

## Kein Berufen auf Gewährleistungsausschluss bei Arglist – Verkäufermehrheit

1. Auf einen vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss darf sich nur der Verkäufer gemäß [§ 444 Fall 1 BGB](#) nicht berufen, der selbst arglistig gehandelt, sich die Arglist eines Mitverkäufers nach [§ 166 BGB](#) zurechnen lassen muss oder rechtsgeschäftlich die Haftung für eine Arglist übernommen hat.
2. [§ 249 II 2 BGB](#) gilt zwar unmittelbar nur, wenn wegen der Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten ist. Die Vorschrift ist indes entsprechend anwendbar, wenn ein Käufer einen auf den Ersatz der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten gerichteten vertraglichen Schadensersatzanspruch ([§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB](#)) geltend macht.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 17.06.2015 – [2 U 84/13](#)

(nachfolgend: [BGH, Versäumnisurteil vom 08.04.2016 – V ZR 150/15](#))

**Sachverhalt:** Die Kläger erwarben von den Beklagten, die seinerzeit ihre Scheidung betrieben, mit notariellem Kaufvertrag ein Grundstück, das mit einem im Jahr 2006 errichteten Wohnhaus bebaut ist. Dieses war bei Abschluss des Kaufvertrages bis auf den Außenbereich im Wesentlichen fertiggestellt. Der Kaufvertrag enthält auf Seite 7 einen Gewährleistungsausschluss für Sachmängel und die Versicherung der Beklagten, dass ihnen versteckte Sachmängel nicht bekannt seien.

Der Beklagte zu 1, für den im Beurkundungstermin der von den Beklagten beauftragte Makler T als vollmachtloser Vertreter aufgetreten war, genehmigte den Kaufvertrag mit notarieller Urkunde vom 17.07.2009.

Die Kläger haben gegenüber den Beklagten Schadensersatzansprüche geltend gemacht mit der Begründung, dass im Winter 2010 die Heizung wegen einer fehlenden Isolierung der Rohre eingefroren sei und – was im Berufungsverfahren allein noch von Interesse ist – im Frühjahr 2010 die seitlich neben dem Haus befindliche Winkelstützmauer einzubrechen begonnen habe. Die Mängelbeseitigungskosten haben sie hinsichtlich der Heizung auf 2.145 € beziffert. Hinsichtlich der Stützmauer haben sie die ihnen bereits entstandenen Kosten für den teilweisen Rückbau der Mauer sowie die Abtragung des zwischen der Mauer und der Hauswand befindlichen Erdreichs mit 12.409 € angegeben. Weitere 19.992 € haben sie unter Berufung auf das in einem selbstständigen Beweisverfahren eingeholte Sachverständigengutachten für die Wiederherstellung der Stützmauer verlangt. Außerdem haben sie eine Kaufpreisminderung in Höhe von 15.000 € geltend gemacht, weil die von dem Sachverständigen vorgeschlagene Ausführung der Stützmauer mit einer optischen und funktionellen Beeinträchtigung des Anwesens einhergehe.

Das Landgericht hat die Beklagten nach Beweisaufnahme unter Abweisung der Klage im Übrigen als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger 19.992 € nebst Zinsen zu zahlen. Es hat hinsichtlich der Stützmauer einen Schadensersatzanspruch bejaht, weil die Beklagten arglistig verschwiegen hätten, dass die Konstruktion der Mauer nicht den statischen Vorgaben entsprochen habe. Zu erstatten seien allerdings nur die von dem Sachverständigen ermittelten Sanierungskosten. Die Voraussetzungen für eine Kaufpreisminderung seien nicht gegeben. Hinsichtlich der Heizungsanlage stünden den Klägern keine Gewährleistungsrechte zu.

Gegen dieses Urteil haben sowohl die Kläger als auch die Beklagten Berufung eingelegt.

Das Rechtsmittel der Kläger, die nur noch den Schadensersatzanspruch wegen der Stützmauer weiterverfolgen, soweit er ihnen erstinstanzlich aberkannt worden ist, hatte zum Teil Erfolg. Die Berufung des Beklagten zu 1 war nicht erfolgreich, während auf die Berufung der Beklagten zu 2 die gegen sie gerichtete Klage abgewiesen wurde.

**Aus den Gründen:** B. ... II. Der Beklagte zu 1 ist den Klägern gemäß [§ 437 Nr. 3 BGB](#) i. V. mit [§§ 280 I](#) und III, [281 BGB](#) zum Schadensersatz verpflichtet.

1. Auf den Fall findet entgegen der Auffassung der Kläger Kaufvertragsrecht ([§§ 433 ff. BGB](#)) Anwendung. Werkvertragsrecht ([§§ 631 ff. BGB](#)) wäre nur dann anwendbar, wenn mit dem Erwerb des Grundstücks durch die Kläger eine Verpflichtung der Beklagten zur Herstellung des darauf errichteten – zum Kaufzeitpunkt unstreitig im Außenbereich noch nicht fertiggestellten – Wohnhauses verbunden gewesen wäre (vgl. BGH, Urt. v. 08.03.2007 – [VII ZR 130/05](#), [NJW-RR 2007, 895](#) [896]). Das ergibt sich aus dem notariellen Kaufvertrag nicht.

