

Anfängerhausarbeit: Quod non est in actis ...

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, München*

Sachverhalt

K trägt sich seit Längerem mit dem Gedanken, ein Eigenheim zu erwerben. In der Zeitung stößt er auf eine Annonce des V mit dem folgenden Inhalt: „Herrliches Eigenheim in Rosenheim zu verkaufen. Errichtung: 1975.“ Sofort nimmt K mit V Kontakt auf und sie treten in Vertragsverhandlungen. Während der Verhandlungen fragt K den V noch einmal ausdrücklich, ob 1975 auch wirklich das tatsächliche Jahr der Errichtung sei, was V postwendend bestätigt. Tatsächlich ist sich V bezüglich des Errichtungsjahres nicht sicher. V hat das Grundstück selbst nämlich erst im Jahr 2007 bezogen und hatte damals vom Verkäufer keinerlei Informationen über das Errichtungsjahr angefordert.*

Nach langem Hin und Her einigen sich K und V schließlich auf einen Verkaufspreis in Höhe von 800.000 € und vereinbaren mit dem Notar N einen Termin zur Beurkundung. N legt K und V im Beurkundungstermin einen von ihm ausgearbeiteten Grundstückskaufvertrag vor, der unter anderem die folgende Klausel enthält: „Der Käufer hat das Objekt besichtigt. Er kauft es im gegenwärtigen Zustand, wie es liegt und steht. Ansprüche und Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels sind ausgeschlossen, es sei denn, der Verkäufer hat den Mangel arglistig verschwiegen.“ Während des Beurkundungstermins äußert K vor dem Notar den Wunsch, das Jahr der Errichtung mit in die Vertragsurkunde aufzunehmen. V erhebt dagegen nach Rückfrage des Notars keine Einwände. Von V und K unbemerkt unterbleibt dennoch aus im Nachhinein nicht mehr zu klärenden Gründen eine Aufnahme in die Urkunde, sodass der schließlich notariell beurkundete Grundstückskaufvertrag keinerlei Angaben zum Errichtungsjahr enthält. K zahlt den Kaufpreis, das Grundstück wird aufgelassen und K als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Nachdem K das Eigenheim einige Monate bewohnt hat, äußert ein Bekannter bei einem Besuch, dass es sich bei dem Haus keinesfalls um einen 70er-Jahre-Bau handeln könne. K stellt daraufhin Nachforschungen an, bei denen sich schließlich herausstellt, dass das Haus im Jahr 1952 gebaut wurde und deshalb rund 150.000 € weniger wert ist als ein entsprechender 70er- Jahre Bau. K fühlt sich betrogen und verlangt von V Zahlung von 150.000 €.

Zu Recht?

Lösungsvorschlag

A. Anspruch des K gegen V auf Zahlung von 150.000 € gem. §§ 441 Abs. 1, Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 150.000 € gem. §§ 441 Abs. 1, Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB haben. Voraussetzung hierfür wäre, dass K wirksam den Kaufpreis gemindert hat.

* Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Dr. Matthias Fervers ist Akad. Rat. a.Z. an diesem Lehrstuhl.

Voraussetzung für eine erfolgreiche Kaufpreisminderung wäre, dass K eine Minderungserklärung abgegeben hat, dass die Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen und dass die Minderung nicht wirksam ausgeschlossen wurde.

I. Minderungserklärung

Eine Minderungserklärung seitens K liegt vor. Zwar hat K nicht ausdrücklich das Wort „Minderung“ benutzt. Er hat jedoch von V ausdrücklich Zahlung von 150.000 € verlangt und damit zu erkennen gegeben, dass er die Rückerstattung eines wegen des unzutreffenden Baujahres zu viel gezahlten Mehrbetrags begehrt. Dies ist für eine Minderungserklärung ausreichend.¹

II. Voraussetzungen des Rücktritts

Gem. § 441 Abs. 1 BGB hat der Käufer ein Minderungsrecht nur anstelle des Rücktritts. Zu prüfen ist deshalb, ob K ein Rücktrittsrecht hatte. In Betracht kommt ein Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB ergeben.

1. Kaufvertrag

Voraussetzung für ein Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB ist zunächst das Vorliegen eines Kaufvertrags. Ein solcher wurde zwischen K und V geschlossen, fraglich ist aber, ob dieser auch der Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB genügt – andernfalls wäre der Vertrag nämlich gemäß § 125 S. 1 BGB formnichtig. Zwar wurde der Kaufvertrag auch notariell beurkundet, problematisch ist insoweit jedoch, dass die zwischen K und V getroffene Abrede über das Baujahr nicht Teil der Beurkundung war. Nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB sind nämlich grundsätzlich neben der Hauptabrede auch alle sonstigen Abreden, die Rechtswirkungen erzeugen sollen, beurkundungspflichtig.² Es kann jedoch offen bleiben, ob der Vertrag aus diesem Grund nach § 125 S. 1 BGB formnichtig war. Denn das Grundstück wurde an K aufgelassen und dieser im Grundbuch eingetragen, sodass der Formmangel jedenfalls nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt wurde.

