

BGH, Urteil vom 21.06.2024, Az. V ZR 79/23, NJW 2024, 2832 ff. = [jurisbyhemmer](#)

# 1 Die erhebliche Wandfeuchtigkeit bei als Wohnung verkauften Räumen im Souterrain eines Altbaus begründet einen Sachmangel!

+++ Kaufvertrag +++ Beschaffenheitsvereinbarung +++ Sachmangel +++ Arglistiges Verschweigen  
+++ §§ 433, 434, 442 BGB +++

**Sachverhalt (leicht abgewandelt):** V ist seit 1999 Eigentümer zweier in dem Souterrain eines Altbaus aus dem Jahre 1904 gelegenen Eigentumswohnungen.

Wegen auftretender Feuchtigkeitsprobleme wurden in den Folgejahren immer wieder Sanierungsarbeiten durchgeführt. Im Sommer 2017 holte V ein Sanierungsangebot einer Fachfirma ein. Darin heißt es, dass sich in dem Sockelbereich der Wohnungen Feuchtigkeitschäden zeigten, es keine Verbindung zwischen der Bodenabdichtung und den Wänden gebe und keine Horizontalabdichtung zu erkennen sei.

Im selben Jahr bot V die Wohnungen in einem Maklerexposé für 745.000 € zum Verkauf an. Darin wurde das Baujahr 1904 mitgeteilt, und die Wohnungen wurden als im Jahr 1999 kernsaniert bezeichnet. Weiter heißt es in dem Exposé:

„Sanierung Mauerwerksfeuchte: Eine Außenwand weist Feuchtemängel auf. Die Kosten für die Behebung gehen zu Lasten des Eigentümers dieser Wohnung und nicht zu Lasten der Eigentümergemeinschaft.“

K besichtigte die Immobilie zuvor mehrfach. Zu diesem Zeitpunkt war der Oberboden in einem Schlafräum entfernt und im Wohnbereich teilweise geöffnet. Probebohrungen waren sichtbar.

Zu den Bauteilöffnungen und Probebohrungen erklärte V, ein vorheriger Kaufinteressent habe die Substanz der Immobilie untersuchen lassen, und die noch sichtbare Öffnung der Außenisolierung habe den potentiellen Käufern die Qualität der Außenabdichtung vor Augen führen sollen.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 20. Februar 2018 erwarb K die Wohnungen zum Preis von 675.000 € unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel. In dem Vertrag heißt es u.a.:

„Der Käufer kauft den Vertragsgegenstand im gegenwärtigen, gebrauchten Zustand. Er hat den Vertragsgegenstand eingehend mit einem Gutachter und einem Architekten besichtigt. Die Beteiligten treffen keine Beschaffenheitsvereinbarung zum Vertragsgegenstand (...).

Dem Käufer ist der Feuchtigkeitsschaden an der Außenwand des hinteren großen Zimmers der Wohnung Nr. 1 bekannt. Dem Käufer ist ferner bekannt, dass das Gebäude im Jahre 1904 errichtet wurde und sich in unmittelbarer Rheinnähe befindet und einzelne Räume im Souterrain liegen. ...

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass in der Zukunft Probleme mit Feuchtigkeit auftreten.“

Nach der Übergabe der Wohnungen stellt sich heraus, dass beide Wohnungen aufgrund erheblicher Wandfeuchtigkeit aller Außenwände ohne Sanierungsarbeiten nicht für Wohnzwecke geeignet sind.

Stehen K gegen V Mängelrechte zu?

## A) Sound

Als Wohnung verkaufte Räume im Souterrain eines Altbaus, die bei Gefahrübergang erhebliche Wandfeuchtigkeit aufweisen, sind regelmäßig weder für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung noch für die gewöhnliche Verwendung zum Wohnen geeignet und infolgedessen mangelhaft.

## B) Problemaufriss

Um bei der Fallfrage zu einem klaren Ergebnis zu kommen, wurde der Sachverhalt im Vergleich zum Original etwas verdeutlicht und leicht abgewandelt.

Außerdem erging das Urteil noch zu der bis zum 31.12.2021 geltenden Rechtslage. Die Lösung in der **Life&LAW** orientiert sich natürlich an dem seit dem 01.01.2022 geltenden Sachmangelbegriff, der sich an einigen Stellen geändert hat (dazu später).