2. Das verkaufte Hausgrundstück ist mit einem Sachmangel i. S. des [§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#) behaftet, da es nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann ...

3. Gewährleistungsrechte gegenüber dem Beklagten zu 2 scheitern nicht an dem in dem notariellen Kaufvertrag vereinbarten Haftungsausschluss für Sachmängel.

a) Zu Unrecht halten die Kläger die Vereinbarung über den Haftungsausschluss allerdings schon deshalb für unwirksam, weil es sich bei der Immobilie um einen Neubau gehandelt habe. Das trifft nicht zu ...

b) Die Beklagten haben auch keine Beschaffenheitsgarantie ([§ 444 Fall 2 BGB](#)) hinsichtlich der Standfestigkeit der Stützmauer übernommen, indem sie den Klägern vor dem Verkauf die entsprechenden statischen Unterlagen über ihren Makler zur Verfügung gestellt haben. Die Übernahme einer Garantie setzt voraus, dass der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für die vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Beschaffenheit einzustehen (vgl. [BGH, Urt. v. 29.11.2006 – VIII ZR 92/06](#), [BGHZ 170, 86](#); Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 74. Aufl., § 443 Rn. 5). Im Streitfall ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte, dass die Überlassung der Statikunterlagen nicht lediglich Informationszwecken diene, sondern die Kläger berechtigterweise davon ausgehen durften, die Beklagten seien bereit, für die mit den statischen Vorgaben übereinstimmende tatsächliche Ausführung der Stützmauer zu haften.

c) Der Beklagte zu 1 kann sich indes nicht mit Erfolg auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen, weil er den Mangel arglistig verschwiegen hat ([§ 444 Fall 1 BGB](#)).

aa) Bei einem Verkauf eines Gebäudegrundstücks besteht eine Pflicht zur Offenbarung verborgener Mängel oder von Umständen, die nach der Erfahrung auf die Entstehung und Entwicklung bestimmter Mängel schließen lassen, wenn es sich um Umstände handelt, die für den Entschluss des Käufers von Bedeutung sind, insbesondere die beabsichtigte Nutzung erheblich zu mindern geeignet sind. Bei den Mängeln, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne Weiteres erkennbar sind, besteht dagegen keine Offenbarungspflicht. Der Käufer kann insoweit eine Aufklärung nicht erwarten, weil er diese Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann. Nicht ohne Weiteres erkennbar sind indes solche Mängel, von denen bei einer Besichtigung zwar Spuren zu erkennen sind, die aber keinen tragfähigen Rückschluss auf Art und Umfang des Mangels erlauben. In diesen Fällen muss der Verkäufer gemäß seinem Kenntnisstand aufklären und darf sein konkretes Wissen nicht zurückhalten (vgl. [BGH, Urt. v. 15.06.2012 – V ZR 198/11](#), [NJW 2012, 2793](#); [Urt. v. 16.03.2012 – V ZR 18/11](#), [NJW-RR 2012, 1078](#) [1079] m. w. Nachw.).

bb) Danach liegt hier ein offenbarungspflichtiger Mangel vor ...

cc) Das Verschweigen des Mangels durch den Beklagten zu 1 war arglistig.

(1) Ein arglistiges Verschweigen ist gegeben, wenn der Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch 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 (vgl. BGH, Urt. v. 12.04.2013 – [V ZR 266/11](#), [NJW 2013, 2182](#) [2183] m. w. Nachw., Urt. v. 07.03.2003 – [V ZR 437/01](#), [NJW-RR 2003, 989](#) [990]). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt.

(2) Der Beklagte zu 1 hat die Stützmauer unstreitig rund drei Jahre vor dem Verkauf des Anwesens in Eigenleistung errichtet. Er wusste daher, dass statt der in der statischen Berechnung vorgesehenen L-Steine mit einer Höhe von 4,80 m lediglich solche mit einer Höhe von 1,80 m bis 2,00 m verwendet worden waren, auf die eine Ortbetonschicht mit einer Stärke von ca. zwei Metern aufgebracht worden war. Dass diese Ausführung nicht den statischen Vorgaben entsprach, konnte aus der Sicht des Beklagten zu 1 nicht zweifelhaft sein, zumal in der statischen Berechnung der S-GmbH vom 19.10.2005 ausdrücklich – und sogar durch Fettdruck – hervorgehoben ist, dass im Fall von Konstruktionsänderungen die in der Berechnung gemachten Angaben ihre Gültigkeit verlieren und neue Nachweise erforderlich sind. Dass ihm die statische Berechnung der S-GmbH nicht bekannt war, macht der Beklagte zu 1 nicht geltend. Dagegen spricht im Übrigen, dass diese den Klägern vor dem Kauf durch den Zeugen T übermittelt wurde, der sie seinerseits nach den Umständen nur von den Beklagten erhalten haben kann.

