

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Hans-Joachim Weingart
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2020, 892 - 905 (Heft 6)
Verlag	Werner Verlag

Weingart, BauR 2020, 892

Der Zweck der Aufklärungspflicht bei arglistig verschwiegenen Mängeln der Kaufsache

Ein Plädoyer für das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Kausalität der Arglist für den Kaufentschluss beim Haftungsausschluss nach [§ 444, 1. Alt. BGB](#)



von Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Weingart, Frankfurt am Main

Für die baurechtliche Praxis endet der rechtliche Horizont nicht beim Werkvertragsrecht. Erhebliche Bedeutung weist auch das Kaufrecht auf. Im Projektentwicklungsgeschäft steht häufig am Anfang des Geschäfts der Erwerb eines Grundstücks und am Ende die Veräußerung des entwickelten Grundstücks. Auch die Lieferung der Baumaterialien durch den Baustofflieferanten unterfällt dem Kaufrecht. Als seinerseits zentraler Bereich des Kaufrechts verdient damit das dortige Sachmängelhaftungsrecht besondere Aufmerksamkeit. Hier wiederum hat die Thematik von Haftungsausschlüssen großes Gewicht. Der BGH geht hier seit einer einige Jahre nach der

Schuldrechtsnovelle erfolgten Rechtsprechungswende davon aus, dass der Verkäufer sich schon dann nicht mehr auf einen vereinbarten Haftungsausschluss berufen kann, wenn er Mängel arglistig verschweigt. Im Unterschied zum früheren Gewährleistungsrecht sei es für den Eintritt der Rechtsfolge, sich nicht auf den Haftungsausschluss berufen zu können, entbehrlich, dass sich das arglistige Verschweigen der Mängel kausal auf den Kaufentschluss des Käufers auswirke. Ob diese Rechtsauffassung tatsächlich zu überzeugen vermag, ist Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

I. Einleitung

[§ 444, 1. Alt. BGB](#) versagt dem Verkäufer die Berufung auf einen Haftungsausschluss wegen Mängeln dann, wenn er diese Mängel arglistig verschweigt.

Nach Meinung des für Kaufrecht bei Immobilien zuständigen fünften Zivilsenats des BGH in seiner Entscheidung vom 15.07.2011 ist es bedeutungslos, ob sich der Umstand arglistig verschwiegener Mängel kausal auf den Willensentschluss des Käufers zum Erwerb der Immobilie ausgewirkt hat. Auch wenn die Kausalität fehlt, darf sich der arglistig agierende Verkäufer nicht auf den Haftungsausschluss berufen. Er ist damit den Sachmängelhaftungsansprüchen ausgesetzt.¹

Zugleich ist derselbe Senat exakt gegenteilig hierzu in seiner Entscheidung vom 15.06.12 der Auffassung, dass der Verkäufer sich erfolgreich auf den Haftungsausschluss berufen kann, wenn der Käufer Kenntnis der arglistig verschwiegenen Mängel hat. In dieser Entscheidung subsummiert der Bundesgerichtshof bei [§ 444, 1. Alt. BGB](#) bei genauer Betrachtung das dort im Gesetz selbst nicht ausdrücklich erwähnte Tatbestandsmerkmal der Kausalität. Er selbst meint allerdings, das Tatbestandsmerkmal des arglistigen Verschweigens zu prüfen.

Der BGH äußert in der Entscheidung insoweit, dass bei Kenntnis des Käufers von durch den Verkäufer verschwiegenen Mängeln kein arglistiges Verschweigen vorliege. „Handwerklich“ wird die Wohltat für den Verkäufer, den Sachmängelansprüchen erfolgreich mit dem Haftungsausschluss des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) entgegenzutreten zu können, also darauf gestützt, es liege bereits kein arglistiges Verschweigen von Mängeln vor, wenn der Käufer diese kennt.²

Dies trifft nicht zu. Denn die Qualifizierung eines Verhaltens als verwerfliches arglistiges Verschweigen kann ersichtlich nicht davon abhängen, ob der Käufer Kenntnis der verschwiegenen Mängel hat. Nur wenn seinerseits der Verkäufer Kenntnis davon hat, dass der Käufer den verschwiegenen aufklärungsbedürftigen Mangel kennt, könnte das Verkäuferverhalten als nicht mehr arglistig bewertet werden.