Die beiden zentralen Probleme des Falles sind die Fragen, ob die verkauften Wohnungen infolge der Wandfeuchtigkeit mit einem Sachmangel behaftet waren und – wenn ja – ob die danach grundsätzlich bestehenden Mängelrechte des K im Kaufvertrag wirksam ausgeschlossen wurden.

Um nicht den Blick auf die zentrale Problematik zu verstellen, beschränkt sich die Fallfrage allgemein auf das Bestehen von Mängelrechten des K.

## C) Lösung

K stünden gem. § 437 BGB Mängelrechte zu, wenn

- zwischen ihm und V ein wirksamer Kaufvertrag über die beiden Wohnungen zustande kam,
- die Wohnungen bei Gefahrübergang (§ 446 BGB) einen Sachmangel i.S.d. § 434 BGB hatten und
- die Mängelrechte weder vertraglich noch kraft Gesetzes ausgeschlossen sind.

### I. Wirksamer Kaufvertrag

K und V haben durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme, §§ 145, 147 BGB) am 20. Februar 2018 einen notariell beurkundeten und damit nach §§ 4 III WEG, 311b I S. 1 BGB formwirksamen Kaufvertrag über zwei Wohnungen geschlossen.

Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen K und V lag daher vor.

### II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Das Bestehen von Mängelrechten des K setzt nach § 437 BGB voraus, dass im Zeitpunkt des Gefahrüberganges (hier der Übergabe nach § 446 S. 1 BGB) hinsichtlich der zwei verkauften Wohnungen ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vorlag.

Zur Zeit der Übergabe der Wohnungen und damit zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 446 S. 1 BGB) wiesen die Außenwände der Wohnungen eine erhebliche Wandfeuchtigkeit auf. Fraglich ist, ob die Wandfeuchtigkeit auch einen Sachmangel i.S.d. § 434 BGB darstellt.

Nach § 434 I BGB ist die Sache mangelhaft, wenn sie bei Gefahrübergang nicht den subjektiven Anforderungen des § 434 II BGB oder den objektiven Anforderungen des § 434 III BGB oder den Montageanforderungen des § 434 IV BGB entspricht bzw. dem Käufer eine andere als die vertraglich geschuldete Sache geliefert wurde, § 434 V BGB.

### 1. Mangel wegen Nichterfüllung der subjektiven Anforderungen im Sinne des § 434 I Var. 1, II BGB

Nach § 434 I Var. 1 BGB ist die Sache mangelhaft, wenn sie nicht den subjektiven Anforderungen des § 434 II BGB entspricht.

#### a) Keine Vereinbarung einer Beschaffenheit i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB

Für eine Vereinbarung der Parteien über die Freiheit der Wohnungen von Feuchtigkeit oder über das Vorhandensein eines hinreichenden baulichen Schutzes vor dem Eindringen von Feuchtigkeit enthält der Kaufvertrag keine Anhaltspunkte. Im Vertrag ist vielmehr eine Beschaffenheitsvereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, etwa – wie hier – in einem Maklerexposé, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB.<sup>1</sup>

#### b) Fehlende Eignung der Wohnungen für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB

Die im maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestehende erhebliche Feuchtigkeit der Wohnungen könnte aber einen Sachmangel im Sinne des § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB darstellen, wenn sich die Wohnungen nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen würden.

##### aa) Verwendung

Fraglich ist zunächst, was unter dem Rechtsbegriff der vertraglich vorausgesetzten „**Verwendung**“ zu verstehen ist.

Nach Ansicht des BGH<sup>2</sup> zielt § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB mit dem Merkmal der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ **nicht auf konkrete Eigenschaften der Kaufsache** ab, die sich der Käufer vorstellt. Vielmehr geht es darum, ob die Sache für die dem Verkäufer erkennbare **Verwendung (Nutzungsart)** durch den Käufer geeignet ist.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> BGH, **Life&LAW 03/2016**, 147 ff. = NJW 2016, 1815 ff. = [jurisbyhemmer](#) sowie **Life&LAW 12/2023**, 795 ff. = NJW 2023, 2942 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>2</sup> BGH, **Life&LAW 10/2019**, 659 ff. = NJW 2019, 1937 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>3</sup> Vgl. dazu Grüneberg/*Weidenkaff*, BGB, 83. Auflage 2024, § 434 Rn. 20.