Im Übrigen haben die Beklagten eingeräumt, dass es vor dem Verkauf bereits zu Absetzungen im Bereich des hinter der Mauer aufgeschütteten Erdreichs gekommen war und dass zudem ein größerer Riss aufgetreten war. Jedenfalls diese Umstände hätten dem Beklagten zu 1 daher Anlass geben müssen, die Kläger, denen die Ursache hierfür, wie ausgeführt, nicht bekannt sein konnte, darüber aufzuklären, dass bei der Errichtung der Mauer nicht die durch die Statik geforderten Baumaterialien verwendet worden waren.

(3) Eine andere Beurteilung wäre selbst dann nicht gerechtfertigt, falls der mit der Statik und Bauüberwachung beauftragte Dipl.-Ing. M bei der Anlieferung der L-Winkel anwesend gewesen sein und diese „der Ausführung nach nicht moniert“ haben sollte, wie der Beklagte zu 1 behauptet ... Dass Dipl.-Ing. M die Mauer nach ihrer Errichtung untersucht und für statisch unbedenklich erachtet hat, wird von dem Beklagten zu 1 nicht geltend gemacht ...

d) Ebenfalls ohne Erfolg macht der Beklagte zu 1 geltend, er sei krankheitsbedingt nicht in der Lage gewesen, seiner Aufklärungspflicht gegenüber den Klägern nachzukommen.

aa) Ausweislich des Berichts des Universitätsklinikums des Saarlandes vom 27.09.2010 wurde der Beklagte zu 1 am 04.06.2009 notfallmäßig in die Klinik aufgenommen, nachdem er zuvor zu Hause stärkste Ängste entwickelt hatte. Er habe über akustische Halluzinationen in Form von imperativen, kommentierenden sowie dialogisierenden Stimmen berichtet und paranoide Gedanken geäußert. Der formale Gedankengang sei zerfahren gewesen mit zum Teil langen Antwortlatenzen und Gedankenabreißen. Die kognitiv-mnestischen Funktionen seien herabgesetzt, die Konzentrationsleistung eingeschränkt und die Auffassung erschwert gewesen.

Aus dem Bericht geht weiter hervor, dass die behandelnden Ärzte eine paranoid-halluzinatorische Schizophrenie diagnostizierten, die mutmaßlich fast (gemeint ist wohl: schon) mehrere Jahre bestanden habe, bislang aber nicht medikamentös behandelt worden sei. Es sei zunächst eine hochpotente neuroleptische und sedierende Therapie erfolgt, unter der die Symptomatik langsam rückläufig gewesen sei. Die Therapie sei daraufhin ausgeschlichen worden. Bei seiner Entlassung am 19.09.2009 sei der Beklagte zu 1 in seiner Stimmung aufgelockert und im formalen Gedankengang geordnet gewesen. Wahrnehmungsstörungen, inhaltliche Denkstörungen oder Störungen des Ich-Erlebens seien verneint worden.

bb) Daraus folgt zwar, dass der Beklagte zu 1 zu Beginn seiner stationären Behandlung am 04.06.2009 an nicht unerheblichen psychischen Beeinträchtigungen litt. Maßgeblich für die Beurteilung der krankheitsbedingten Einschränkung ist indes der 17.07.2009, als der Beklagte zu 1 die in dem Beurkundungstermin am 22.06.2009 ohne Vollmacht für ihn abgegebene Vertragserklärung gegenüber dem Notar genehmigt hat ([§ 177 I BGB](#)). Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte er die Kläger darüber informieren müssen, dass die Stützmauer im Widerspruch zu den statischen Vorgaben errichtet worden war. Zwar hätten die Kläger, sofern sie nach erfolgter Aufklärung den Kaufvertrag nicht mehr oder nur noch in anderer Form hätten abschließen wollen, wegen der Bindung ([§ 145 BGB](#)) an ihre eigene Vertragserklärung vom 22.06.2009 von diesem grundsätzlich nicht mehr einseitig Abstand nehmen können. Sie hätten gleichwohl verlangen können, dass der Beklagte zu 1 die Erklärung des vollmachtlosen Vertreters nicht genehmigt, da er sich andernfalls dem Vorwurf der unzulässigen Rechtsausübung ([§ 242 BGB](#)) ausgesetzt hätte.

Eine andere Sichtweise, was den maßgeblichen Zeitpunkt für die Aufklärung anbelangt, wird auch nicht durch das Urteil des BGH vom 15.06.2012 ([V ZR 198/11](#), [NJW 2012, 2793](#)) nahegelegt. Soweit der BGH darin entschieden hat, dass es bei einem gestreckten Vertragsschluss, bei dem das Angebot auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrags durch den Käufer und dessen Annahme durch den Verkäufer zeitlich auseinanderfallen, für die Kenntnis des Käufers vom Vorliegen eines Mangels gemäß [§ 442 I 1 BGB](#) auf den Zeitpunkt der Beurkundung des Angebots ankommt, betrifft das eine andere Rechtsfrage, als sie hier zu beantworten ist.

cc) Dass der Beklagte zu 1 krankheitsbedingt nicht in der Lage war, den Klägern spätestens am 17.07.2009 die gebotenen Informationen zu erteilen, lässt sich nicht feststellen.