2. Nicht vertragsgemäße Leistung: Sachmangel

Erforderlich wäre aber, dass ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB vorliegt.

a) Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Sache mangelhaft, wenn sie bei Gefahrübergang nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. V hatte nicht nur in der Zeitungsannonce, sondern auch während der Vertragsverhandlungen gegenüber K ausdrücklich bestätigt, dass das Haus im Jahre 1975 erbaut wurde. Da das Haus dagegen tatsächlich im Jahr 1952 erbaut

¹ Vgl. Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 441 Rn. 4.

² BGHZ 85, 315 (317) = BGH NJW 1983, 563 ff.; BGH NJW-RR 2006, 1292 ff.

wurde, läge allein deshalb schon ein Sachmangel zumindest dann vor, wenn die Abrede Bestandteil des Vertrages geworden wäre.

b) Sachmangel trotz fehlender Erwähnung des Baujahres im Grundstückskaufvertrag?

Problematisch ist jedoch, dass die zwischen K und V getroffene Abrede über das Baujahr keinen Eingang in den notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag gefunden hat. Aus diesem Grund ist nämlich zweifelhaft, ob diese Abrede nach dem Willen der Parteien tatsächlich Vertragsbestandteil werden sollte. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre auch keine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zustande gekommen und das Grundstück demgemäß nicht mangelhaft.

aa) Jüngste Rechtsprechung des BGH

Nach der Rechtsprechung des BGH³ und der herrschenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte⁴ kommt in der Regel eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht zustande, wenn die entsprechende Abrede keinen Niederschlag im notariellen Grundstückskaufvertrag gefunden hat. Es müsse dann regelmäßig angenommen werden, dass es den Parteien an einem Rechtsbindungswillen hinsichtlich des betreffenden Beschaffenheitsmerkmals gefehlt habe.

(1) Beurkundungspflichtigkeit bekannt

Der BGH begründet seine Auffassung zunächst mit der Erwägung, den Parteien sei die Beurkundungspflichtigkeit des Kaufvertrages bekannt – es könne deshalb auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine bindende Vereinbarung gewollt hätten, wenn die entsprechende Vereinbarung in den Kaufvertrag nicht aufgenommen worden sei. Dementsprechend könne auch die andere Vertragspartei redlicherweise nicht von einer bindenden Eigenschaftsvereinbarung ausgehen.⁵

(2) Argument des „favor contractus“

Für diese Sichtweise spreche außerdem der Grundsatz, wonach im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug einzuräumen sei, welche die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet. Denn nach Auffassung des BGH hätte die Annahme einer bindenden Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 139 BGB im Zweifel die Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrags zur Folge. Die fehlende Beurkundung der Beschaffenheitsvereinbarung führe nämlich gem. §§ 311b Abs. 1 S. 1, 125 S. 1 BGB zu deren Nichtigkeit, was gem. § 139 BGB im Zweifel die Nichtigkeit des gesamten Vertrags zur Folge

habe. Auch die Heilungsmöglichkeit nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB stehe dem nicht entgegen. Denn erstens wollten die Parteien typischerweise kein Rechtsgeschäft abschließen, welches wegen Formverstößes nichtig sei und zwar unabhängig davon, ob eine Heilungsmöglichkeit bestehe oder nicht. Zweitens führe die „vorläufige“ Nichtigkeit nach §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB dazu, dass zur Sicherung des Auflassungsanspruchs bestellte Auflassungsvormerkungen nicht entstünden, was ebenfalls dem Willen der Parteien nicht entsprechen könne. Und schließlich könnte sich im Stadium einer „vorläufigen Nichtigkeit“ keine Partei sicher sein, ob letztlich eine Heilung des Formmangels eintrete oder nicht.⁶

(3) Kein Verstoß gegen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Auch ein Verstoß gegen die Richtlinie 1999/44/EG („Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“) liegt nach Auffassung des BGH bei regelmäßiger Verneinung einer Beschaffenheitsvereinbarung nicht vor. Zwar gebiete diese eine weite Auslegung des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Grundstücke seien jedoch keine Verbrauchsgüter im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie, da es sich nicht um bewegliche Gegenstände handle. Bei Grundstücken sei vielmehr eine engere Auslegung geboten, die dem Formzwang Rechnung trage. Dessen Warn- und Schutzfunktion wäre nach Auffassung des BGH entscheidend infrage gestellt, wenn schon Äußerungen im Vorfeld des Vertrages zu einer bindenden Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB führen könnten.⁷

bb) Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde

Gestützt wird die Auffassung des BGH auch durch die in der ständigen Rechtsprechung anerkannte Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde. Danach besteht für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen privatschriftlichen wie öffentlichen Urkunden die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit und ist folglich eine Partei, die sich zum Nachweis eines vom Urkudentext abweichenden übereinstimmenden Willens der Parteien auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände beruft, beweisbelastet für deren Vorliegen.⁸ Selbst wenn feststeht, dass die Parteien von der späteren Beurkundung Abweichendes vereinbart haben, soll die Vermutung noch eingreifen: Es soll dann vermutet werden, dass die Parteien entsprechende abweichende Abreden fallen gelassen haben.⁹

⁶ BGH, Urt. v. 6.11.2015 – V ZR 78/14, Rn. 18.

