

§ 444 BGB

Arglistiges Verschweigen eines Sachmangels durch einen von mehreren Verkäufern

BGH, Urt. v. 08.04.2016 – V ZR 150/15

Fall

Mit notariellem Kaufvertrag vom 22.06.2009 erwarben die Kläger (im Folgenden: K) von den Beklagten (im Folgenden: B), die zu dieser Zeit die Scheidung ihrer Ehe betrieben, unter Ausschluss der Sachmängelhaftung ein mit einem Wohnhaus bebautes Hanggrundstück. Die Vertragsverhandlungen einschließlich der Besichtigungen hatte auf Verkäuferseite die Ehefrau (im Folgenden: B 2) geführt. Für deren Ehemann (im Folgenden: B 1), der sich zu dieser Zeit in stationärer psychiatrischer Behandlung befand, handelte bei Abschluss des notariellen Kaufvertrags ein vollmachtloser Vertreter. Am 17.07.2009 genehmigte der psychisch gesunde und voll geschäftsfähig B 1 den Vertragsschluss.

Die an der seitlichen Grundstücksgrenze befindliche Winkelstützmauer, die der Sicherung des Erdreichs dient, war von B 1 in Eigenleistung errichtet worden. Sie weist nicht die erforderliche Standsicherheit auf und muss saniert werden. Grund hierfür ist, dass B 1 statt der in der statischen Berechnung vorgesehenen L-Steine mit einer Höhe von 4,80 Meter solche mit einer Höhe von nur 1,80 m bis 2,00 m verwendete. Dem B 1 war dabei bewusst, dass die von ihm selbst vorgenommene Ausführung nicht den statischen Vorgaben entsprach. B 2 kannte diesen Umstand nicht.

Die K verlangen von den B Schadensersatz wegen der schadhafte Mauer in Höhe derjenigen Kosten, die für die Herstellung einer ordnungsgemäßen Winkelstützmauer anfallen, nachdem die B eine von ihnen gesetzte Frist zur Nacherfüllung fruchtlos haben verstreichen lassen.

Zu Recht?

Bearbeiterhinweis: Der Sachverhalt wurde leicht vereinfacht und ergänzt. Zur Anspruchshöhe ist nicht Stellung zu nehmen. Es ist davon auszugehen, dass die K den Kaufpreis für das Grundstück bereits an die B gezahlt haben und die Errichtung einer Winkelstützmauer, die das Erdreich des Hanggrundstücks ordnungsgemäß sichert, möglich ist und keine unverhältnismäßigen Kosten auslöst.

Lösung

I. Der von den K gegen die B geltend gemachte Anspruch könnte sich aus den **§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB** ergeben.

1. Zwischen den K und den B bestand ein notariell beurkundeter, von dem voll geschäftsfähigen B 1 genehmigter und damit **wirksamer Kaufvertrag** über das Hanggrundstück.

2. Die fehlende Standsicherheit der Winkelstützmauer stellt einen **Sachmangel** des Grundstücks i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB dar. Dieser Sachmangel lag bei Übergabe der Kaufsache und damit **bei Gefahrübergang** vor, §§ 434 Abs. 1 S. 1, 446 S. 1 BGB.

3. Die K hatten gegen die B einen **fälligen und durchsetzbaren Nacherfüllungsanspruch**. Da die K den Kaufpreis für das Grundstück bereits an die B gezahlt haben, steht der Durchsetzbarkeit des Nacherfüllungsanspruchs insbesondere nicht die Einrede nach § 320 BGB entgegen.

Leitsatz

Verschweigt einer von mehreren Verkäufern einen Mangel der Kaufsache arglistig, können sich sämtliche Verkäufer gemäß § 444 Alt. 1 BGB nicht auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen.