Wenn der Käufer die arglistig verschwiegenen Mängel kennt – und genau dies dem Verkäufer nicht bekannt ist – und der Käufer gleichwohl den Kaufvertrag abschließt, wird in Wirklichkeit die Kausalität zwischen der arglistigen Täuschung und dem Kaufentschluss geprüft. Prüfungsergebnis ist, dass die Kausalität fehlt. Es wird nicht etwa ein,

selbstverständlich beim Verkäufer vorhandenes, vorwerfbares, verwerfliches Verhalten geprüft – dieses liegt durchaus auch bei Kenntnis des Käufers vom Mangel vor.

Im Ergebnis ist damit in der jüngeren Entscheidung vom 15.06.12 die fehlende Kausalität der tragende Grund, dem Verkäufer den Haftungsausschluss zu Gute kommen zu lassen und ihn vor Sachmängelhaftungsansprüchen zu schützen.

Dies leitet zu der grundsätzlichen Fragestellung über, ob hier eine Fehlinterpretation der Regelung über den Haftungsausschluss und eine Wertungswidersprüchlichkeit dieser beiden Leitentscheidungen vorliegt. Denn in beiden Fällen liegt das Tatbestandsmerkmal „arglistiges Verschweigen von Mängeln“ vor. Im einen Fall hält der BGH den Haftungsausschluss nach [§ 444, 1. Alt. BGB](#) unabhängig von der Kausalität allein wegen des arglistigen Verhaltens für unanwendbar.³ Dagegen hält er ihn in dem anderen Fall für anwendbar⁴ und stellt hierbei ausschlaggebend auf die fehlende Kausalität – verkörpert in der vorhandenen Mängelkenntnis des Käufers – ab. Dass bei gleichem Sachverhalt und Subsumtion der identischen Vorschrift des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) einmal die Kausalitätsfrage geprüft wird, im anderen Fall nicht und damit einmal als irrelevant qualifiziert wird und das andere Mal die entscheidende Frage sein soll, lässt sich nicht erklären.

Bei einer der Entscheidungen des BGH muss mithin eine unzutreffende Interpretation des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) vorliegen.

Erste Fingerzeige zur zutreffenden Auslegung des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) lassen sich aus dem Wortlaut und der Gesetzessystematik – hier in der Zusammenschau mit dem in Passagen nahezu im Vergleich zu [§ 444, 1. Alt. BGB](#) wortidentischen [§ 442 BGB](#) – ableiten.

II. Der Wortlaut des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) und der systematische Zusammenhang mit [§ 442 BGB](#)

Beide Vorschriften regeln Fragen der Sachmängelhaftung aus zum Teil entgegengesetztem, zum Teil übereinstimmendem Blickwinkel.

Während es sich bei [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) um einen Fall des immer greifenden gesetzlichen Sachmängelhaftungsausschlusses handelt, geht es bei [§ 444, 1. Alt. BGB](#) – umgekehrt – um die bestehenbleibende Sachmängelhaftung trotz eines vertraglichen Haftungsausschlusses.

Schließlich betrifft, insoweit übereinstimmend mit dem zu untersuchenden [§ 444, 1. Alt. BGB](#), [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) das Bestehenbleiben der Sachmängelhaftung im Fall des arglistigen Verschweigens von wesentlichen Mängeln durch den Verkäufer.

Geradezu ins Auge springt, dass mit Ausnahme der Verwendung des Wortes „wenn“ in der einen Regelung ([§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#)) und des Wortes „soweit“ in der anderen Regelung ([§ 444, 1. Alt. BGB](#)) der Tatbestand bei der Problematik arglistig verschwiegener Mängel identisch bei den beiden zu betrachtenden Vorschriften formuliert ist: „Wenn bzw. soweit der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat“, bleiben dem Käufer die Sachmängelrechte erhalten, auch wenn er die Mängel grob fahrlässig nicht kennt, [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#), bzw. ein Haftungsausschluss vereinbart ist, [§ 444, 1. Alt. BGB](#).