⁷ BGH, Urt. v. 6.11.2015 – V ZR 78/14, Rn. 19.

⁸ Siehe BGH NJW 2015, 409, (410 Rn. 113); BGH, Urt. v. 13.3.2008 – VII ZR 194/06, Rn. 26; BGH NJW 2002, 3164 ff.; RGZ 52, 23 (25 f.); allg. zu dieser Vermutung *Elzer*, JR 2006, 447 ff.; siehe ferner *Reithmann*, DNotZ 1986, 79 ff.

⁹ Vgl. nur RGZ 52, 23 (26), wonach eine „durch die Erfahrungen des Verkehrs gebilligte Vermutung“ dafür spricht, dass „die Parteien schließlich über das einig geworden sind, was Bestandteil der Urkunde geworden ist“ und „das, was sie etwa im Widerspruche mit der Schrift hin nun her geredet haben, nicht haben aufrecht erhalten wollen.“ *Cziupka*/

³ BGHZ 207, 349 = BGH NJW 2016, 1815; BGH DNotZ 2016, 921 (923 Rn. 18).

⁴ OLG Brandenburg NZM 2010, 712 (714); OLG Bremen NJW-RR 2014, 791 ff.; OLG Hamm NJW-RR 2010, 1643 ff.; OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 16418.

⁵ BGH, Urt. v. 6.11.2015 – V ZR 78/14, Rn. 16 f.; zustimmend *Cziupka/Hübner*, DNotZ 2016, 323 (327 ff.); tendenziell zustimmend auch *Herrler*, NJW 2016, 1767 (1769).

Fraglich ist, ob damit auch im vorliegenden Fall eine Beschaffenheitsvereinbarung und damit ein Sachmangel zu verneinen ist.

cc) Stellungnahme

Der Auffassung des BGH stehen zum einen grundsätzliche Bedenken entgegen. Zum anderen unterscheidet sich die vorliegende Fallkonstellation von der vom BGH jüngst entschiedenen dadurch, dass der Käufer explizit vor dem Notar den Wunsch nach einer Beurkundung der Beschaffenheitsvereinbarung geäußert und V dagegen keine Einwände erhoben hat.

(1) Grundsätzliche Bedenken gegen die Position des BGH

Die Argumente des BGH gegen einen Rechtsbindungswillen der Parteien überzeugen bereits für die entschiedenen Fallkonstellationen nicht.

(a) Argument des fehlenden Rechtsbindungswillens

Den Parteien pauschal bei fehlender Aufnahme in die notarielle Urkunde zugleich einen fehlenden Rechtsbindungswillen zu unterstellen, erscheint grundsätzlich zweifelhaft. Zunächst wird hierdurch das Formerfordernis mit dem Rechtsbindungswillen vermengt und die Einhaltung der Form zur Voraussetzung für den Rechtsbindungswillen erhoben.¹⁰ Problematisch erscheint dies insbesondere im Hinblick auf die Heilungsmöglichkeit nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB. Wenn das Gesetz eine Heilungsmöglichkeit vorsieht, so scheint es auch davon auszugehen, dass der Formzwang bei Eintritt der Heilung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht mehr entgegenstehen soll. Schließt man dagegen aus einem Formverstoß ohne weiteres auf einen fehlenden Rechtsbindungswillen, so läuft die im Gesetz vorgesehene Heilungsmöglichkeit leer.

Es darf außerdem bezweifelt werden, dass (vor allem) juristische Laien dem Formerfordernis tatsächlich eine Bedeutung dergestalt zumessen, dass sie alles, was im Vorfeld des Vertrages vereinbart wurde, für rechtlich unerheblich halten, sofern es nur nicht in die Urkunde aufgenommen wird. Plausibel erscheint dies allenfalls für Vereinbarungen, die im erkennbaren Widerspruch zur Urkunde stehen. Sofern eine Vereinbarung die Urkunde – wie vorliegend eine Vereinbarung über das Baujahr – dagegen lediglich komplettiert oder ergänzt, erscheint ein automatischer Schluss auf einen fehlenden Rechtsbindungswillen fragwürdig.¹¹

(b) Argument des „favor contractus“

Ebenso wenig vermag das vom BGH herangezogene Argument des „favor contractus“ zu überzeugen.

