

§ 444 BGB

Arglistig verschwiegener Sachmangel führt auch bei Nichtursächlichkeit zur Unwirksamkeit des Ausschlusses der Gewährleistung

BGH, Urt. v. 15.07.2011 – V ZR 171/10

Fall

Mit notariellem Vertrag vom 23.11.2007 erwarben die Kläger von dem Beklagten eine Eigentumswohnung unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel. Die Wohnung befindet sich in einem ehemaligen Brennereigebäude, das zuvor nicht zu Wohnzwecken genutzt wurde und noch unrenoviert ist. Eine durch den Beklagten selbst übernommene Baulast sichert öffentlich-rechtliche Veränderungsbeschränkungen hinsichtlich des Gestaltwerts des Gebäudes, dem eine das Bild der Kulturlandschaft prägende Bedeutung zukommt (§ 35 Abs. 4 Nr. 4 BauGB). Auch der Vertreter des Beklagten bei den Vertragsverhandlungen, ein Immobilienkaufmann, hatte hiervon Kenntnis. Im Gegensatz zu vier anderen Baulasten wird diese Baulast in dem Kaufvertrag nicht erwähnt. Die Baugenehmigungsbehörde ist nicht zum Verzicht auf diese Baulast bereit.

Wegen der nicht erwähnten Baulast erklärten die Kläger den Rücktritt von dem Kaufvertrag. Der Beklagte weist demgegenüber zutreffend darauf hin, dass die Kläger bei Vertragsschluss eine Bauveränderung nicht planten und den Vertrag in Kenntnis der Baulast ebenfalls geschlossen hätten.

Die Kläger beantragen Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübereignung der Eigentumswohnung, Erstattung von Nebenkosten und vorgerichtlichen Anwaltskosten.

Entscheidung

I. Ein Anspruch der Kläger gegen den Beklagten auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübereignung der Eigentumswohnung kann sich aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346, 348 BGB ergeben.

1. Die Parteien haben am 23.11.2007 einen notariellen Kaufvertrag über die Eigentumswohnung geschlossen. Das Formerfordernis aus § 4 Abs. 3 WEG i.V.m. § 311 b Abs. 1 BGB wurde gewahrt.

2. Die Eigentumswohnung müsste bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen sein. Als Mangel kommt die Baulast mit der Veränderungsbeschränkung in Betracht.

a) Die Eigentumswohnung ist mangelhaft gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn sie bei Gefahrübergang nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Zur Beschaffenheit gehören die physischen Merkmale einer Sache und zumindest die Umweltbeziehungen, die einen qualifizierten Sachbezug haben, weil sie an physische Merkmale anknüpfen (vgl. RÜ 2011, 76 f.). Eine Baulast mit einer Veränderungsbeschränkung wegen des Gestaltwerts des Gebäudes knüpft an die physischen Merkmale an und gehört damit zu der Beschaffenheit eines Grundstücks oder – wie hier – einer Eigentumswohnung. Die Parteien haben aber das Nichtvorhandensein dieser Baulast nicht vereinbart und damit keine Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB getroffen.

Leitsatz

Auch wenn ein arglistig verschwiegener Sachmangel für den Willensentschluss des Käufers nicht ursächlich war, ist dem Verkäufer die Berufung auf den vereinbarten Haftungsausschluss gemäß § 444 BGB verwehrt.

Nach ganz h.M. kann der Käufer mit einem Schadensersatzanspruchs statt der Leistung auch die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen.