(1) Der Arztbericht vom 27.09.2010 verhält sich hierzu nicht. Die Mitteilung, die zunächst eingeleitete hochpotente medikamentöse Therapie habe, nachdem die Symptomatik langsam rückläufig gewesen sei, ausgeschlichen werden können, lässt vielmehr die Möglichkeit zu, dass sich der Gesundheitszustand des Beklagten zu 1 am 17.07.2009, mithin rund sechs Wochen nach seiner stationären Aufnahme, wieder stabilisiert hatte, zumal es dem Beklagten zu 1 jedenfalls möglich war, an diesem Tag das Krankenhaus zu verlassen und sich zu dem beurkundenden Notar zu begeben.

(2) Auch die zweitinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme hat das Vorbringen des Beklagten zu 1 nicht bestätigt. Die Zeugin *G*, die den Beklagten zu 1 während des Klinikaufenthalts als Assistenzärztin behandelt hat, vermochte in ihrer schriftlichen Aussage vom 30.04.2014 aus eigener Erinnerung zu dessen damaligem Gesundheitszustand keine Angaben zu machen. Der von ihr zitierten Befunddokumentation vom 21.07.2009 kann lediglich entnommen werden, dass der Beklagte zu 1 an jenem Tag mimisch und psychomotorisch noch deutlich eingeschränkt und formalgedanklich noch deutlich langsam war. Andererseits seien Psychosymptome verneint worden und es wird der Wunsch des Patienten dokumentiert, „sofort in den nächsten Wochen“ wieder arbeiten zu wollen, was gleichfalls eher auf eine Stabilisierung des Gesundheitszustands hindeutet.

Weiterer Zeugenbeweis konnte nicht erhoben werden, da der Beklagte zu 1 die ladungsfähige Anschrift des Zeugen *Dr. K*, des behandelnden Oberarztes, nicht zu ermitteln vermochte. Auch die durch den Beweisbeschluss vom 12.06.2014 angeordnete Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens konnte unterbleiben. Der Beklagte zu 1, der nach allgemeinen Grundsätzen für eine krankheitsbedingt ausgeschlossene oder eingeschränkte Zurechnungsfähigkeit beweisbelastet ist (vgl. BGH, Urt. v. 25.11.1987 – [IVa ZR 160/86](#), [BGHZ 102, 227](#) [230]; Urt. v. 01.07.1986 – [VI ZR 294/85](#), [BGHZ 98, 135](#) [139]; Palandt/*Sprau*, BGB, 73. Aufl., § 827 Rn. 3), hat den angeforderten Auslagenvorschuss für das Gutachten trotz Fristsetzung nicht eingezahlt ([§ 356 ZPO](#) i. V. mit [§§ 379, 402 ZPO](#); vgl. Zöller/*Greger*, ZPO, 30. Aufl., § 356 Rn. 2).

e) Darauf, dass der Beklagte zu 1 an den dem Kauf vorangegangenen Besichtigungen durch die Kläger nicht persönlich teilgenommen hat, kommt es für die Arglist nicht an. Für den Fall seiner Verhinderung hätte es dem Beklagten zu 1 obliegen, den Klägern auf andere geeignete Weise spätestens vor dem Zustandekommen des Kaufvertrags die erforderlichen Informationen hinsichtlich der Errichtung der Stützmauer zukommen zu lassen. Ebenso wenig entlastet es den Beklagten zu 1 gemäß [§ 166 II BGB](#), dass in dem Beurkundungstermin der Zeuge T als vollmachtloser Vertreter für ihn aufgetreten ist, der nach eigenem Bekunden von der gegenüber der Statik abweichenden Ausführung der Mauer keine Kenntnis hatte. Die Regelung des [§ 166 II BGB](#) ist entsprechend anwendbar, wenn der Vertretene das Handeln des vollmachtlosen Vertreters nachträglich gemäß [§ 177 I BGB](#) genehmigt (vgl. BGH, Urt. v. 17.02.1965 – [VIII ZR 75/63](#), [BB 1965, 435](#); Palandt/*Ellenberger*, BGB, 74. Aufl., § 166 Rn. 10), wie es hier der Fall war.

4. Die Kläger sind mit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nicht ausgeschlossen. Zwar haben die Beklagten erstinstanzlich vorgetragen, die Kläger hätten im Hinblick auf die bei der Besichtigung des Anwesens bereits erkennbaren Absetzbewegungen im Terrassenbereich eine Reduzierung des Kaufpreises um 30.000 € erreicht, was einen konkludenten Verzicht auf Gewährleistungsrechte wegen der unzureichenden Standsicherheit der Mauer begründen könnte. Es steht indes nicht fest, dass gerade der Zustand der Stützmauer der Anlass dafür war, dass die Beklagten unter Abstandnahme von ihrer ursprünglichen Preisvorstellung den Klägern bei dem Kaufpreis entgegengekommen sind. Das Landgericht ist aufgrund nachvollziehbarer Beweiswürdigung zu der Überzeugung gelangt, der vereinbarte Kaufpreis sei das Ergebnis allgemeiner Preisverhandlungen gewesen. Dagegen werden in dem Berufungsverfahren keine konkreten Einwände erhoben.