Die Auslegungsregel, dass vertragsgeneigte Parteien im Zweifel von einem unzulässigen und damit ohnehin nicht

realisierbaren Vertragsinhalt zugunsten einer rechtlich zulässigen Vertragsgestaltung Abstand genommen hätten, lässt sich nicht auf die Situation übertragen, in der von zwei gleichermaßen rechtlich zulässigen und den Parteien damit effektiv zur Wahl stehenden Vertragsinhalten nur der eine beurkundet wurde. So ist die Situation aber hier. Die Parteien können den Kaufvertrag selbstverständlich wirksam mit oder ohne Beschaffenheitsvereinbarung über das Jahr der Errichtung des Gebäudes abschließen. Nimmt man gleichwohl mit dem BGH an, dass die Parteien im Zweifel auf den (möglicherweise) eigentlich gewollten Vertragsinhalt mit Beschaffenheitsvereinbarung zugunsten des beurkundeten Vertragsinhalts (ohne Beschaffenheitsvereinbarung) verzichten würden, so unterstellt man, dass die Parteien ein größeres Interesse an der Formwirksamkeit des Vertrages haben als daran, den Vertrag mit dem gewünschten zulässigen (!) Inhalt zu schließen. Dies lässt sich jedoch gewiss nicht allgemein sagen, sondern hängt vielmehr im konkreten Einzelfall davon ab, wie stark der beurkundete Vertragsinhalt vom eigentlich gewollten Vertragsinhalt abweicht. Letztlich geht die Argumentation mit dem favor contractus also zu Unrecht dahin, dass die Parteien den Vertrag mit beliebigem Inhalt akzeptiert hätten, wenn er denn nur wirksam zustande käme.¹²

(c) Ausführungen zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Auch die Ausführungen des BGH zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überzeugen letztlich nicht. Zwar ist zutreffend, dass deren Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 2 lit. b nicht eröffnet ist. Warum jedoch bei unbeweglichen Sachen im Rahmen des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ein anderer Maßstab gelten soll als bei beweglichen Sachen, bleibt unerfindlich. Wenn der BGH meint, eine abweichende Auslegung sei geboten, weil andernfalls die Warn- und Schutzfunktion des Formzwangs infrage gestellt wäre, so werden wiederum Fragen des Formzwangs mit Fragen der Auslegung vermengt.¹³

(2) Besonderheit des vorliegenden Falles

Abgesehen von den genannten grundsätzlichen Bedenken unterscheidet sich der vorliegende Fall von der vom BGH entschiedenen Konstellation in einem entscheidenden Punkt: K hat nämlich explizit im Notartermin den Wunsch nach der Aufnahme des Baujahres in den Grundstückskaufvertrag geäußert, wogegen V keine Einwände erhoben hat – die Beurkundung ist nur aus nicht mehr aufklärbaren Gründen unterblieben. Jedenfalls in dieser Konstellation kann nicht aus der fehlenden Beurkundung auf einen nicht vorhandenen Rechtsbindungswillen der Parteien geschlossen werden. Vielmehr war nach dem objektiven Empfängerhorizont völlig zweifelsfrei auf einen Rechtsbindungswillen des K zu schließen und V hat keine Einwände geäußert, die Parteien haben somit ihren Rechtsbindungswillen eindeutig bekundet. Damit ist die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde vorliegend widerlegt. Wenn der Käufer im Notartermin ausdrücklich den Wunsch nach einer Aufnahme in die Urkunde

Hübner, DNotZ 2016, 323 (331 ff.) sprechen insoweit von der Vollständigkeitsvermutung im weiteren Sinne.

¹⁰ Zum Ganzen Gsell, in: Simplex Sigillum Veri, Festschrift für Wolfgang Krüger zum 70. Geburtstag, 2017, S. 117 (119 f.).

¹¹ Zum Ganzen Gsell (Fn. 10), S. 117 (121).

¹² Zum Ganzen Gsell (Fn. 10), S. 117 (122 f.).

¹³ Faust, JZ 2016, 1012 (1015).

äußert, so kann und darf der Verkäufer, der dagegen keine Einwände erhebt, nicht (mehr) davon ausgehen, der Käufer habe keine bindende Vereinbarung gewollt oder dies möglicherweise vergessen. Es steht vielmehr umgekehrt fest, dass K seinen Willen, das Alter des Gebäudes zum Vertragsbestandteil zu machen, nicht aufgegeben hat.

Auch das vom BGH angeführte Argument des „favor contractus“ könnte angesichts dieser Besonderheit noch weniger überzeugen. Da K und V ausdrücklich die Aufnahme in den notariellen Vertrag vorgesehen haben, ist es fernliegend anzunehmen, dass sie bei Kenntnis der Nichtigkeit im Zweifel von dieser Vereinbarung Abstand genommen hätten. Vielmehr hätte K – wäre ihm das Fehlen des Baujahrs im Grundstückskaufvertrag aufgefallen – aller Wahrscheinlichkeit nach mit der Billigung des V erneut auf die Aufnahme gedrängt.