Übertragen auf den vorliegenden Fall stellt sich die Frage, für welche Verwendung sich die beiden Souterrainwohnungen eignen müssen.

Das aus dem Französischen stammende Wort „Souterrain“ bedeutet „unter der Erde“. In der Immobilienbranche bezeichnet ein Souterrain eine Wohnung, die unterhalb des Erdgeschosses liegt und trotzdem noch mit Fenstern ausgestattet ist. Von außen sind die Fenster dabei in der Regel auf Bodenhöhe.<sup>4</sup>

Vorliegend geht es daher nicht um Kellerräume, sondern um als Wohnungen verkaufte Räume im Souterrain eines Wohngebäudes.

**Verwendungszweck** einer Souterrainwohnung ist demnach das **Wohnen**, weshalb der Käufer regelmäßig erwarten darf, dass die Wohnung trocken ist, auch wenn sie in einem Altbau gelegen ist.<sup>5</sup>

An dieser Eignung für Wohnzwecke fehlte es aufgrund der erheblichen Wandfeuchtigkeit aller Außenwände ohne Sanierungsarbeiten bei beiden Wohnungen.

### bb) Vertragliche Voraussetzung

Fraglich ist, was unter „vertraglich vorausgesetzter“ Verwendung zu verstehen ist.

Eine nach dem Vertrag „vorausgesetzte“ Verwendung liegt dabei zunächst unstrittig nur dann vor, wenn die Parteien eine gemeinsame Vorstellung von der Verwendung hatten und diese zudem im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss auch artikuliert und akzeptiert wurde. Einigkeit besteht, dass dieser Verwendungszweck nicht lediglich von einer Partei (regelmäßig dem Käufer) vorausgesetzt sein darf.<sup>6</sup>

Umstritten ist allerdings, ob es sich bei dieser einvernehmlichen Zweckbestimmung um einen Vertragsbestandteil handeln muss, oder ob vielmehr auch eine dem Rechtsgeschäft vorgelagerte Willensübereinstimmung – ähnlich einer bloßen Geschäftsgrundlage – in Betracht kommt.

Wichtig wird die Entscheidung dieser Frage bei Verträgen, die – wie beim Grundstückskauf – einer Form bedürfen, weil davon die Frage abhängt, ob die vertragliche Voraussetzung einer Verwendung auch dem Formzwang des Vertrages unterliegt.

(1) Für § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB in der Fassung bis zum 31.12.2021 sollte es nach Ansicht des BGH<sup>7</sup> ausreichen, wenn die Parteien die in Frage stehende Verwendung der Kaufsache übereinstim-

mend (ausdrücklich oder konkludent) im Sinne einer Geschäftsgrundlage unterstellt haben.

(2) Diese großzügige Ansicht kann nach überwiegender Meinung für die ab dem 01.01.2022 geltende Rechtslage nicht beibehalten werden.

Die nach dem Vertrag „vorausgesetzte Verwendung“ findet sich seit dem 01.01.2022 bei den subjektiven Anforderungen des § 434 II BGB.

Auch Art. 6 b) Warenkauf-RL<sup>8</sup> setzt eine „Zustimmung“ des Verkäufers zu dem Zweck voraus, den der Verbraucher ihm zur Kenntnis gebracht hat. Diese Regelung, die in Richtung eines Erfordernisses vertraglicher Einigung deutet, ist nach Art. 4 Warenkauf-RL vollharmonisierend.

**Anmerkung:** Für den Grundstückskauf ist zwar die Warenkauf-RL nicht anwendbar (eine Ware ist eine bewegliche Sache, § 241a I BGB). Dennoch kann der Mangelbegriff beim Grundstückskaufvertrag nicht anders definiert werden als beim Kauf einer Ware!

Daher wird ab dem 01.01.2022 für eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung eine wirksame vertragliche – zumindest konkludente – Einigung der Parteien vorliegen müssen.<sup>9</sup> Nach dem Vertrag vorausgesetzt ist danach eine Verwendung, wenn der Käufer diese spätestens bei Abschluss des Kaufvertrags dem Verkäufer zur Kenntnis gebracht und dieser der Verwendung zugestimmt hat.