Beiden Vorschriften lässt sich damit der gemeinsame Grundsatz entnehmen, dass der Verkäufer für arglistiges Verschweigen von Mängeln durch das Bestehenbleiben der Sachmängelhaftung „bestraft“ werden soll. Aus unredlichem Verhalten soll der Verkäufer keinen Vorteil ziehen können.⁵ Das mit Sanktionen belegte unredliche Verhalten ist in beiden Fällen identisch. Ungefragt aufklärungspflichtige wesentliche Mängel, die eine Aufklärungspflicht begründen, müssen verschwiegen worden sein.⁶

Der Formulierungsunterschied im Gesetzestext zwischen [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) mit „wenn“ im Vergleich zu „soweit“ bei [§ 444, 1. Alt. BGB](#) ist hierbei rein redaktioneller Natur. Er ist ohne rechtliche Auswirkung und damit für die vorliegende Untersuchung ohne Belang. Das in diesem Zusammenhang nicht stringent gleichlautend formulierte Gesetz will übereinstimmend mit dem „wenn“ bzw. dem „soweit“ folgendem Umstand Rechnung tragen: Arglistiges Verschweigen kommt nur bei wesentlichen verborgenen Mängeln und ausschließlich hier bestehenden Aufklärungspflichten in Betracht. Nun kann es bei arglistig verschwiegenen Mängeln zu einer zugleich bestehenden Sachmängelhaftung für die arglistig verschwiegenen wesentlichen Mängel und einem Sachmängelhaftungsausschluss für unwesentliche, nicht aufklärungspflichtige, Mängel kommen. Dies bringt einmal das (sprachlich zutreffende) „wenn“ und das andere Mal das (sprachlich unzutreffende) „soweit“ zum Ausdruck.

Vom Wortlaut her lässt sich weiterhin bei [§ 444, 1. Alt. BGB](#) nur konstatieren, dass die Kausalitätsfrage, ob das arglistige Verschweigen sich also auf den Kaufentschluss des Käufers auswirkt, in der Gesetzesformulierung ausgeklammert ist.

Ganz im Gegensatz hierzu nimmt das Kausalitätsthema bei der Regelung in [§ 442 Abs. 1 BGB](#) breiten Raum ein.

Nach [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) scheidet bei positiver Kenntnis des Käufers die Sachmängelhaftung aus. Dies ist nichts anderes als das Kriterium der *objektiv fehlenden Kausalität* des arglistigen Verhaltens für den Kaufentschluss als weiteres (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal. Denn wenn Kenntnis von den arglistig verschwiegenen Mängeln beim Käufer vorliegt, kann deren arglistiges Verschweigen schlechterdings nicht kausal für eine dann fehlende Unkenntnis vom Mangel sein. Zugleich liegt dann auch die fehlende Kausalität zwischen dem arglistigen Verschweigen der Mängel und dem Kaufentschluss vor: Der Käufer, der in positiver Mängelkenntnis kauft, trifft diesen Willensentschluss losgelöst und unabhängig vom arglistigen Verschweigen der Mängel.

Auch in [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) ist die Kausalität Gegenstand der gesetzlichen Regelung und als Tatbestandsmerkmal vorhanden: Im hier ausdrücklich genannten Fall des arglistigen Verschweigens von Mängeln bleibt es bei der Sachmängelhaftung, wenn die betreffenden Mängel bei einem in eigener Sache grobfahrlässig agierenden Käufer unbekannt geblieben sind. In [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) ist in Umkehrung zu der Regelung im vorausgehenden [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) nicht die fehlende, sondern die bestehende Kausalität Tatbestandsmerkmal: Objektiv liegt Unkenntnis des Käufers über die arglistig verschwiegenen Mängel vor („infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben“), sodass sich bei Aufklärung über die Mängel statt arglistigem Verschweigen die Kenntnis des Mangels eingestellt hätte. Dies ist nichts anderes als die Kausalität zwischen dem arglistigen Verschweigen und der Unkenntnis. Auch bei [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) besteht ein Gleichklang zwischen den – in diesem Fall im Unterschied zu [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) bestehenden und nicht fehlenden – Kausalitäten der Gestalt, dass das arglistige Verschweigen der Mängel über die zunächst erzeugte Unkenntnis vom Mangel beim Käufer auf der weitergehenden Kausalschiene automatisch auch den Kaufentschluss mitverursacht, also auch insoweit kausal ist.