Jedenfalls in der vorliegenden Konstellation ist somit eine Beschaffenheitsvereinbarung zu bejahen. Ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist gegeben.

3. Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB

K hätte gem. § 326 Abs. 5 BGB ohne Fristsetzung zurücktreten können, wenn die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB unmöglich wäre. Zwar ist die Nacherfüllung erst dann im Sinne des § 275 BGB unmöglich, wenn beide Arten der Nacherfüllung – Nachlieferung und Nachbesserung – unmöglich sind.¹⁴ Das ist jedoch der Fall: Beim Grundstück in Rosenheim handelt es sich um ein individuelles Einzelobjekt, das weder objektiv noch nach der Vorstellung der Parteien austauschbar ist¹⁵, sodass eine Nachlieferung ausscheidet. Auch eine Nachbesserung kommt nicht in Betracht, da es sich bei dem falschen Errichtungsjahr um einen unbehebaren Mangel handelt.

Gem. § 326 Abs. 5 BGB war somit ein Rücktritt ohne Fristsetzung möglich.¹⁶

Die Voraussetzungen des Rücktritts lagen somit vor.

III. Gewährleistungsausschluss

K könnte jedoch keine Mängelrechte geltend machen und somit auch nicht gem. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 441 BGB mindern, wenn K und V die Gewährleistung wirksam abgeschlossen hätten. Im Grundstückskaufvertrag befindet sich nämlich ein Gewährleistungsausschluss, der bestimmt, dass K nur bezüglich solcher Mängel Gewährleistungsrechte geltend machen können soll, die V arglistig verschwiegen hat. Sollte dieser Gewährleistungsausschluss wirksam sein und die Vereinbarung über das Errichtungsjahr erfassen, so könnte K somit nur mindern, wenn V den Mangel arglistig verschwiegen hätte.

¹⁴ Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 439 Rn. 22.

¹⁵ Vgl. BGHZ 168, 64 ff. = BGH NJW 2006, 2839 ff.

¹⁶ Ohne Weiteres vertretbar wäre es, die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung bereits an dieser Stelle zusätzlich darauf zu stützen, dass V den Mangel arglistig verschwiegen hat (vgl. BGH NJW 2007, 835 ff.).

1. Grundsätzliche Zulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses

Grundsätzlich ist ein Gewährleistungsausschluss wie im vorliegenden Fall zulässig, wie sich im Umkehrschluss aus § 444 BGB ergibt. Da kein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vorliegt, kommt auch eine Unwirksamkeit nach § 475 Abs. 1 BGB nicht in Betracht. Auch liegt keine Unwirksamkeit nach den §§ 307 ff. BGB vor, da es sich bei dem Grundstückskaufvertrag nicht um AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt. Denn der Grundstückskaufvertrag wurde vom neutralen und unparteiischen N ausgearbeitet und deshalb nicht von V „gestellt“.¹⁷ Mangels eines Vertrages zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher greift auch die davon abweichende Fiktion des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht ein.

2. Erstreckung auf die Vereinbarung über das Baujahr

Fraglich ist jedoch, ob der Gewährleistungsausschluss die Vereinbarung über das Baujahr überhaupt erfasst. Denn bei der Vereinbarung handelt es sich um eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

a) Rechtsprechung des BGH

Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Gewährleistungsausschluss regelmäßig dahin auszulegen, dass er sich nicht auf Beschaffenheitsvereinbarungen nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB erstreckt. Andernfalls seien Beschaffenheitsvereinbarungen für den Käufer ohne Sinn und Wert. Eine für beide Seiten interessengerechte Auslegung der Kombination von Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss könne deshalb nur dergestalt vorgenommen werden, dass sich der Gewährleistungsausschluss nur auf Mängel nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB beziehe.¹⁸

b) Gegenauffassung

Zwar stehen dem Ansatz des BGH gewichtige Gründe entgegen. Dies gilt insbesondere für das Argument, eine Beschaffenheitsvereinbarung und ein Gewährleistungsausschluss stünden sich stets diametral gegenüber. Da an die Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich nur geringe Anforderungen gestellt werden und es insbesondere genügt, dass der Verkäufer die Kaufsache bei Vertragsschluss in einer bestimmten Weise beschreibt und der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung trifft,¹⁹ würde ein Gewährleistungsausschluss regelmäßig schon solche schlichten Eigenschaftsbeschreibungen nicht erfassen – eine Rechtsfolge, die von den Parteien kaum gewollt sein dürfte. Dies zeigt sich insbesondere bei Distanzkaufen, bei denen Eigenschaftsbeschreibungen schlicht un-

¹⁷ Vgl. Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 305 Rn. 22 f. m.w.N.