Dies haben die Kläger aber nicht geltend gemacht. Sie sind zurückgetreten und machen zusätzlich Schadensersatz nach der Differenzmethode geltend. Deswegen ist hier mit der Prüfung des Rücktritts zu beginnen.

b) Die Wohnung ist gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB mangelhaft, wenn sie sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet. Im Vertrag ist aber keine Verwendung vorausgesetzt, der die streitige Baulast entgegensteht.

c) Veränderungen des Gestaltwerts, die durch die Baulast verboten werden, gehören nicht zur gewöhnlichen Verwendung einer Eigentumswohnung, sodass auch kein Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 1. Alt. BGB vorliegt.

d) Die Eigentumswohnung kann einen Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt. BGB aufweisen. Dann müsste sie nicht die Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen gleicher Art üblich ist. Mit dem erworbenen Eigentum kann der Käufer eines Grundstücks oder einer Eigentumswohnung üblicherweise nach seinem Belieben verfahren ohne dass Baubeschränkungen bestehen. Dies wird durch die Baulast eingeschränkt, sodass ein Mangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt. BGB vorliegt.

„[5] 1. Für das Revisionsverfahren ist zu unterstellen, dass der Beklagte die Kläger über die durch die Baulast gesicherte Baubeschränkung nicht aufgeklärt hat und diese nicht als Beschaffenheit der Eigentumswohnung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vereinbart worden ist. Inhalt der Baulast ist die Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers, das Gebäude entsprechend dem gestellten Bauantrag umzubauen, künftig seinen Gestaltwert in der dann bestehenden Form zu unterhalten und alle weiteren Baumaßnahmen in Abstimmung mit der Baubehörde so zu planen, dass der Gestaltwert für die Kulturlandschaft nicht beeinträchtigt wird. Eine solche Baubeschränkung stellt – wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend annimmt – einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB dar (...).“

3. Grundsätzlich muss der Käufer dem Verkäufer gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB eine Frist zur Nacherfüllung setzen. Die Kläger haben dem Beklagten keine Frist gesetzt.

Die Fristsetzung ist gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB entbehrlich, wenn dem Beklagten die Nacherfüllung unmöglich ist. Eine Nachlieferung scheidet beim Kauf einer Eigentumswohnung aus. Auch eine Mängelbeseitigung ist nicht möglich, da die Baugenehmigungsbehörde nicht auf die Baulast verzichtet. Die Fristsetzung war gemäß § 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB entbehrlich.

4. Im Kaufvertrag haben die Parteien die Gewährleistung für Sachmängel ausgeschlossen. Der Gewährleistungsausschluss ist gemäß § 444 BGB unwirksam, wenn der Beklagten den Mangel arglistig verschwiegen hat.

a) Der Beklagte hat die Kläger über die streitige Baulast nicht aufgeklärt. Ein Unterlassen ist nur relevant, wenn eine Pflicht zur Aufklärung bestand.

„[7] a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht auch bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und daher für den Entschluss eines verständigen Käufers von wesentlicher Bedeutung sind, sofern eine Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwartet werden kann. Für den Kauf eines Hausgrundstücks hat der Senat eine Pflicht zur Offenbarung verborgener wesentlicher Mängel angenommen (...).“

[8] b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt ein solcher wesentlicher Mangel auch dann vor, wenn der Käufer – wie hier – den Vertrag in Kenntnis des Mangels ebenfalls geschlossen hätte und dieser damit nicht ursächlich für seinen Kaufentschluss geworden ist. Ob ein Mangel so wesentlich ist, dass er ungefragt offenbart werden muss, kann, wie die Revision zu Recht geltend macht, nicht

aus der Sicht des jeweiligen Käufers bestimmt werden. Klärt der Verkäufer über einen objektiv wesentlichen Sachmangel nicht auf, kann er nämlich nicht wissen, ob dieser für die Kaufentscheidung seines Vertragspartners bedeutsam ist oder nicht. Maßgeblich ist allein, ob ein verständiger Verkäufer damit rechnen muss, dass der verschwiegene Mangel Einfluss auf die Entscheidung des Käufers hat. Dann ist der Mangel unabhängig von seinem tatsächlichen Einfluss auf den Kaufentschluss wesentlich und der Verkäufer zur Offenbarung verpflichtet. So liegt es hier. Nach der Verkehrsanschauung kann kein Zweifel daran bestehen, dass die durch die Baulast gesicherte Baubeschränkung angesichts des unrenovierten, nach Nutzungsänderung noch umzubauenden und zudem in Wohnungseigentum aufgeteilten Haus einen wesentlichen Mangel darstellt. Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Kläger – wie sie erst in zweiter Instanz vorgetragen haben – im Laufe der Vertragsverhandlungen konkret eine durch die Baulast ausgeschlossene Außengestaltung des Gebäudes thematisiert haben. Dann hätte erst recht eine Aufklärung erfolgen müssen, weil Fragen unabhängig von der Erheblichkeit des Mangels stets vollständig und wahrheitsgemäß zu beantworten sind (...). ...“