Bei [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) nimmt auch der BGH im Gleichklang mit der soeben angestellten Überlegung und im Unterschied zur Betrachtung bei [§ 444, 1. Alt. BGB](#) an, dass die Kausalität zwischen dem arglistigen Verschweigen von Mängeln und dem Kaufentschluss ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist. Dies lässt sich mittelbar daraus entnehmen, dass er das subjektive Tatbestandselement der Arglist nur dann bejaht, wenn „der Verkäufer weiß oder damit rechnet, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und den Vertrag bei der Aufklärung nicht oder nicht so geschlossen hätte.“^z Eine kausale Auswirkung des arglistigen Verschweigens auf den Kaufentschluss setzt der BGH bei [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) also voraus.

Als Zwischenergebnis ist damit zu konstatieren, dass die Grundregelung über den Sachmängelhaftungsausschluss nach [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) ebenso wie die Grundregelung über die Sachmängelbeibehaltung nach [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) entscheidend im Rahmen der Fallkonstellationen, bei welchen ein arglistiges Verschweigen des Verkäufers in Bezug auf Mängel vorliegt, auf des Kriterium der fehlenden ([§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#)) oder bestehenden ([§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#)) Kausalität abstellt und zwar sowohl der Kausalität zwischen dem arglistigen Verschweigen der Mängel und der Mangelunkenntnis als auch dem nur die Folge der Mangelunkenntnis darstellenden Kaufentschluss.

Hierauf aufbauend ist im nächsten systematischen Erwägungsschritt angesichts der im Kern wortidentischen Formulierung in [§§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) und [§ 444, 1. Alt. BGB](#) bezüglich [§ 444, 1. Alt. BGB](#) der Schluss zu ziehen, dass bei diesem die gleiche Interpretation vorzunehmen ist. Die in [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) über den ansonsten identischen Text in [§ 444, 1. Alt. BGB](#) hinaus enthaltene Formulierung „unbekannt geblieben“ bedeutet hierbei gleichgelagert wie oben bei Erörterung des [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) ausgeführt, dass das arglistige Verschweigen des Mangels der Grund für die fehlende Mangelkenntnis beim Käufer und damit auch für den durch die Mangelunkenntnis ausgelösten Kaufentschluss, also kausal, ist.

Die gesetzessystematisch gebotene Zusammenschau der Regelungen in [§ 442 Abs. 1 BGB](#) und in [§ 444, 1. Alt. BGB](#) stellt im Übrigen insoweit zutreffend auch der fünfte Senat des BGH – zumindest partiell in Bezug auf [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#), nicht allerdings [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) – an. Denn im Rahmen von [§ 444, 1. Alt. BGB](#) subsumiert er die Kenntnisvorschrift nach [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#). Der BGH gestattet auch bei Prüfung des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) dem Verkäufer im Ergebnis, sich trotz arglistigen Verschweigens von Mängeln auf den vertraglichen Haftungsausschluss berufen zu können. Er hält nämlich vertragliche Haftungsausschlüsse bei positiver Kenntnis des Käufers von Mängeln, also bei Prüfung und Verneinung der Kausalität eines arglistigen Verschweigens für den Kaufentschluss, für durchgreifend.⁸ Spricht mithin schon die Systematik für das auch in [§ 444, 1. Alt. BGB](#) enthaltene ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Kausalität, ist weiter die Frage zu stellen, ob dieses Zwischenresultat durch die Auslegung nach Sinn und Zweck erhärtet werden kann.