¹⁸ BGHZ 170, 86 ff. = BGH NJW 2007, 1346 ff.; BGH NJW 2013, 1074 (1076 Rn. 19); im Übrigen siehe Fn. 8.

¹⁹ BGH NJW 2013, 1074 (1075 Rn. 16) unter Verweis auf BT-Drs. 14/6040, S. 212.

umgänglich sind.²⁰ Zudem führt der Ansatz des BGH zu einer im Gesetz nicht angelegten und kaum durchführbaren Unterscheidung von Sachmängeln nach § 434 Abs. 1 S. 1 und § 434 Abs. 1 S. 2 BGB. So lässt sich für die in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB genannten Merkmale regelmäßig begründen, dass sie zumindest konkludent mitvereinbart wurden.²¹ Es erscheint auch nicht sinnvoll, danach zu unterscheiden, ob die Parteien Selbstverständlichkeiten wie etwa „zum Fahren geeignet“ bei einem Autokauf oder „bewohnbar“ bei einem Wohnungskauf ausdrücklich festgehalten haben oder nicht; zu genau diesem Ergebnis müsste der Ansatz des BGH aber führen.

Doch auch wenn man dem BGH nicht darin folgt, dass ein Gewährleistungsausschluss Beschaffenheitsvereinbarungen generell ausklammert, so kann sich dies selbstverständlich im Einzelfall aus einer Auslegung des konkreten Vertrages nach den jeweiligen Umständen ergeben.²² Und eine solche Auslegung führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass sich der Gewährleistungsausschluss auf das Errichtungsjahr nicht erstreckt. Denn K hat während der Verhandlungen nachdrücklich zu erkennen gegeben, wie wichtig ihm diese Eigenschaft ist und auch im Notartermin nochmals den Wunsch nach einer Aufnahme in den Vertrag geäußert. Würde man seine Zustimmung zum Gewährleistungsausschluss nun so auslegen, dass sich dieser auch auf das Errichtungsjahr bezieht, so würde man ihm unterstellen, sich diesbezüglich grundsätzlich seiner Gewährleistungsrechte begeben zu wollen – angesichts der Äußerungen im Vorfeld des Vertrages eine wenig plausible Annahme.

Der Gewährleistungsausschluss umfasst daher nicht die Vereinbarung über das Baujahr, sodass er einem Minderungsrecht des K nicht entgegensteht.

3. Arglist des V

Zusätzlich wäre der Gewährleistungsausschluss nach § 444 Alt. 1 BGB unwirksam bzw. würde nach dem Vertragstext bereits nicht eingreifen, wenn V den Mangel arglistig verschwiegen hätte. V hat zwar nicht gewusst, dass das Gebäude nicht 1975 errichtet wurde. Für das Vorliegen von Arglist bedarf es allerdings weder eines direkten Vorsatzes noch einer qualifizierten Schädigungsabsicht. Es genügt, wenn der Verkäufer, der die vertragsbezogenen Erwartungen des anderen Teils kennt, ohne tatsächliche Grundlagen „Angaben ins Blaue hinein“ tätigt und zumindest damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.²³ Obwohl K mehrfach zu erkennen gegeben hat, dass das Alter des Gebäudes für ihn

kaufentscheidend war, hat V das falsche Errichtungsjahr bestätigt und mit dieser Bestätigung bewusst den Eindruck erweckt, er verfüge insoweit über valide Informationen. V war sich gleichzeitig auch darüber bewusst, dass ihm gerade keine belastbaren Informationen zur Verfügung standen. V hat somit „Angaben ins Blaue hinein“ getätigt und den Mangel arglistig verschwiegen, sodass der Gewährleistungsausschluss schon nach seinem Wortlaut nicht greift bzw. nach § 444 Alt. 1 BGB unwirksam ist.

K hat somit erfolgreich gemindert und hat gegen V einen Anspruch auf die Rückzahlung von 150.000 € gem. §§ 441 Abs. 1, Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB.

B. Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung von 150.000 € gem. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB

Ein Anspruch auf die Rückzahlung von 150.000 € könnte sich außerdem aus §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB ergeben. Zwischen K und V liegt ein Kaufvertrag vor und das verkaufte Grundstück weist einen anfänglich unbehebbarer Mangel auf (siehe oben). V wusste bei Vertragsschluss zwar nicht positiv von dem Mangel – er hat jedoch trotz mehrfacher Rückfrage des K behauptet, das Grundstück sei im Jahre 1975 errichtet worden. Da er insoweit aber tatsächlich nicht über belastbare Informationen verfügte, hätte er sich bezüglich des Baujahres vergewissern müssen, sodass er seine Unkenntnis auch nach § 311a Abs. 2 S. 2 BGB zu vertreten hat.