III. Demgegenüber greift zugunsten der Beklagten zu 2 der vereinbarte Haftungsausschluss ein.

1. Eine eigene Kenntnis der Beklagten zu 2 davon, dass zur Errichtung der Stützmauer nicht die in der statischen Berechnung vorgesehenen L-Steine mit einer Größe von 4,80 m verwendet wurden, lässt sich nicht feststellen und wird auch von den Klägern nicht konkret behauptet. Die Beklagte zu 2, welche zu den in Eigenleistung durchgeführten Arbeiten – was jedenfalls zweitinstanzlich außer Streit steht – allenfalls kleinere Hilfstätigkeiten beitrug, verfügte daher über keine Erkenntnisse hinsichtlich der Mauer, die sie den Klägern redlicherweise hätte mitteilen müssen. Auch soweit bei der Besichtigung eine „leichte Schiefelage“ sowie ein Riss in der Mauer erkennbar gewesen sein sollten, ergab sich kein offenbarungspflichtiger Wissensvorsprung der Beklagten zu 2, für die sich die tatsächliche Situation letztlich nicht anders als für die Kläger darstellte.

2. Die Beklagte zu 2 muss sich auch nicht die Arglist des Beklagten zu 1 zurechnen lassen.

a) Ob ein vereinbarter Haftungsausschluss bei einer Mehrheit von Verkäufern, von denen lediglich einer arglistig handelt, auch gegenüber den übrigen Verkäufern keine Wirkung entfaltet, wird allerdings in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

aa) Teilweise wird angenommen, für die Haftung aller Mitverkäufer sei grundsätzlich die Arglist eines Verkäufers ausreichend (vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 14.11.2013 – [5 U 6/11](#), juris; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB, Neubarb. 2014, § 444 Rn. 48). Zur Begründung wird im Wesentlichen auf zwei noch zum alten Schuldrecht ergangene Entscheidungen des BGH (Urt. v. 16.01.1976 – [V ZR 63/74](#), [WM 1976, 323](#); Urt. v. 10.07.1987 – [V ZR 152/86](#), [NJW-RR 1987, 1415](#)) Bezug genommen.

bb) Nach anderer Ansicht kann der selbst nicht arglistig handelnde Verkäufer nur dann auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn er sich die Arglist des Mitverkäufers nach [§ 166 BGB](#) zurechnen lassen muss, zum Beispiel weil er bei dem Vertragsschluss durch diesen vertreten worden ist (vgl. *Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 444 Rn. 17; Erman/*Grunewald*, BGB, 14. Aufl., § 444 Rn. 9; MünchKomm-BGB/*H. P. Westermann*, 6. Aufl., § 444 Rn. 12).

b) Der Senat hält jedenfalls für das seit dem 01.01.2002 geltende Schuldrecht die zweite Auffassung für richtig.

aa) [§ 425 I BGB](#) enthält für den Fall einer gesamtschuldnerischen Haftung ([§ 421 BGB](#)) den Grundsatz der Einzelwirkung. Danach wirken andere Tatsachen als Erfüllung, Erlass und Gläubigerverzug nur für und gegen denjenigen Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis etwas anders ergibt. Das Gesetz geht mithin davon aus, dass auch die zu einer Gesamtschuld verbundenen Einzelforderungen gegen mehrere Schuldner grundsätzlich rechtlich selbstständig sind und sich unterschiedlich entwickeln können (vgl. etwa MünchKomm-BGB/*Bydlinski*, 6. Aufl., § 425 Rn. 1; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 74. Aufl., § 425 Rn. 1).

bb) Der BGH hat allerdings in seinem Urteil vom 16.01.1976 ([V ZR 63/74](#), [WM 1976, 323](#)) entschieden, dass bei Arglist eines Verkäufers ein in dem Kaufvertrag vereinbarter Gewährleistungsausschluss nach [§ 476 BGB](#) a.F. auch gegenüber dem anderen Käufer nichtig sei. Er hat weiterhin ausgeführt, dass bei einer Mehrheit von Verkäufern auch der selbst nicht arglistig handelnde Verkäufer, gegen den an sich kein Schadensersatzanspruch nach [§ 463 BGB](#) a.F. bestehe, dann nach [§ 463 BGB](#) a.F. auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden könne, wenn er die Haftung in einem solchen Maße rechtsgeschäftlich übernommen habe, dass darin auch die Übernahme einer Haftung für eine Arglist des anderen Verkäufers zu erblicken sei.



Auch in seiner späteren Entscheidung vom 10.07.1987 ([V ZR 152/86](#), [NJW-RR 1987, 1415](#) [1416]), der eine Wandelung des Kaufvertrags zugrunde lag, hat der BGH hervorgehoben, für die Nichtigkeit eines Gewährleistungsausschlusses nach [§ 476 BGB](#) a.F. sei ausreichend, dass einer von mehreren Verkäufern arglistig gehandelt habe.

cc) Diese Rechtsprechung ist nach Ansicht des Senats auf das neue Schuldrecht nicht übertragbar.

