinstitut des Fehlens der Geschäftsgrundlage der Provisionsanspruch entfallen könnte. Ob das Fehlen der Geschäftsgrundlage aus Rechtsgründen zum Wegfall des Provisionsanspruches führt, ist indes höchst zweifelhaft (vgl. Staudinger/Reuter a.a.O. §§ 652, 653 Rdn. 102). Die Frage bedarf indes keiner abschließenden Entscheidung.	
aa)	65
Das Rechtsinstitut des Fehlens der Geschäftsgrundlage dürfte schon deshalb nicht anwendbar sein, weil sich die eingeschränkte Nutzbarkeit der verkauften Wohnflächen als Sachmangel darstellt, so daß die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften den Weg in das Rechtsinstitut des Fehlens der Geschäftsgrundlage sperren.	66
bb)	67
Im übrigen liegen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des Fehlens der Geschäftsgrundlage nicht vor. Denn die Frage der Verwendbarkeit der gekauften Sache fällt allein in den Risikobereich des Käufers.	68
cc)	69
Schließlich ist auf der Grundlage des eigenen Vorbringens des Klägers nicht anzunehmen, daß der Käuferin, der Firma A GmbH, ein Festhalten am Kaufvertrage unzumutbar war. Für die Frage der Zumutbarkeit ist in diesem Zusammenhang zunächst von Bedeutung, daß die Käuferin, die sich arglistig getäuscht wähnte, von ihrem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat, sondern den Vertrag gemäß § 144 bestätigt hat. Auch insofern würde § 144 BGB ausgehebelt, wenn man unter dem Gesichtspunkt des Fehlens der Geschäftsgrundlage weiterhin die Rückgängigmachung des Vertrages verlangen könnte. Im übrigen hat der Kläger im Senatstermin vom 22.11.1999 selbst erklärt, daß das Bauordnungsamt der Stadt M es nunmehr hinnimmt, daß die vermieteten Wohnflächen entsprechend der bisherigen Nutzung weiterhin genutzt werden können, obwohl die tatsächliche Benutzung teilweise durch die erteilten Baugenehmigungen nicht gedeckt ist. Wenn das Bauordnungsamt die tatsächliche Lage so hinnimmt, kann keinesfalls angenommen werden, daß ein Festhalten am Vertrage unzumutbar wäre.	70
3.	71
Weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.	72
Die Berufung ist deshalb mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.	73
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit rechtfertigt sich gemäß § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.	74