Daraus ergibt sich dann richtigerweise auch die Erstreckung einer etwaigen Formbedürftigkeit auf eine Verwendungszweckabrede im Sinne des § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB.<sup>10</sup>

Nach der herrschenden Andeutungstheorie ist eine Verwendungszweckabrede i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB daher nur dann wirksam, wenn sie in der notariellen Urkunde einen hinreichenden Anhalt findet.

Im vorliegenden Fall findet sich im notariellen Kaufvertrag zumindest eine Beschreibung des Kaufgegenstandes als „Wohnung“ und der Begriff „Souterrain“. Damit ist in der notariellen Urkunde der Verwendungszweck klar genug angedeutet.

Eine – nach § 311b I S. 1 BGB formwirksame – Verwendungszweckabrede i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB lag somit vor.

<sup>4</sup> <https://www.homeday.de/de/immobilienlexikon/souterrain>.

<sup>5</sup> BGH, NJW 2018, 1954 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>6</sup> Vgl. Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233 (235).

<sup>7</sup> BGH, **Life&LAW 10/2019, 659 ff.** = NJW 2019, 1937 (1938) = [jurisbyhemmer](#); BGH, **Life&LAW 12/2017, 813 ff.** = [jurisbyhemmer](#).

<sup>8</sup> **Art. 6 b) WK-RL lautet:** Die Waren entsprechen dem Kaufvertrag, wenn sie sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer *spätestens bei Abschluss des Kaufvertrags zur Kenntnis gebracht und dem der Verkäufer zugestimmt hat*.

<sup>9</sup> Lorenz, NJW 2021, 2065 (2066); Wilke, VuR 2021, 283.

<sup>10</sup> Vgl. dazu auch MüKo/Maultzsch, BGB, 9. Auflage 2024, § 434, Rn. 35 a.E.

**Anmerkung:** Wenn Sie sich die Entscheidung des BGH im Original durchlesen, finden Sie zu den vorstehenden Ausführungen keine einzige Silbe. Dies liegt wohl daran, dass nach Ansicht des BGH zur bis zum 31.12.2021 geltenden Rechtslage die vertraglich vorausgesetzte Verwendung nach § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB a.F. nicht auf einer beurkundungsbedürftigen Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer beruht.<sup>11</sup>

Diese Rechtsprechung ist aber aufgrund der seit 01.01.2022 geltenden Rechtslage im Hinblick auf Art. 6 b) Warenkauf-RL nicht mehr überzeugend.

Wenn dieses Urteil zu einer Klausur „verarbeitet“ wird, müssen Sie in der Lösung zu diesen Fragen mit Sicherheit Stellung beziehen!

Die Abgrenzung zur Beschaffenheitsvereinbarung erfolgt danach, ob sich die Vereinbarung unmittelbar auf konkrete Eigenschaften der Sache bezieht (dann § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB) oder vielmehr allgemein auf eine bestimmte Funktionsweise des Gegenstands (dann § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB).<sup>12</sup>

cc) **Problem:** vertraglich vorausgesetzte Verwendung geht nicht über gewöhnliche Verwendung hinaus

Die vertragsgemäße Verwendung (Wohnen) stimmt im vorliegenden Fall aber mit der üblichen Verwendung einer Wohnung überein.

Als Wohnung verkaufte Räume sind nicht für die gewöhnliche Verwendung zum Wohnen geeignet, sodass diesbezüglich der objektive Mangelbegriff des § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB vorrangig sein könnte.

Um ein Leerlaufen des § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB zu verhindern, wird vertreten, dass eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung i.S.v. § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB in Abgrenzung zu der gewöhnlichen Verwendung i.S.v. § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB eine „außergewöhnliche“ Verwendung sein muss. Der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung käme nur dann eine eigenständige Bedeutung gegenüber derjenigen nach § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB zu, wenn die Parteien eine andere als die gewöhnliche Verwendung vorausgesetzt hätten.<sup>13</sup>

Die besseren Argumente sprechen daher dafür, dass der Verwendungszweck über die gewöhnliche Verwendung hinausgehen muss, da anderenfalls § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB weitgehend leerliefe.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> So ausdrücklich BGH, NJW 2018, 1954 (1956, Rn. 21) = jurisbyhemmer.