Der Beklagte war zur Aufklärung über das Bestehen der Baulast verpflichtet.

b) Subjektiv erfordert die Arglist, dass der Verkäufer den Mangel kennt oder zumindest für möglich hält. Der Vertreter des Beklagten kannte den Mangel. Der Beklagte muss sich diese Kenntnis gemäß § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Selbst wenn der Vertreter der Beklagten gewusst hätte, dass bei Vertragschluss das Nichtbestehen der Baulast für die Kläger nicht kaufentscheidend und damit nicht kausal war, würde dies die Arglist nicht entfallen lassen.

„[8] ... Ebenso rechtsfehlerhaft ist die Annahme des Berufungsgerichts, wegen der dem Beklagten unbekanntem fehlenden Kausalität fehle es an den subjektiven Voraussetzungen der Arglist.“

Der Beklagte hat den Mangel arglistig verschwiegen.

c) Fraglich ist, ob ein Haftungsausschluss auch dann gemäß § 444 BGB unwirksam ist, wenn der Mangel, über den getäuscht wurde, für den Kaufentschluss nicht bedeutsam und damit nicht ursächlich war.

„[10] a) Die seitens des Berufungsgerichts festgestellte fehlende Ursächlichkeit des Mangels für den Kaufentschluss schließt die geltend gemachten Ansprüche nicht aus. Ob sich ein Verkäufer auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen kann, wenn ein arglistig verschwiegener Mangel ohne Einfluss auf den Willensentschluss seines Vertragspartners war, ist für § 444 BGB in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung höchstrichterlich allerdings noch nicht entschieden worden.“

[11] aa) Während das Reichsgericht Kausalitätsfragen im Gewährleistungsrecht allgemein für unerheblich hielt (RG WarnR 1933 Nr. 193; ...), hat der Senat für § 463 Satz 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung angenommen, dass die von dem Verkäufer zu beweisende fehlende Kausalität den Anspruch ausschließt. So differenziert das Urteil des Senats vom 30. April 2003, auf das sich das Berufungsgericht gestützt hat, zwischen der arglistigen Täuschung, für die es die Beweislast bei dem Käufer sieht, und der von dem Verkäufer zu beweisenden fehlenden Ursächlichkeit der Täuschung für den Willensentschluss (V ZR 100/02, NJW 2003, 2380, 2381; ...). In der Literatur war die Frage umstritten. Teils wurde vertreten, dass die fehlende Kausalität einen Schadensersatzanspruch gemäß § 463 S. 2 BGB a.F. ausschließe (...).

[12] bb) Für § 444 BGB in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung wird – soweit zu dieser Frage überhaupt Stellung bezogen wird – überwiegend angenommen, dass die Arglist nicht ursächlich für den Vertragsschluss gewesen sein muss.