SE statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB:

1. Wirksamer Kaufvertrag
2. Sach- oder Rechtsmangel im relevanten Zeitpunkt
3. Fälliger und durchsetzbarer Nacherfüllungsanspruch
4. Erfolgsloser Fristablauf oder Entbehrlichkeit der Fristsetzung
5. Keine Exkulpation, § 280 Abs. 1 BGB
6. Kein Ausschluss der Gewährleistung
7. Ersatzfähiger Schaden

Gewährleistungsausschlüsse können rechtsgeschäftlich begründet oder gesetzlich angeordnet sein. Examensrelevant sind folgende Ausschlusstatbestände:

1. Individualvertraglicher Gewährleistungsausschluss, § 444 BGB
2. Gewährleistungsausschluss durch AGB
3. Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers, § 442 Abs. 1 BGB
4. Verlust der Gewährleistungsrechte gemäß § 377 HGB
5. Eigene Vertragsuntreue des Käufers, § 242 BGB

Beachte: Da die Genehmigung durch den B 1 Wirksamkeitsvoraussetzung für den Kaufvertragsschluss war und dementsprechend auch der Haftungsausschluss erst mit dem wirksamen Zustandekommen des Kaufvertrages Wirkung entfalten konnte, kommt es für das arglistige Verschweigen i.S.v. § 444 Alt. 1 BGB – trotz der Rückwirkung gemäß § 184 Abs. 1 BGB – auf den Zeitpunkt der Genehmigungserklärung an.

Wortlaut des § 476 BGB a.F.:

„Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.“

4. Die K haben den B eine angemessene **Frist zu Nacherfüllung** gesetzt. Diese Frist ist **fruchtlos verstrichen**.

5. Die B haben sich **weder bezüglich der mangelhaften Leistung noch der ausgebliebenen Nacherfüllung exkulpiert**, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

Ob das Vertretenmüssen beim Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB auf die Lieferung der mangelhaften Sache (so der BGH in der vorliegenden Entscheidung unter Rn. 7) oder auf die Nichtleistung bei Ablauf der Nachfrist bzw. bei Eintritt des Umstandes, aus dem sich deren Entbehrlichkeit ergibt, zu beziehen ist, kann folglich dahinstehen.

6. Der Kaufvertrag vom 22.06.2009 sieht einen individualvertraglich vereinbarten **Ausschluss der Sachmängelhaftung** vor.

Hierauf können sich die B gemäß **§ 444 Alt. 1 BGB** jedoch nicht berufen, wenn sie den **Mangel arglistig verschwiegen** haben.

Ein arglistiges Verschweigen im Sinne dieser Vorschrift erfordert, dass der Verkäufer bei Abschluss der Vereinbarung über den Haftungsausschluss den Mangel kannte oder zumindest mit der Möglichkeit seines Bestehens rechnete und zudem wusste oder wenigstens damit rechnete, dass der Käufer den Mangel nicht kannte. Voraussetzung ist zudem, dass ein verständiger Käufer damit rechnen muss, dass der verschwiegene Mangel Einfluss auf die Entscheidung des Käufers hat (Hk-BGB/Saenger, 8. Aufl. 2014, § 444 Rn. 5).

Nach diesen Maßstäben verschwiegen lediglich der B 1, nicht aber die B 2 den Mangel arglistig. Dem B 1 ist bekannt gewesen, dass die von ihm selbst vorgenommene Ausführung nicht den statischen Vorgaben entsprach. Er hat den Sachmangel dennoch nicht offenbart und diesen daher arglistig i.S.v. § 444 Alt. 1 BGB verschwiegen. Jedenfalls im Zeitpunkt der Genehmigung des Vertragsschlusses ist der B 1 psychisch auch in der Lage gewesen, seiner Aufklärungspflicht nachzukommen. Hierzu ist er trotz der bereits eingetretenen vertraglichen Bindung der K gemäß § 242 BGB verpflichtet gewesen. Der B 2 ist die fehlende Standsicherheit der Winkelstützmauer hingegen nicht bekannt gewesen. Dementsprechend hat sie den Mangel des Grundstücks nicht verschwiegen.

Infolgedessen kommt es entscheidend darauf an, ob sich ein Verkäufer gemäß § 444 Alt. 1 BGB auf einen Haftungsausschluss berufen kann, wenn sein Mitverkäufer – wie hier – einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Diese Frage ist umstritten.

a) Nach der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung des BGB war geklärt, welche Rechte dem Käufer zustanden, wenn einer von mehreren Verkäufern einen Sachmangel arglistig verschwiegen hatte.

Nach **§ 476 BGB a.F.** war eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wurde, nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen.