<sup>12</sup> MüKo/Maultzsch, a.a.O., § 434, Rn. 36.

<sup>13</sup> BGH, Life&LAW 10/2019, 659 ff. = NJW 2019, 1937 ff. = jurisbyhemmer; so auch Omlor, JuS 2019, 808 (809).

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf, NJW 2006, 2858 (2859) = jurisbyhemmer.

Folgt man der Ansicht, dass es sich bei der vertraglich vorausgesetzten Verwendung um einen außergewöhnlichen Verwendungszweck handeln muss, liegt im vorliegenden Fall kein Mangel i.S.d. § 434 I Var. 1, II S. 1 Nr. 2 BGB vor.

## 2. Hier aber jedenfalls Mangel wegen der Nichterfüllung objektiver Anforderungen i.S.d. § 434 I Var. 2, III S. 1 Nr. 1 BGB

Letztlich kann dieser Meinungsstreit an dieser Stelle aber noch dahinstehen.

Als Wohnung verkaufte Räume im Souterrain eines Altbaus, die bei Gefahrübergang erhebliche Wandfeuchtigkeit aufweisen, sind nämlich nicht für die gewöhnliche Verwendung zum Wohnen geeignet und infolgedessen jedenfalls objektiv mangelhaft nach § 434 I Var. 2, III S. 1 Nr. 1 BGB.

Im Übrigen weisen die verkauften Wohnungen nicht die Beschaffenheit auf, die der Käufer K unter Berücksichtigung der öffentlichen Äußerungen des V nach § 434 III S. 1 Nr. 2b) BGB erwarten durfte. Im Maklerexposé wurden die Wohnungen als im Jahr 1999 kernsaniert bezeichnet. Außerdem soll nach dem Exposé auch nur „eine Außenwand“ Feuchtemängel aufweisen.

Bei dem Makler-Exposé handelt es sich um eine „öffentliche Äußerung des Verkäufers“ im Sinne von § 434 III S. 1 Nr. 2b) BGB, da der Verkäufer auch für öffentliche Äußerungen seiner eigenen Gehilfen einstehen muss. Diese sind ihm nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zuzurechnen, da nach dieser Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut („Verschulden“) nach allgemeiner Meinung nicht nur Verschulden, sondern auch die Verletzungshandlung im Rahmen der Pflichtverletzung zugerechnet wird.<sup>15</sup>

Eine bestimmte Form der Äußerungen ist nicht erforderlich, weshalb auch mündliche oder Äußerungen in elektronischer Form in Betracht kommen. Der Umstand, dass die Äußerungen im Makler-Exposé nicht Gegenstand des notariellen Kaufvertrages wurden, spielt daher keine Rolle.

## 3. Ergebnis

Die Souterrain-Wohnungen waren daher wegen der bei Gefahrübergang vorliegenden erheblichen Wandfeuchtigkeit jedenfalls mangelhaft i.S.d. § 434 I Var. 2, III S. 1 Nr. 1 und Nr. 2b) BGB.

**Anmerkung:** Im „Ernstfall“ wäre die Subsumtion des Vorliegens eines Sachmangels bei diesem Sachverhalt ein Schwerpunkt. Vom BGH finden sich dazu lediglich drei lapidare Randnummern.

<sup>15</sup> BeckOK BGB/Lorenz, 71. Ed. 1.8.2024, BGB § 278 Rn. 50; Grüneberg/Grüneberg, a.a.O., § 278, Rn. 18.

Das „lieblose“ Bejahen eines Sachmangels ohne saubere Subsumtion der Vorschrift des § 434 BGB ist im Staatsexamen ein Hauptmanko in Klausuren zum kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrecht! Verschenken Sie an dieser Stelle nicht unnötig wertvolle Punkte!

### III. Ausschluss der Mängelrechte

Die wegen des Vorliegens eines Sachmangels bei Gefahrübergang nach § 437 BGB grundsätzlich bestehenden Mängelrechte des K könnten jedoch vertraglich oder kraft Gesetzes ausgeschlossen sein.

#### 1. Vertraglicher Haftungsausschluss

Im notariellen Kaufvertrag vom 20. Februar 2018 wurde die Haftung des Verkäufers für Sachmängel ausdrücklich ausgeschlossen.