V haftet dem K deshalb gem. § 311a Abs. 2 S. 1 BGB nicht nur auf das negative, sondern auf das positive Interesse und hat dem K deshalb alle Schäden zu ersetzen, die sich für ihn aus dem Vorliegen der qualitativen Unmöglichkeit ergeben. K ist deshalb berechtigt, als „kleinen Schadensersatz“ Ausgleich für den mangelbedingten Minderwert des Grundstücks in Höhe von 150.000 € zu verlangen, da V insoweit nach § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB von seiner Leistungspflicht aufgrund der qualitativen Unmöglichkeit befreit ist.²⁴

K hat somit gegen V einen Anspruch auf die Rückzahlung von 150.000 € auch gem. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB.

C. Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung von 150.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB

K könnte überdies gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung von 150.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB haben. Dafür müssten die Regelungen zur c.i.c. anwendbar sein, es müsste ein Schuldverhältnis bestehen und V schuldhaft eine Aufklärungspflicht verletzt haben und es müsste ein Schaden in Höhe von 150.000 € vorliegen.

I. Anwendbarkeit der Regelungen zur c.i.c.

1. Sperrwirkung des Mängelgewährleistungsrechts

Die Anwendbarkeit der Regelungen zur c.i.c. ist vorliegend deshalb problematisch, weil als Aufklärungspflichtverletzung nur die fehlende Aufklärung über das Alter des verkauften Gebäudes in Betracht kommt und es sich hierbei um eine

²⁰ Gsell, in: Festschrift für Christoph Eggert zum 65. Geburtstag, 2008, S. 1 (6 ff.); dies., JZ 2013, 423 ff.; krit. auch Gutzeit, NJW 2007, 1350 f.

²¹ Gsell (Fn. 20), S. 1 (6 ff.); Faust, JZ 2016, 1012 (1013).

²² Vgl. Gsell, JZ 2013, 423 ff.

²³ Vgl. BGHZ 168, 64 ff. = BGH NJW 2006, 2839 ff. m.w.N.; vgl. außerdem die umfangreichen Nachweise bei Faust, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB, Ed. 43, Stand: 15.6.2017, § 438 Rn. 39 ff.

²⁴ Vgl. Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 311a Rn. 85 f.

Eigenschaft der Kaufsache handelt, deren Fehlen einen Sachmangel begründen kann bzw. begründet. Und nach der Rechtsprechung sowie der herrschenden Meinung in der Literatur entfaltet das Recht der Mängelgewährleistung grundsätzlich eine „Sperrwirkung“ gegenüber den Regelungen der c.i.c., damit nicht der Vorrang der Nacherfüllung, die Regel des § 442 Abs. 1 S. 2 BGB sowie die besondere Verjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB unterlaufen werden.²⁵

2. Ausnahme bei Arglist des Verkäufers

Etwas anderes muss jedoch dann gelten, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.²⁶ Die genannten Argumente für eine Sperrwirkung lassen sich nämlich auf diesen Fall nicht übertragen: Im Falle arglistiger Täuschung richtet sich die Verjährung gem. § 438 Abs. 3 S. 1 BGB ohnehin nach der Regelverjährungsfrist, sodass auch die besondere Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB nicht unterlaufen werden kann. Gleiches gilt für die Regel nach § 442 Abs. 1 S. 2 BGB, da der Käufer ausweislich des Wortlauts auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels Mängelrechte geltend machen kann, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Und schließlich besteht auch im Falle der Arglist kein schutzwürdiges Interesse des Verkäufers an einer Nacherfüllung. So geht der BGH auch in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass im Falle der Arglist eine Fristsetzung zur Nacherfüllung regelmäßig entbehrlich ist.²⁷

Die Regelungen zur c.i.c. sind somit anwendbar.

II. Schuldverhältnis und schuldhaftige Aufklärungspflichtverletzung

V und K haben Vertragsverhandlungen geführt, sodass gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB vorliegt. V hat den K auch während der Vertragsverhandlungen im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB vorsätzlich über das Jahr der Errichtung des Gebäudes getäuscht und somit schuldhaft eine Aufklärungspflicht verletzt.

III. Schaden

Es müsste ein Schaden in Höhe von 150.000 € vorliegen. Gem. § 249 Abs. 1 BGB ist K so zu stellen, wie er stünde, wenn V seine Aufklärungspflicht nicht verletzt hätte. Ein Schaden in Höhe von 150.000 € läge nur dann vor, wenn man annähme, dass V und K ohne die Aufklärungspflichtverletzung des V den Grundstückskaufvertrag zu einem Preis von 650.000 € statt 800.000 € geschlossen hätten. Das ist jedoch lediglich einer von mehreren denkbaren Geschehensabläufen. Es wäre ebenfalls möglich gewesen, dass einerseits K bei Kenntnis des wahren Alters des Gebäudes das Interesse am Grundstück verloren hätte oder aber andererseits, dass sich V

auf einen Vertrag zum Preis von 650.000 € überhaupt nicht eingelassen hätte.