„[10] ... Handelte einer von mehreren Verkäufern arglistig, war der Gewährleistungsausschluss insgesamt nichtig (...). Die Nichtigkeit des Gewährleistungsausschlusses im Verhältnis zu dem arglistigen Verkäufer erstreckte sich nämlich gemäß § 139 BGB im Zweifel auf die anderen Verkäufer (...). Abgesehen davon fand § 139 BGB keine Anwendung, so dass der Vertrag trotz der Nichtigkeit des Gewährleistungsausschlusses im Übrigen wirksam war (...). Deshalb konnte der Käufer unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 459, 460 BGB aF von sämtlichen Verkäufern gemäß § 462 BGB aF Wandelung oder Minderung verlangen.“

Anders lag es bei dem Anspruch auf Schadensersatz.

„[11] ... Dieser stand dem Käufer – abgesehen von dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 Satz 1 BGB aF) – nur zu, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hatte (§ 463 Satz 2 BGB aF). Da die Arglist insoweit anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal war, musste der selbst nicht arglistig handelnde Verkäufer nur dann Schadensersatz leisten, wenn er für die Arglist des Mitverkäufers haftete. Dies kam in Betracht, wenn sich aus besonderen Umständen ergab, dass er die Haftung für die Arglist des Mitverkäufers rechtsgeschäftlich übernommen hatte, oder wenn die Voraussetzungen der Stellvertretung vorlagen (...).“

b) Nunmehr bestimmt **§ 444 Alt. 1 BGB**, dass sich der Verkäufer auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen kann, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen hat. Es besteht keine Einigkeit darüber, wie die Vorschrift im Hinblick auf eine Verkäufermehrheit zu verstehen ist.

aa) Teilweise wird die Auffassung vertreten, dem nicht arglistig handelnden Verkäufer sei die Berufung auf den Haftungsausschluss nur dann verwehrt, wenn er sich das arglistige Handeln seines Mitverkäufers gemäß § 166 BGB zurechnen lassen muss. Der Käufer werde ausreichend geschützt, weil er von dem arglistig Handelnden Schadensersatz verlangen könne (BeckOK-BGB/Faust, Stand: 01.08.2014, § 444 Rn. 17; Erman/Grunewald, BGB, 14. Aufl. 2014, § 444 Rn. 10; BeckOGK-BGB/Stöber, Stand: 04.01.2016, § 444 Rn. 48; MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 444 Rn. 12). Der Sache nach wird hiermit die frühere Rspr. zu § 463 S. 2 BGB a.F. fortgeführt.

bb) Die Gegenauffassung überträgt die Rspr. zu § 476 BGB a.F. auf das neue Recht, indem allen Verkäufern die Berufung auf den Haftungsausschluss verwehrt wird (OLG Brandenburg, Urt. v. 14.11.2013 – 5 U 6/11, Rn. 31 f. (juris); Grziwotz IMR 2015, 468; jurisPK/Pammler, Stand: 13.03.2015, § 444 Rn. 31; HKBGB/Saenger, 8. Aufl. 2014, § 444 Rn. 5).

cc) Der **BGH** hält die zuletzt genannte Ansicht für richtig. Verschweigt einer von mehreren Verkäufern einen Mangel der Kaufsache arglistig, können sich danach sämtliche Verkäufer gemäß § 444 Alt. 1 BGB nicht auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen.

(1) Die frühere Rechtslage lasse sich wegen der **geänderten Konzeption des Schuldrechts** nicht unverändert fortschreiben lässt.

„[16] ... Verwehrt man – wie es der Senat für richtig hält – in dieser Fallkonstellation allen Verkäufern die Berufung auf den Haftungsausschluss, wird nämlich die Haftung des nicht arglistig Handelnden gegenüber dem früheren Recht erweitert. Während das arglistige Verhalten des Verkäufers nach § 463 Satz 2 BGB aF 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** (...). Die Haftung des Verkäufers ist durch die Einführung einer allgemeinen Schadensersatzpflicht gezielt verschärft worden (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 226). Da es für die Begründung der Schadensersatzpflicht keiner Zurechnung von Arglist mehr bedarf, betrifft die Zulässigkeit der Berufung auf den Haftungsausschluss nicht den ... Grundsatz der Einzelwirkung gemäß § 425 BGB. Das für die Schadensersatzpflicht nunmehr erforderliche Verschulden im Sinne von § 276 BGB muss – wie in § 425 BGB vorgesehen – bei jedem einzelnen Verkäufer vorliegen, um dessen Haftung zu begründen.“

Beachte: Auf den in § 425 BGB für die Gesamtschuld niedergelegten Grundsatz der Einzelwirkung hatte sich im vorliegenden Fall das OLG Saarbrücken zur Begründung der Gegenauffassung gestützt.