##### a) Auslegung der Reichweite des vertraglich vereinbarten Haftungsausschlusses

Haben die Parteien eine bestimmte Beschaffenheit vereinbart, ist ein vertraglicher Haftungsausschluss nach gefestigter Rechtsprechung des BGH dahingehend **auszulegen**, dass er sich nicht auf Mängel bezieht, die auf einer Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit beruhen (§ 434 II S. 1 Nr. 1 BGB).

Es wäre nämlich ein widersprüchliches Verhalten, zunächst eine Beschaffenheit zu vereinbaren, für welche dann im nächsten Moment die Haftung wieder ausgeschlossen wird (§ 242 BGB).

**Anmerkung:** Lesen Sie dazu bitte **BGH, Life&LAW 08/2024, 505 ff.**<sup>16</sup>

Nach im Vordringen befindlicher Ansicht müssen diese Grundsätze auch zur Anwendung kommen, wenn sich die Kaufsache nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet und nach § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB mangelhaft ist. Auch hier beruhe der Mangel auf einer Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Kaufsache von einer vertraglich verbindlich getroffenen Vereinbarung.<sup>17</sup>

Im vorliegenden Fall erscheint es aber fraglich, ob ein Mangel i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB vorliegt, da sich die verkauften Wohnungen bereits nicht für die gewöhnliche Verwendung zum Wohnen eignen und infolgedessen objektiv mangelhaft waren nach § 434 I Var. 2, III S. 1 Nr. 1 BGB.

Folgt man der Ansicht, dass der Verwendungszweck über die gewöhnliche Verwendung hinausgehen muss, um ein Leerlaufen von § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB zu verhindern, so läge hier nur ein objektiver Mangel vor, auf den sich ein vertraglicher Ausschluss der Mängelrechte unstreitig erstreckt.

##### b) Vorliegend kann sich V jedenfalls wegen Arglist nicht auf den Haftungsausschluss der Mängelrechte berufen, § 444 Alt. 1 BGB

Diese Frage könnte auch hier dahinstehen, wenn sich V jedenfalls wegen § 444 Alt. 1 BGB nicht auf den vertraglichen Ausschluss der Mängelrechte berufen könnte, weil er den Feuchtigkeitsmangel der Wohnungen arglistig verschwiegen hätte.

**Anmerkung:** Erst hier beginnen im „Original“ die letztlich relevanten Entscheidungsgründe. Dieses Urteil ist (mal wieder) ein Beleg dafür, dass ohne examenstypische Aufbereitung die Lektüre solcher Urteile für die Ausbildung nahezu wertlos, wenn nicht sogar kontraproduktiv ist!

##### aa) Definition Arglist

Arglistig im Sinne von § 444 Alt. 1 BGB handelt bei einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels,

- wer einen Sachmangel kennt oder mindestens für möglich hält
- und weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Sachmangel nicht kennt und
- bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.<sup>18</sup>

Aufgrund des Sanierungsangebots einer Fachfirma im Jahr 2017 war dem V der Feuchtigkeitsmangel der Wohnungen bekannt. Zudem wusste V, dass es an einer Horizontalabdichtung fehlte, sodass die Außenwände nicht gegen die aufsteigende Wandfeuchtigkeit geschützt waren.

Dennoch hat V sowohl im Exposé als auch im Kaufvertrag die Feuchtigkeit nur **einer** Außenwand erwähnt.

<sup>16</sup> Vgl. auch NJW 2024, 2246 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>17</sup> So ausdrücklich MüKo/Maultzsch, BGB, 9. Auflage 2024, § 434, Rn. 35 a.E.

<sup>18</sup> Vgl. BGH, **Life&LAW 09/2019, 587 (591)** = NJW 2019, 2380 (2382) = [jurisbyhemmer](#).

### bb) Keine Aufklärungspflicht, wenn Mangel für K erkennbar war

Ein arglistiges Verschweigen der Feuchtigkeit der anderen Außenwände könnte daher nur dann verneint werden, wenn die Feuchtigkeit der Wohnungen für K erkennbar war, so dass keine Offenbarungspflicht des V bestanden hätte.