(1) Die von dem Bundesgerichtshof bejahte Gesamtnichtigkeit des vertraglich vereinbarten Haftungsausschlusses nach [§ 476 BGB](#) a.F. hatte zur Folge, dass dem Käufer die gesetzlichen Gewährleistungsrechte offenstanden. Dieser konnte daher von allen Verkäufern die Wandelung des Kaufvertrags oder eine Kaufpreisminderung ([§ 462 BGB](#) a.F.) verlangen. Dagegen stand ihm ein – wahlweise in Betracht kommender (vgl. BGH, Urt. v. 08.01.1959 – [VIII ZR 174/57](#), [BGHZ 29, 148](#) [151]) – Schadensersatzanspruch grundsätzlich nur gegen den arglistig handelnden Verkäufer zu. Das hing damit zusammen, dass der Verkäufer nach [§ 463 BGB](#) a.F. lediglich für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft sowie das arglistige Verschweigen eines Fehlers auf Schadensersatz haftete. Eine Gesamtwirkung der Arglist auch im Rahmen des [§ 463 BGB](#) a.F. hat der BGH in seiner Entscheidung vom 16.01.1976 ([V ZR 63/74](#), [WM 1976, 323](#)) nicht in Erwägung gezogen, sondern einen Schadensersatzanspruch gegen die übrigen Verkäufer von einer rechtsgeschäftlichen Haftungsübernahme abhängig gemacht.

(2) Nach neuem Schuldrecht würde sich die Rechtslage für den Fall, dass der Haftungsausschluss für Sachmängel gemäß [§ 444 Fall 1 BGB](#) gegenüber allen Verkäufern keine Rechtswirkungen hätte, anders darstellen. Der Käufer könnte dann nicht nur, wie nach früherem Recht, gegenüber sämtlichen Verkäufern von dem Kaufvertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern ([§ 437 Nr. 2 BGB](#) i. V. mit [§§ 440, 323, 326 V BGB](#) bzw. [§ 441 BGB](#)). Er könnte zudem die selbst nicht arglistig handelnden Verkäufer auf Schadensersatz in Anspruch nehmen ([§ 437 Nr. 3 BGB](#) i. V. mit [§§ 440, 280, 281, 311a BGB](#)), weil die Berechtigung des Käufers, von dem Verkäufer Schadensersatz zu verlangen, an das Vorliegen eines Sachmangels anknüpft und anders als nach [§ 463 BGB](#) a.F. nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig ist.

(3) Die geänderte Konzeption des Gewährleistungsrechts kann bei der Anwendung des [§ 444 BGB](#) nicht unberücksichtigt bleiben, selbst wenn die Vorschrift – worauf das OLG Brandenburg (Urt. v. 14.11.2013 – [5 U 6/11](#), juris) abstellt – gegenüber der Vorgängerregelung des [§ 476 BGB](#) a.F. lediglich geringfügige Änderungen erfahren hat. Sie ist daher so auszulegen, dass sich nur derjenige Verkäufer nicht auf den Haftungsausschluss berufen kann, der entweder selbst arglistig gehandelt hat oder sich die Arglist eines Mitverkäufers gemäß [§ 166 BGB](#) zurechnen lassen muss oder durch Rechtsgeschäft die Haftung für eine Arglist übernommen hat. Eine andere Sichtweise wäre mit dem die Gesamtschuld prägenden Grundsatz der Einzelwirkung von Tatsachen ([§ 425 BGB](#)) nicht zu vereinbaren und würde zudem den Verkäufer, der unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt für die Arglist einzustehen hat, ungerechtfertigt die Rechte aus dem Haftungsausschluss nehmen. Umgekehrt ist der Käufer auch in einem solchen Fall nicht rechtlos gestellt. Zwar kann er weder von dem Kaufvertrag zurücktreten noch den Kaufpreis mindern ([§ 351 BGB](#), [§ 441 II BGB](#)). Seine rechtlichen Interessen werden jedoch dadurch ausreichend gewahrt, dass er den arglistig handelnden Verkäufer auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann (vgl. MünchKomm-BGB/H. P. Westermann, a. a. O., § 444 Rn. 12; Faust, in: Bamberger/Roth, a. a. O., § 444 Rn. 17). Ob der Schadensersatzanspruch im Einzelfall durchsetzbar ist, was hier im Hinblick darauf, dass sich der Beklagte zu 1 nach der Mitteilung seines Prozessbevollmächtigten mittlerweile in Kasachstan aufhalten soll und angeblich nicht mehr zurückzukehren beabsichtigt, zweifelhaft sein könnte, betrifft allein die in den Risikobereich des Titelgläubigers fallende Durchsetzung des Titels.

c) Danach ist ein Anspruch gegen die Beklagte zu 2 nicht gegeben. Da der Beklagte zu 1 weder bei den Besichtigungen des Anwesens durch die Kläger noch bei dem Beurkundungstermin zugegen war, konnte er bei diesen Gelegenheiten auch keine Erklärungen gegenüber den Klägern abgeben, die sich die Beklagte zu 2 möglicherweise zurechnen lassen müsste. Dass diese eine – in dem notariellen Kaufvertrag nicht dokumentierte – rechtsgeschäftliche Haftungsübernahme erklärt hat, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht.