Hinweis zum Aufbau: Die vorstehenden Überlegungen zur geänderten Gesetzeskonzeption könnten auch inzident bei der Auslegung des § 444 Alt. 1 BGB als historische Gesetzesauslegung dargestellt werden. Der hier gewählte Aufbau orientiert sich an demjenigen, den der BGH gewählt hat.

(2) Maßgeblich für die Frage, ob sich der nicht arglistig handelnde Verkäufer auf den Haftungsausschluss berufen darf, sei daher allein die **Auslegung von § 444 Alt. 1 BGB**.

(a) Der **Wortlaut** dieser Norm ist insoweit nicht eindeutig, als die Arglist nicht mehr zur Nichtigkeit, sondern dazu führt, dass der Verkäufer sich auf den Haftungsausschluss nicht berufen kann.

„[18] ... Dies lässt sich so verstehen, dass § 444 Alt. 1 BGB bei einer Verkäufermehrheit jeweils ein individuelles Fehlverhalten voraussetzt, die Arglist also bei jedem einzelnen Verkäufer vorliegen muss. Da die Bestimmung aber nicht regelt, wie eine Mehrzahl von Verkäufern zu behandeln ist, lässt sich ihr Wortlaut auch so deuten, dass der ‚Verkäuferseite‘ die Berufung auf den Haftungsausschluss verwehrt ist; dies entspricht der zuvor nach § 476 BGB aF angeordneten, den Gewährleistungsausschluss in aller Regel insgesamt erfassenden Nichtigkeit.“

(b) Für das zuletzt genannte Verständnis von § 444 Alt. 1 BGB spricht nach Auffassung des BGH zunächst eine **historische Gesetzesauslegung**.

„[20] Die in § 476 BGB aF geregelte und regelmäßig zu Lasten aller Verkäufer wirkende Nichtigkeitsfolge wurde (nur) deshalb nicht in das neue Recht übernommen, weil klargestellt werden sollte, dass die Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses keinesfalls zur Unwirksamkeit des gesamten Kaufvertrags führe (BT-Drucks. 14/6040 S. 240). Dies entsprach – wie oben ausgeführt – bereits vor der Reform einhelliger Ansicht. Abgesehen von der insoweit gewünschten Klarstellung hat der Gesetzgeber die in § 476 BGB aF enthaltene Regelung bezüglich der Arglist unverändert in § 444 BGB übernommen; weitere Rechtsänderungen hat er hierbei nicht erwogen.“

(c) Entscheidend für die vom BGH vertretene Auffassung sprächen zudem **Systematik sowie Sinn und Zweck des Gesetzes**. Die Gegenauffassung würde die Rechte des Käufers in erheblichem Maße beschränken.

„[21] ... Nach altem Recht bestand ... das Recht zur Wandelung oder Minderung gegenüber allen Verkäufern, wenn der Gewährleistungsausschluss aufgrund der Arglist eines Verkäufers insgesamt nichtig war. Hiervon wiche das neue Recht ab, wenn der Käufer nunmehr im Grundsatz den Arglistnachweis gegenüber allen Verkäufern führen müsste, um einen Rücktritt oder die Minderung (die gemäß § 441 Abs. 2 BGB nur gegenüber allen Verkäufern erklärt werden kann) vornehmen zu können. Insbesondere bei einer Vielzahl von Verkäufern könnte ihn dies vor erhebliche Probleme stellen. Bei Arglist nur eines Verkäufers beschränkten sich die Käuferrechte im Grundsatz auf Schadensersatzansprüche gegen diesen.“