Für Mängel, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne weiteres erkennbar sind, besteht nach gefestigter Rechtsprechung des BGH keine Offenbarungspflicht.

Der Käufer kann insoweit eine Aufklärung nicht erwarten, weil er diese Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann.<sup>19</sup>

Wenn dem Verkäufer offenbarungspflichtige Tatsachen bekannt sind, ist ein arglistiges Verschweigen jedoch auch dann gegeben, wenn der wahre Umfang der aufklärungspflichtigen Tatsache nicht angegeben, sondern bagatellisiert wird.<sup>20</sup>

### cc) Vorliegend ist Arglist des V zu bejahen

Gemessen an diesen Grundsätzen waren die Feuchtigkeitsschäden für K im Einzelnen nicht ersichtlich.

#### (1) Bagatellisierung der Bauteilöffnungen durch V

Aufgrund der bei der Besichtigung erkennbaren Bauteilöffnungen hat K nicht mit weiteren Feuchtigkeitsschäden rechnen müssen.

Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, ob die Feuchtigkeit an den geöffneten Stellen für K überhaupt erkennbar war.

Außerdem hat V zu den Bauteilöffnungen und Probebohrungen vorgetragen, ein vorheriger Kaufinteressent habe die Substanz der Immobilie untersuchen lassen, und die noch sichtbare Öffnung der Außenisolierung habe den potentiellen Käufern die Qualität der Außenabdichtung vor Augen führen sollen. Diese Erklärung war geeignet, die Bedeutung der Bauteilöffnungen zu bagatellisieren.

#### (2) Bagatellisierung der Feuchtigkeit durch die Hinweise in Exposé und Kaufvertrag

Auch die in dem Exposé und in dem Kaufvertrag enthaltenen Hinweise machten eine Aufklärung durch V nicht entbehrlich.

In dem Exposé wird nur der konkrete Feuchtigkeitsschaden an **einer** Außenwand genannt und die Wohnung als im Jahr 1999 kernsaniert bezeichnet.

Auch im Kaufvertrag wird lediglich auf den Feuchtigkeitsschaden an einer näher spezifizierten Außenwand hingewiesen.

Diese selektiven Hinweise waren geeignet, die Erwartung zu wecken, dass die Wohnungen abgesehen von dem konkreten Feuchtigkeitsschaden an einer Wand trocken sind.

Der zusätzliche Hinweis in dem Kaufvertrag, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass in der Zukunft Probleme mit Feuchtigkeit auftreten, lässt ebenfalls den Schluss zu, dass jedenfalls in der Gegenwart und damit im maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit Ausnahme der ausdrücklich genannten Feuchtigkeit an einer Wand keine Feuchtigkeit vorhanden ist. Er steht zudem im Zusammenhang mit dem Hinweis auf die Lage in Rheinnähe und der dadurch abstrakt bestehenden Gefahr hochwasserbedingter Feuchtigkeit, was zusätzlich geeignet ist, den sichtbaren Feuchtigkeitsschaden zu bagatellisieren.

### c) Ergebnis

Infolge der Bagatellisierungen der Feuchtigkeit durch V war der Feuchtigkeitmangel von allen Außenwänden für K nicht erkennbar. Aufgrund der bestehenden Offenbarungspflicht lag seitens des V ein arglistiges Verschweigen des Mangels vor, sodass sich V gem. § 444 Alt. 1 BGB nicht auf den im Kaufvertrag vereinbarten Haftungsausschluss berufen kann.

**hemmer-Methode:** Beachten Sie, dass der vereinbarte Ausschluss der Mängelrechte nicht unwirksam ist. Er hat lediglich hinsichtlich der arglistig verschwiegenen Mängel keine Wirkung („*kann sich der Verkäufer nicht berufen*“).

Liegt ein weiterer Sachmangel vor, hinsichtlich dessen weder Arglist noch eine Garantieübernahme des Verkäufers vorliegt, greift der Ausschluss der Mängelrechte.

Eine Heranziehung des § 139 BGB kommt daher nicht in Betracht.

## 2. Auch kein gesetzlicher Ausschluss der Mängelrechte gem. § 442 I S. 2 BGB

a) Nach § 442 I S. 1 BGB führt die Kenntnis des Käufers vom Vorhandensein eines Mangels zum Ausschluss seiner Mängelrechte. Eine Kenntnis in diesem Sinne lag bei K aber nicht vor (s.o.).