Dies ist die Frage, aus welchem Grunde nach den Intentionen des Gesetzes ein unredliches Verhalten in Gestalt des arglistigen Verschweigens von Mängeln mit der Versagung, sich auf einen vereinbarten Haftungsausschluss berufen zu können, sanktioniert wird. Da das Tatbestandsmerkmal des arglistigen Verschweigens von Mängeln seinerseits die Kehrseite des gewünschten redlichen Verhaltens des Verkäufers mit der Aufklärung über Sachmängel ist, ist im Ergebnis also die Frage aufgeworfen, welchen Zweck Aufklärungspflichten über wesentliche Mängel verfolgen.

III. Regelungszweck zivilrechtlicher Mängelaufklärungspflichten

Die Antwort auf die gestellte Frage lässt sich aus den in den untersuchten zivilrechtlichen Sachmängelhaftungsregelungen angeordneten Rechtsfolgen insbesondere in einem Vergleich zu einem anderen Rechtsgebiet, dem Strafrecht, beantworten.

Zunächst kann es keinen Zweifel daran geben, dass Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit gravierenden Mängeln inhaltlich nicht völlig sinnlos und gänzlich zweckfrei sind, sondern ein Regelungsziel verfolgen. Dieses Regelungsziel ist ausweislich der im Sachmängelhaftungsrecht angeordneten Rechtsfolgen, wonach dem unredlichen und die Aufklärungspflichten verletzenden Verkäufer die Sachmängelhaftung aufgebürdet wird ([§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#)) bzw. ihm der Haftungsausschluss versagt wird ([§ 444, 1. Alt. BGB](#)), der Schutz des seinerseits redlichen Käufers (der allenfalls in eigenen Obliegenheiten oberflächlich agiert: [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) – „infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben“) vor dem Verlust der Sachmängelaufklärungspflichten.

Im Unterschied zum Strafrecht geht es im Kaufrecht bei vertraglichen Regelungen wie den diskutierten Haftungsanordnungs- und -ausschlussregelungen nicht um die Sanktionierung von Fehlverhalten insbesondere aus generalpräventiven Gründen, sondern um die Herbeiführung einer adäquaten und gerechten Vertragssituation in einem singulären privatautonomen einzelnen Kaufvertragsverhältnis: Die materiell entscheidende Seite bei der Betrachtungsweise ein und derselben Medaille ist insoweit nicht die Sanktionierung des Verkäufers mit dem Verlust einer Haftungsbegrenzungsregelung als Selbstzweck, sondern aus der anderen Perspektive des einzelnen

konkreten Käufers auf das Vertragsverhältnis dessen Schutz durch die Aufrechterhaltung der Sachmängelhaftung.⁹

Wenn es damit aber im Einzelfall auf den konkreten Käufer und dessen Schutz vor einer Benachteiligung durch einen sich unredlich verhaltenden Verkäufer ankommt, liegt als Schlussfolgerung auf der Hand, dass der im konkreten betroffenen Einzelfall nicht schutzbedürftige Käufer des gesetzlichen Schutzes nicht bedarf.

Ergibt sich mithin im Sachmängelhaftungsprozess eine konkrete kausale Auswirkung der arglistigen Täuschung auf den Kaufentschluss, ist nur und ausschließlich in diesem Fall der Schutz des Käufers geboten und muss die Sachmängelhaftung trotz des vereinbarten Haftungsausschlusses erhalten bleiben.

Im umgekehrten Fall, dass der Käufer auf jeden Fall unter Ausschluss einer Mitursächlichkeit des arglistigen Verschweigens der Mängel exakt den gleichen Kaufentschluss gefasst hätte, erwiese sich die Sanktion aus Sicht des Verkäufers, mit der Versagung des Haftungsausschlusses bestraft zu werden, als sinn- und zweckfrei. Das Verkäuferverhalten hat hier keinerlei kausale Auswirkung auf den Inhalt des Kaufvertrages und der Käufer ist nicht schutzwürdig.