[22] **Dafür, dass der Reformgesetzgeber die Rechtsposition des Käufers solchermaßen verschlechtern wollte, indem er die Nichtigkeitsfolge nicht in das neue Recht übernahm, fehlt jeglicher Anhaltspunkt.** Im Gegenteil stünde dies im Widerspruch zu den allgemeinen Zielen der Schuldrechtsreform, die gerade die Verbesserung der Mängelansprüche des Käufers durch die Verschärfung der Verkäuferpflichten herbeiführen sollte (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 226). **Über eine (ggf. analoge) Anwendung von § 166 BGB lässt sich eine angemessene, die Interessen beider Vertragsparteien wahrende Lösung nicht erzielen.** Die darauf gestützte Zurechnung der Arglist eines Mitverkäufers scheiterte nämlich dann, wenn – wie hier – die Verkaufsverhandlungen durch den nicht arglistigen Verkäufer geführt werden, während der arglistige Mitverkäufer lediglich eine Offenbarungspflicht verletzt, ohne ausdrückliche Erklärungen abzugeben. Infolgedessen haftete der selbst nicht arglistige Verkäufer, wenn er sich im Hintergrund hält und durch den arglistigen Mitverkäufer vertreten lässt, aber nicht, wenn er selbst die Verhandlungen führt; eine solche Differenzierung kann nicht überzeugen.“

Im Ergebnis muss eine Verkäufermehrheit demnach im Innenverhältnis dafür Sorge tragen, dass die im Verhältnis zu dem Käufer bestehenden Offenbarungspflichten erfüllt werden, um insgesamt von dem Ausschluss der Sachmangelhaftung profitieren zu können.

„[23] ... Andernfalls erweist sich die Freizeichnung aus Sicht des Käufers als unredlich; hiervor soll § 444 BGB den Käufer schützen (...).“

c) Nach alledem können sich die B nach § 444 Alt. 1 BGB wegen arglistigen Verschweigens des Mangels nicht auf den im Kaufvertrag vom 22.06.2009 vorgesehenen Gewährleistungsausschluss berufen.

7. Die K verlangen von den B Schadensersatz wegen der schadhafte Mauer in Höhe derjenigen Kosten, die für die Herstellung einer ordnungsgemäßen Winkelstützmauer anfallen. Hierbei handelt es sich um einen **ersatzfähigen Schaden**, der an die Stelle der ursprünglich durch die B geschuldeten Nacherfüllung tritt und der Herstellung desjenigen Zustands dient, der im Falle einer ordnungsgemäßen Nacherfüllung durch die B bestünde.

II. Ergebnis: Das Begehren der K ist berechtigt. Der von den K gegen die B geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung folgt aus den **§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB**.

Die für die amtliche Sammlung BGHZ vorgesehene Entscheidung ist hervorragend als Motiv für eine Examensklausur geeignet.

Sie bietet zunächst die Gelegenheit, sich mit allgemeinen Problemen des (kaufrechtlichen) Gewährleistungsrechts und des allgemeinen Schadensersatzrechts zu befassen. Einige Problemfelder, die an dieser Stelle lediglich angedeutet sind, ließen sich in einer Examensklausur „in epischer Breiter“ thematisieren. Zu denken ist etwa an die nach wie vor höchst umstrittene Frage, ob das Vertretenmüssen im Anwendungsbereich der §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB auf die 1. Pflichtverletzung (Schlechtleistung), auf die 2. Pflichtverletzung (keine Nacherfüllung), kumulativ auf beide Pflichtverletzungen oder alternativ auf eine der beiden Pflichtverletzungen zu beziehen ist. Der V. Zivilsenat des BGH vertritt in der vorliegenden Entscheidung unter der Rn. 7 ganz beiläufig die Auffassung, dass das „auf die Lieferung der mangelhaften Sache bezogene Verschulden“ gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet und diese Vermutung durch die B nicht entkräftet sei, ohne dabei auf den Streitstand zum Bezugspunkt des Vertretenmüssens einzugehen. In einer Examensklausur könnte durch leichte Ergänzung des Sachverhalts hier ein entscheidungserheblicher Streit eingebaut werden.

Zu § 444 Alt. 1 BGB enthält das Urteil des BGH eine für Studierende, Referendare und Praktiker gleichermaßen relevante Entscheidung eines Streits über die Frage, ob das arglistige Verschweigen eines Mangels durch nur einen von mehreren Käufern sich zu Lasten der anderen Verkäufer in der Weise auswirkt, dass sich auch diese – nicht arglistig agierenden – Verkäufer nicht auf einen vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss berufen können. Mit überzeugenden Argumenten kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass sich in einem solchen Fall speziell aus Gründen des Käuferschutzes sämtliche Verkäufer gemäß § 444 Alt. 1 BGB nicht auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmangelhaftung berufen können.

RA/FA Handels-/GesR Dr. Timm Nissen