[13] cc) Richtigerweise ist die Ursächlichkeit der Arglist für den Kaufentschluss unerheblich. Anders als in § 123 Abs. 1 BGB („zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung ... bestimmt“) findet die Kausalität in dem Wortlaut des § 444 BGB keine Erwähnung („kann sich der Verkäufer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen ... hat“). Ein Kausalitätserfordernis wäre im Recht der Sachmängelhaftung systemwidrig. Während die Anfechtbarkeit im Falle einer arglistigen Täuschung die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit schützt (BGH, Urteil vom 24. Oktober 1968 – II ZR 214/66, BGHZ 51, 141, 147), sind Ansprüche aus Sachmängelhaftung an eine Verletzung der in § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB normierten Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache geknüpft. Sie setzen grundsätzlich nicht voraus, dass der Mangel die Kaufentscheidung beeinflusst hat. Während das arglistige Verhalten des Verkäufers nach § 463 Satz 2 BGB a.F. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch war, ist die Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache seit der Reform des Schuldrechts Teil des Erfüllungsanspruchs, § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein Schadensersatzanspruch ist gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 Satz 2, § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB auch bei einer fahrlässig verschuldeten mangelhaften Lieferung gegeben. Das arglistige Verhalten des Verkäufers ist in diesem Zusammenhang nur noch im Rahmen von § 444 BGB von Bedeutung. Diese Vorschrift soll den Käufer allein vor einer unredlichen Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung schützen. Eine solche unredliche Freizeichnung ist gegeben, wenn der Verkäufer arglistig handelt. Weitere Voraussetzungen enthält § 444 BGB nicht.“

Der Gewährleistungsausschluss ist gemäß § 444 BGB unwirksam.

5. Die Kläger haben gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübertragung der Eigentumswohnung aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346, 348 BGB.

II. Ein Anspruch auf Erstattung der Nebenkosten und vorgerichtlichen Anwaltskosten kann sich aus **§§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 BGB** ergeben.

1. Gemäß § 325 BGB schließt der Rücktritt den Schadensersatzanspruch nicht aus. Der Gläubiger kann – wie hier – nach einem Rücktritt die Gegenleistung zurückverlangen und Schadensersatz nach der Differenzmethode fordern (Palandt/Grüneberg, 70. Aufl. 2011, § 281 Rdnr. 22).

2. Der Beklagte hat den Klägern eine mangelhafte Eigentumswohnung übertragen. Die Nacherfüllung war schon bei Vertragsschluss unmöglich und der Gewährleistungsausschluss ist gemäß § 444 BGB unwirksam.

3. Der Schadensersatzanspruch besteht gemäß § 311 a Abs. 2, S. 2 BGB nicht, wenn der Beklagte das Leistungshindernis nicht kannte und seine Unkenntnis nicht zu vertreten hat. Der Beklagte hatte die Baulast selbst übernommen. Er kannte das Leistungshindernis.

4. Der Beklagte ist zum **Schadensersatz statt der Leistung** verpflichtet. Schäden sind unfreiwillige Vermögensopfer. Die geltend gemachten Nebenkosten sind freiwillige Vermögensopfer und damit Aufwendungen, die nicht mit einem Schadensersatzanspruch ersetzt werden.

Ob die vorgerichtlichen Anwaltskosten mit einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung ersatzfähig sind, ist umstritten.

a) In der Lit. wird vertreten, mit einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung seien nur die Schäden zu ersetzen, die allein darauf zurückzuführen sind, dass die Leistung endgültig nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht wird (Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 18. Aufl., Rdnr. 352). Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung decke bei gegenseitigen Verträgen nur das Äquivalenzinteresse ab. Die vorgerichtlichen Anwaltskosten beruhen nicht auf

Im Urteil des Berufungsgerichts fehlt die Feststellung, dass die Baulast nicht beseitigt werden kann. Im Urteil des BGH ist daher von einem Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 281 BGB die Rede. Das Gericht führt aber auch aus, es sei „nicht ersichtlich, dass der Beklagte die Baulast beseitigen könnte“ (Rdnr. 14).