<sup>19</sup> BGH, NJW-RR 2012, 1078 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, [Life&LAW 06/2016, 369 ff.](#) = NJW 2016, 2315 ff.; BGH, NJW 2018, 1954 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>20</sup> BGH, NJW 2023, 217 ff. = [jurisbyhemmer](#).

b) Nach § 442 I S. 2 BGB führt aber auch die grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Vorhandensein eines Mangels zum Ausschluss seiner Mängelrechte.

Wie ausgeführt, waren die Feuchtigkeitsmängel für K nicht ohne weiteres erkennbar, sodass bereits grobe Fahrlässigkeit des K abzulehnen ist. Zudem greift der Ausschluss der Mängelrechte bei grob fahrlässiger Unkenntnis gemäß § 442 I S. 2 HS 2 BGB nicht ein, weil hier V den Mangel arglistig verschwiegen hat.

#### IV. Endergebnis

K stehen gegen V gem. § 437 BGB Mängelrechte zu.

Wegen der Arglist des V hat K nicht nur den vom Vertretenmüssen unabhängigen Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) und die sich wegen dessen Nichterfüllung ergebenden Gestaltungsrechte Rücktritt (§§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 BGB) und Minderung (§§ 437 Nr. 2, Alt. 2, 441 BGB). Vielmehr kann K auch Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB verlangen.

#### D) Kommentar

(mty). Das Urteil des BGH ist überzeugend.

Die Vorinstanzen<sup>21</sup> haben dies in jedem Punkt zu Unrecht anders gesehen. Zunächst wurde das Vorliegen eines Mangels verneint, weil die Beschaffenheit der Wohnungen hinsichtlich der Feuchtigkeitsfreiheit der üblichen Beschaffenheit eines Altbaus entspräche.

Im Übrigen waren die Vorinstanzen der irrigen Ansicht, dass sich V auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen könne. Aufgrund der Bauteilöffnungen und Bohrungen seien die Schäden und der Aufbau des Bodens sowie der Wand erkennbar gewesen, so dass sich V zu keiner Aufklärung hätte gedrängt sehen müssen.

Mit welcher Lässigkeit die ins Auge springende Arglist des V verneint wurde, kann einen eigentlich nur erschüttern.

Da noch weitere Feststellungen zu treffen waren, konnte der BGH nicht selbst entscheiden. Er hat daher das Urteil nach § 562 ZPO aufgehoben und die Sache nach § 563 I S. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Hierbei hat der BGH von der in § 563 I S. 2 ZPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen.

Der BGH macht von dieser Möglichkeit nur in Ausnahmefällen Gebrauch.<sup>22</sup> Im vorliegenden Fall hat der BGH wohl genug gehabt von der Arbeitsverweigerung des Berufungssenats des OLG Köln.

#### E) Wiederholungsfrage

##### ▪ Wann verschweigt ein Verkäufer arglistig das Vorliegen eines Mangels?

Ein arglistiges Verschweigen ist gegeben, wenn der Verkäufer den Mangel kennt oder ernsthaft damit rechnet und zudem weiß oder billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenlegung den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätte.

Für Mängel, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne weiteres erkennbar sind, besteht nach gefestigter Rechtsprechung des BGH allerdings keine Offenbarungspflicht, da der Käufer insoweit eine Aufklärung nicht erwarten kann, wenn er diese Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann.

Wenn dem Verkäufer offenbarungspflichtige Tatsachen bekannt sind, ist ein arglistiges Verschweigen jedoch auch dann gegeben, wenn der wahre Umfang der aufklärungspflichtigen Tatsache nicht angegeben, sondern bagatellisiert wird.

#### F) Zur Vertiefung

##### Zum Sachmangel

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Skript Schuldrecht-BT I, Rn. 87 ff.

##### Zu § 444 BGB

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Skript Schuldrecht-BT I, Rn. 364 ff.

<sup>21</sup> LG Köln, Urteil vom 05.10.2022, Az. 28 O 456/21 sowie OLG Köln, Beschluss vom 22.03.2023, Az. 1 U 66/22.

<sup>22</sup> Musielak/Voit/Ball, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 563 Rn. 4.