Als Ergebnis kann man damit festhalten, dass die Rechtsprechung des Fünften Zivilsenates partiell zutreffend ist. Dies ist insoweit der Fall, als ungefragt Informationen vom Verkäufer gegeben werden müssen und über wesentliche Mängel aufgeklärt werden muss, wenn diese Informationen das Gewicht aufweisen, potentiell die Kaufentscheidung beeinflussen zu können.¹⁰

Falsch dagegen ist die überschießende Aussage, bei konkret feststehender fehlender Kausalität des arglistigen Verschweigens von Mängeln auf den Kaufentschluss müsse der Verkäufer trotz eines nicht schutzbedürftigen und in seinem Kaufentschluss überhaupt nicht durch ein arglistiges Verschweigen von Mängeln tangierten Käufers mit dem Verlust der Haftungsausschlussklausel bestraft werden.¹¹

Die Auswirkung des Meinungsunterschieds ist erheblich. Sie zeigt, dass die Rechtsprechung des BGH den Regelungszweck von Mängelaufklärungspflichten verfehlt und ins Leere gehende Aufklärungspflichten generiert.

Im Rahmen der weiteren Betrachtung ist noch zu untersuchen, ob das für das Problem der Sachmängelhaftung i.S.v. [§ 437 BGB](#) bei Haftungsausschlüssen nach [§ 444, 1. Alt. BGB](#) gefundene Resultat auch bei einem Vergleich mit anderen parallel im Rahmen der Anspruchskonkurrenz in Betracht zu ziehenden Anspruchsgrundlagen mit deren Voraussetzungen im Einklang steht. Zu prüfen ist also, ob konkret bei dem arglistigen Verschweigen von wesentlichen Mängeln auch andere Anspruchsgrundlagen jenseits der Sachmängelhaftung die Ursächlichkeit des arglistigen Verschweigens für den Kaufentschluss verlangen.

IV. Kausalitätserfordernis in Bezug auf das arglistige Verschweigen von Mängeln auch bei culpa in contrahendo, Delikt und Kondiktion nach Täuschungsanfechtung

Verschweigt ein Verkäufer arglistig wesentliche und verborgene Mängel, kommt trotz der prinzipiell abschließenden Sachmängelhaftung des Kaufrechts wegen vorsätzlichen Verhaltens des Verkäufers der Schadenersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss in Betracht. Außerdem kann die Rückabwicklung des Vertrages über ungerechtfertigte Bereicherung nach erfolgter Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, [§§ 311 Abs. 2 BGB](#) , [812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB](#) , [§ 123 Abs. 1 BGB](#) , [142 Abs. 1 BGB](#) ¹² verlangt werden. Schließlich greifen auch deliktische Ansprüche nach [§ 826 BGB](#) , [§ 823 Abs. 2 BGB](#) und zwar im Rahmen der Anspruchskonkurrenz neben der Sachmängelhaftung ein.

Sowohl der Schadenersatzanspruch auf der Grundlage des Verschuldens beim Vertragsschluss setzt bei derartigen Verletzungen von Aufklärungspflichten eine kausale pflichtwidrige Einwirkung auf die Willensbildung des Geschädigten voraus,¹³ als auch die für eine kondiktionsrechtliche Rückabwicklung erforderliche Anfechtungserklärung nach [§ 123 Abs. 1 BGB](#) .¹⁴ Nichts anderes gilt bei Ansprüchen aus Delikt.¹⁵

Die Schutzrichtung der Rechtsfolgen ist bei dem Schadenersatz wegen *cic*¹⁶ und aus Delikt,¹⁷ bei der Rückabwicklung nach Täuschungsanfechtung¹⁸ und bei der Sachmängelhaftung gleich: In allen Varianten soll der redliche Käufer, der nur in Folge einer pflichtwidrigen Einwirkung des arglistig täuschenden Verkäufers auf seinen Willensbildungsprozess zum Kaufvertragsentschluss bestimmt wurde, an seiner Willenserklärung zum Kauf nicht mehr festgehalten werden. Er kann und darf sich vollständig vom Vertrag lösen,

- nach Sachmängelhaftungsrecht durch den großen Schadenersatz statt der Leistung oder Rücktritt,
- schadenersatzrechtlich bei der *cic* und Delikt durch die Naturalrestitution nach [§ 249 Abs. 1 BGB](#) und
- kondiktionsrechtlich nach Anfechtung über [§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB](#).