IV. Der gegen die Höhe des erstinstanzlich zuerkannten Schadensersatzes gerichtete Berufungsangriff der Kläger ist teilweise begründet.

1. Das Landgericht hat den Klägern Schadensersatz in Höhe von 19.992 € brutto (das entspricht 16.800 € netto) zugesprochen. Das ist der Betrag, den der Sachverständige Dr.-Ing. R in seinem Gutachten vom 09.05.2011 in dem selbstständigen Beweisverfahren 12 OH 16/10 für die Sanierung der Stützwand veranschlagt hat und dessen Erforderlichkeit in dem Berufungsverfahren von den Beklagten nicht angegriffen wird. Die weiterhin geforderten Kosten in Höhe von 12.409,68 € brutto (10.428,30 € netto) entsprechend dem Angebot der Firma X vom 19.05.2010 für den teilweisen Rückbau der Stützmauer sowie das Abtragen des dahinter liegenden Erdreichs unter Absenkung des Terrassenniveaus um rund drei Meter hat es mit der Begründung nicht für ersatzfähig erachtet, dass diese Kosten in der Kalkulation des Sachverständigen bereits enthalten seien ...

2. ... Dass dies nicht der Fall war, hat der Sachverständige in seinem durch den Senat eingeholten ersten Ergänzungsgutachten vom 30.09.2014 ausdrücklich klargestellt und ausgeführt, er habe für die Kostenermittlung den von ihm vorgefundenen Zustand zugrunde gelegt. Die erforderlichen Rückbaukosten sind also grundsätzlich den in dem Gutachten ausgewiesenen Sanierungskosten hinzuzurechnen.

3. Der in dem Angebot der Firma X angegebene Betrag ist allerdings nicht in vollem Umfang zu erstatten. Der Sachverständige hat das Angebot in seinem ersten Ergänzungsgutachten überprüft und bei verschiedenen Positionen Abzüge wegen nicht nachvollziehbarer bzw. zu hoch angesetzter Mengen vorgenommen. Danach ergeben sich Rückbaukosten in Höhe von 7.180,40 € netto bei einem Gesamt-sanierungsaufwand von 23.980,40 € netto (28.536,68 € brutto). Das ist nach den klarstellenden Erläuterungen des Sachverständigen in dem zweiten Ergänzungsgutachten vom 15.01.2015 der Betrag, der angefallen wäre, wenn die Kläger sogleich die von dem Sachverständigen vorgeschlagene Sanierungsmaßnahme („am Stück“) durchgeführt hätten. Dass der Teilrückbau, etwa aufgrund einer drohenden Einsturzgefahr der ursprünglich vorhandenen Stützwand, vorgezogen werden musste („Sanierung in zwei Etappen“), wird von den Klägern nicht substantiiert vorgetragen. Auch der Sachverständige vermochte die Notwendigkeit von Sofortmaßnahmen nachträglich nicht festzustellen. Im Übrigen lässt sich den beiden Ergänzungsgutachten nicht entnehmen, dass in diesem Fall die von dem Sachverständigen vorgenommenen Kürzungen in dem Angebot der Firma X entfallen würden. Soweit im Zusammenhang mit dem Teilrückbau zugleich die vorhandene Stützwand seitlich versetzt worden ist, machen die Kläger – worauf auch der Sachverständige hingewiesen hat – keine Kosten geltend.

4. Davon ausgehend ergibt sich rechnerisch ein weiterer Schadensersatzanspruch in Höhe von 8.544,68 € ... Wie in der Berufungsverhandlung am 27.05.2015 erörtert, ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Sachverständige die Sanierungskosten in dem Gutachten und dem zweiten Ergänzungsgutachten jeweils als Bruttobeträge ausgewiesen hat.

a) Nach [§ 249 II 2 BGB](#) ist die Mehrwertsteuer nur ersatzfähig, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist. Die Vorschrift gilt zwar unmittelbar nur für den Schadensersatzanspruch wegen der Beschädigung einer Sache. Sie ist jedoch bei einem auf die Beseitigung eines Mangels gerichteten vertraglichen Schadensersatzanspruch gemäß [§ 437 Nr. 3 BGB](#) i. V. mit [§§ 280 I, III](#), [281 I 1 BGB](#) entsprechend anwendbar (vgl. BGH, Urt. v. 22.07.2010 – [VII ZR 176/09](#), [NJW 2010, 3085](#) [3086; zum Werkvertrag]; MünchKomm-BGB/*Oetker*, 6. Aufl., § 249 Rn. 460; Palandt/*Grüneberg*, a. a. O., § 249 Rn. 29). Dass die Kläger die von dem Sachverständigen vorgeschlagene Sanierung bereits durchgeführt haben, wird nicht geltend gemacht; der Kläger zu 1 hat vielmehr in der Berufungsverhandlung vom 27.05.2015 auf Nachfrage des Senats klargestellt, dass über die erstinstanzlich dargestellten Maßnahmen (Teilrückbau und seitliche Versetzung der ursprünglich vorhandenen Stützmauer) hinaus bislang keine weiteren Arbeiten vorgenommen wurden.