1. Rechtsprechung

Nach der sog. „Minderungsrechtsprechung“ des BGH führt ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB dazu, dass der Käufer als Vertrauensschaden vom Verkäufer den Betrag verlangen kann, um den er den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat. Auf den Nachweis, dass die andere Vertragspartei sich darauf eingelassen hätte, soll es nicht ankommen. Da es nicht um eine Vertragsanpassung, sondern nur um die Berechnung des Vertrauensschadens gehe, sei ein solcher Nachweis entbehrlich.²⁸

2. Gegenargumente

Die Position des BGH kann schwerlich überzeugen. Es wird schlicht nicht verständlich, warum die Berechnung des Vertrauensschadens in der Weise erfolgen soll, der Preis gemindert wird und warum dabei auf einen Kausalitätsnachweis verzichtet werden könnte. In der Sache läuft diese Rechtsprechung auf eine richterliche Anpassung des Vertrages hinaus.²⁹ Zu dieser „käufergünstigen“ Auslegung ist der BGH auch nur gezwungen, weil er zu hohe Anforderungen an das Zustandekommen einer Beschaffenheitsvereinbarung stellt (siehe oben). Nimmt man dagegen zutreffend eine Beschaffenheitsvereinbarung an, so ergibt sich ein Minderungsrecht des Käufers bereits aus §§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 BGB und muss nicht erst mithilfe eines „Umwegs“ über die c.i.c. begründet werden.

Da K keinen Beweis dafür angetreten hat, dass der Vertrag im Falle richtiger Aufklärung zu einem Preis von 650.000 € abgeschlossen worden wäre, scheidet ein Anspruch auf Rückzahlung von 150.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB aus.

D. Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung von 150.000 € gem. § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch des K gegen V nach § 823 Abs. 1 BGB scheidet mangels Verletzung eines absoluten Rechts nach § 823 Abs. 1 BGB aus.

E. Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung von 150.000 € gem. §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB

Ein Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung von 150.000 € gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB besteht ebenfalls nicht. Zwar sind die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt: V hat in der Absicht rechtswidriger Bereicherung den K über Tatsachen getäuscht, diesen zu einer Vermögensverfügung veranlasst und ihm einen Vermögensschaden zu-

²⁵ BGHZ 180, 205 ff. = BGH NJW 2009, 2120 (2122 Rn. 19 ff.); BGH NJW 2010, 858 (859 Rn. 20); *Berger* (Fn. 14) § 437 Rn. 33 f.

²⁶ BGHZ 180, 205 ff. = BGH NJW 2009, 2120 ff.

²⁷ BGH NJW 2007, 935 ff.; BGH NJW 2008, 1371 ff.

²⁸ BGHZ 186, 35 ff. = BGH NJW 2006, 3139 ff.; BGH NJW 2010, 858 ff. jeweils m.w.N.

²⁹ Vgl. *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 204 ff.; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 79; *Faust*, JZ 2016, 1012 (1015); *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 249 Rn. 196.

gefügt und so den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB erfüllt, der ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt.³⁰

K kann jedoch wiederum gem. § 249 Abs. 1 BGB nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Hätte V den K darüber aufgeklärt, dass er tatsächlich nichts über das Baujahr wusste und wäre das tatsächliche Baujahr in der Folge zutage getreten, so ist gerade nicht klar, ob erstens K das Grundstück überhaupt hätte erwerben wollen und ob zweitens V sich auf einen Vertrag zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte. Für beide Umstände hat K keinen Beweis angetreten. Die 150.000 € stellen deshalb keinen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB ersatzfähigen Schaden dar.

F. Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung von 150.000 € gem. § 826 BGB

Auch ein Anspruch nach § 826 BGB scheidet deshalb aus. Zwar stellt die Täuschung des V eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des K dar – die 150.000 € sind jedoch nicht nach § 249 Abs. 1 BGB ersatzfähig.

G. Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung von 150.000 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Ein Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung von 150.000 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB besteht nicht. Zwar hat V den K arglistig getäuscht, sodass dieser den Vertrag gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten und somit nach § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend den Rechtsgrund für die Zahlung der 800.000 € beseitigen könnte. Dies würde jedoch nicht zu einem Anspruch auf Zahlung von lediglich 150.000 €, sondern zur vollständigen Rückabwicklung des gesamten Vertrags mit Rückgewähr der beiderseits empfangenen Leistungen nach den §§ 812 ff. BGB führen. Dies entspricht jedoch nicht dem Willen des K, der das Grundstück behalten möchte. Deshalb kann seine Erklärung nicht als Anfechtungserklärung ausgelegt werden.

³⁰ BGHZ 57, 137 ff. = BGH NJW 1972, 36 ff.; BGH NJW 1993, 2992 ff.