Nach früher (vor der Schuldrechtsreform 2002) ganz h.M. konnten Aufwendungen mit einem Schadensersatzanspruch ersetzt werden, wenn sie rentabel gewesen wären. Für Aufwendungen zur Erlangung der Gegenleistung wurde die Rentabilität vermutet. Der BGH geht auf diese Ansicht nicht ein. Weil die Nebenkosten hier auch nicht weiter konkretisiert sind, ist die Rentabilitätsprüfung nicht in die Falllösung übernommen worden.

dem endgültigen Wegfall der Leistung und betreffen nicht das Äquivalenzinteresse. Nach dieser Ansicht können die Anwaltskosten als Verzögerungsschäden gemäß §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 BGB unter den Voraussetzungen des Verzugs oder als sonstige Schäden gemäß § 280 Abs. 1 BGB ersetzt werden. Dabei wäre zu beachten, dass der Beklagte mit der mangelfreien Leistung nicht in Verzug geraten kann, weil diese unmöglich ist. Mit der Rückzahlung des Kaufpreises kann der Beklagte erst nach dem Rücktritt und einer Mahnung in Verzug geraten sein.

b) Nach der Rspr. und h.M. erfolgt die Schadensberechnung bei einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung durch einen **Gesamtvermögensvergleich**. Es ist darzulegen, wie sich die Vermögenslage bei vertragsgemäßigem Verhalten entwickelt hätte und wie sie sich entwickelt hat (BGH, Urt. v. 11.02.2009 – VIII ZR 328/07, Rdnr. 20, JZ 2010, 44, RÜ 2009, 280; Palandt/Grüneberg a.a.O., § 281 Rdnr. 25). Sämtliche Vor- und Nachteile des nicht erfüllten Vertrags sind zu saldieren.

c) Für die letztgenannte Ansicht spricht, dass nach allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts alle Schäden zu ersetzen sind, die auf einem schädigenden Ereignis kausal und zurechenbar beruhen. Es war ein Ziel der Schuldrechtsreform, Schadenskategorien wie den unmittelbaren und den mittelbaren Mangelfolgeschaden abzuschaffen, weil die Einteilung im Einzelfall nur ergebnisorientiert vorzunehmen war. Die vorgerichtlichen Anwaltskosten sind mit dem Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 BGB zu ersetzen.

Die Kläger haben daher gegen den Beklagten einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 BGB auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten.

III. Ein Anspruch auf Ersatz der Nebenkosten kann sich aus §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 S. 1, 284 BGB ergeben.

1. Der Anspruch besteht nach „Wahl“ des Gläubigers neben einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung. Dies bedeutet zunächst, dass der Aufwendungsersatzanspruch die gleichen Voraussetzungen hat wie der Schadensersatzanspruch statt der Leistung. Diese sind vorliegend gegeben.

2. Das Wahlrecht könnte auch bedeuten, dass der Gläubiger nur Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz verlangen kann. Die Kläger müssten sich dann entscheiden, ob sie die vorgerichtlichen Anwaltskosten oder die Nebenkosten ersetzt verlangen, könnten aber nicht beides beanspruchen. Die Alternativität bezieht sich aber nur auf die jeweilige einzelne Schadensposition. „Bezweckt wird mit dieser Alternativstellung, dass der Geschädigte wegen ein- und desselben Vermögensnachteils nicht sowohl Schadensersatz statt der Leistung als auch Aufwendungsersatz und damit doppelte Kompensation verlangen kann“ (BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 271/04, Rdnr. 16, BGHZ 163, 381). Da die Nebenkosten nicht mit dem Schadensersatzanspruch verlangt werden, können die Kläger sie als Aufwendungsersatz geltend machen.

3. Die Kläger haben die Nebenkosten im Vertrauen darauf gemacht, dass sie die Eigentumswohnung behalten.

Sie können diese Kosten von dem Beklagten als Aufwendungsersatz gemäß § 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 S. 1, 284 BGB verlangen.

Bei dem Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB ist umstritten, auf welchen Zeitpunkt für die Schadensberechnung abzustellen ist, den der mangelhaften Lieferung, der Fristsetzung oder den der Geltendmachung des Anspruchs (§ 281 Abs. 4 BGB). Für den Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 BGB spielt dieser Streit keine Rolle. Es kann nur auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses abgestellt werden.