b) Aus den von dem Sachverständigen in dem Ausgangsgutachten ermittelten und durch das Landgericht zugesprochenen Sanierungsaufwand in Höhe von 19.992 € ist somit die Mehrwertsteuer in Höhe von 19 % herauszurechnen; zu ersetzen sind lediglich 16.800 €. Die fehlende Erstattungs-fähigkeit der Mehrwertsteuer kann in dem Berufungsverfahren berücksichtigt werden, weil das erstinstanzliche Urteil aufgrund der wechselseitigen Rechtsmittel in vollem Umfang zur Überprüfung durch den Senat angefallen ist. Was den Teilrückbau betrifft, ist zu beachten, dass die in dem Angebot der Firma X ausgewiesene Mehrwertsteuer schon deshalb nicht in voller Höhe ersatzfähig ist, weil die angebotenen Arbeiten nur teilweise durch das Unternehmen und im Übrigen in Eigenleistung durch die Kläger ausgeführt wurden. Als Schaden kommt daher von vornherein nur diejenige Mehrwertsteuer in Betracht, die in dem von der Firma X den Klägern (pauschal) in Rechnung gestellten Betrag von 5.950 € brutto (5.000 € netto) enthalten ist.

Hiervon sind jedoch im Hinblick darauf, dass das Angebot der Firma X nach den Feststellungen des Sachverständigen teilweise übersetzt ist, weitere Abzüge vorzunehmen. In Ermangelung anderer Anhaltspunkte hält es der Senat zur Ermittlung der ersatzfähigen Mehrwertsteuer für sachgerecht, in einem ersten Schritt das Verhältnis zwischen den von der Firma X tatsächlich ausgeführten und den angebotenen Leistungen zu ermitteln ( $5.000 \text{ €} ./ 10.428,30 \text{ €} = 48 \%$ ), das so ermittelte Verhältnis von Fremd- und Eigenleistungen in einem zweiten Schritt auf die von dem Sachverständigen für berechtigt erachteten Rückbaukosten zu übertragen ( $48 \% \times 7.180,40 \text{ €} = 3.446,59 \text{ €}$ ) und in einem dritten Schritt aus dem sich danach ergebenden Betrag für Fremdleistungen die Mehrwertsteuer zu errechnen ( $3.446,59 \text{ €} \times 19 \% =$ ) 654,85 €.

5. Die Kläger können somit von dem Beklagten zu 1 über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag hinaus weitere 4.643,25 € verlangen ...

6. Dem nicht näher konkretisierten Einwand der Beklagten zu 2, es sei ausgehend von der nach dem Teilrückbau gegebenen Situation mutmaßlich kostengünstiger, wenn statt der Wiederaufschüttung des Geländes eine auf Pfeiler gestützte Terrasse errichtet würde, musste im Hinblick auf die Ausführungen des Sachverständigen, die in dem Gutachten vorgeschlagene Maßnahme stelle die kostengünstigste Sanierungsvariante dar, nicht weiter nachgegangen werden.

Darauf, ob sich der allein haftende Beklagte zu 1 das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten zu 2 zu eigen gemacht hat, kommt es daher nicht an ...

VII. Die Voraussetzung für die Zulassung der Revision gemäß [§ 543 II Nr. 1 ZPO](#) sind gegeben. Die Rechtsfrage, ob sich bei einer Verkäufermehrheit ein Verkäufer gemäß [§ 444 Fall 1 BGB](#) nicht auf einen vereinbarten Haftungsausschluss berufen kann, wenn lediglich ein anderer Verkäufer arglistig gehandelt hat, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum unterschiedlich beantwortet und ist für das neue Schuldrecht höchstrichterlich noch nicht geklärt.

Da hiervon lediglich die gegen die Beklagte zu 2 gerichtete Klage betroffen ist und die Beklagten einfache Streitgenossen ([§§ 59, 60 ZPO](#)) sind, ist die Zulassung entsprechend zu beschränken (vgl. BGH, Urt. v. 07.07.1983 – [III ZR 119/82](#), [NJW 1984, 615](#); Urt. v. 17.04.1952 – [III ZR 182/51](#), [NJW 1952, 786](#) [Ls.]; *Ball*, in: Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 543 Rn. 11 m. w. Nachw.).

Hinsichtlich der Klage gegen den Beklagten zu 1 ist ein Grund für die Zulassung der Revision i. S. des [§ 543 II ZPO](#) nicht gegeben ...

**Hinweis:** Auf die Revision der Kläger hat der BGH entschieden, dass sich *sämtliche Verkäufer* gemäß [§ 444 Fall 1 BGB](#) nicht auf einen vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss berufen können, wenn *einer von ihnen* einen Mangel der Kaufsache arglistig verschweigt (s. [BGH, Versäumnisurt. v. 08.04.2016 – V ZR 150/15](#)).

#### Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf <https://autokaufrecht.info/sofortberatung/> oder rufen Sie mich unverbindlich an

**(0 23 27) 8 32 59-99.**