Als *minus* zur vollständigen Lösung vom Vertrag werden bei freier Entscheidung zur Beibehaltung des Vertrages auch weniger weitreichende Rechte gewährt, nach Sachmängelhaftungsrecht primär das Nacherfüllungsrecht, sekundär die Minderung und der kleine Schadenersatz statt der Leistung,

- schadenersatzrechtlich bei der culpa in contrahendo das über [§ 249 Abs. 1 BGB](#) anerkannte Recht zur Herabsetzung des Preises auf das „angemessene“ Maß¹⁹ und deliktsrechtlich das Recht auf Geldersatz der Herstellungskosten für die Mangelfreiheit nach [§ 250 Satz 1 BGB](#) .

Da die Rechtsfolgen der dargestellten Institute in die gleiche Richtung zielen und im Kern identisch an eine arglistige Täuschung des Verkäufers über Mängel anknüpfen, muss gleichgelagert zur Vermeidung ansonsten entstehender Wertungswidersprüche in allen aufgeführten Fällen – auch bei der Sachmängelhaftung – das unredliche arglistige Verschweigen der Mängel durch den Verkäufer konkret im Einzelfall kausal auf den Kaufentschluss des Käufers eingewirkt haben – andernfalls bedarf dieser keinerlei Schutzes.

Dies hat die höchstrichterliche Rechtsprechung auch klar erkannt – allerdings nicht im Sachmängelrecht, aber im Rahmen der Täuschungsanfechtung: „Die Kausalität fehlt hier“, wenn der Getäuschte die Willenserklärung auf Grund eigener selbständiger Überlegungen unabhängig von der Täuschung abgegeben hat.²⁰

Nichts anderes kann im Bereich der Sachmängelhaftung gelten.

Fraglich ist, ob in der Rechtsprechung des BGH vorhandene Rechtfertigungsüberlegungen zu seiner Rechtsprechungswende zu der Frage, ob die Kausalität für die Vernichtung des Haftungsausschlusses erforderlich ist, den hier angestellten Überlegungen überzeugend entgegenstehen. Insoweit befasst sich der BGH bei seiner Rechtsprechungswende mit Fragen zum Anfechtungsrecht nach [§ 123 BGB](#) und zu einer Änderung der Rechtslage durch die Schuldrechtsnovelle. Zur Beurteilung der Rechtssituation ist deswegen noch eine Befassung mit diesen zentralen Argumenten des BGH von Nöten.

V. Kausalität bei [§ 444, 1. Alt. BGB](#) nicht wegen der Schuldrechtsnovelle entbehrlich geworden

Die Gegenerwägungen des 5. Senats des BGH zur Entbehrlichkeit des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Kausalität sind aber nicht stichhaltig. Zwar setzt der BGH sich in seiner Leitentscheidung zur vermeintlichen Entbehrlichkeit der Kausalität der arglistigen Täuschung als Tatbestandselement nach [§ 444, 1. Alt. BGB](#) durchaus im Rahmen einer Vergleichsbetrachtung mit dem alten Schuldrecht und der Anfechtung nach [§ 123 BGB](#) – nicht allerdings mit der culpa in contrahendo und Delikt – auseinander.

Er meint, die Schuldrechtsnovelle gebiete eine neue Sichtweise anstelle der früheren Rechtsprechung, die Kausalität bei der Vorläufernorm des [§ 443 BGB](#) a.F. verlangt hatte:²¹ Nach der Schuldrechtsnovelle setze der Schadensersatzanspruch wegen Sachmängeln nach [§§ 437 Nr. 3](#), [280 Abs. 1 Satz 2](#), [276 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) nur Fahrlässigkeit im Unterschied zu [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. und zu [§ 123 Abs. 1 BGB](#) und dessen Vorsatzerfordernis voraus – was zutrifft – und deswegen spiele die Arglist nur noch beim Versagen des Haftungsausschlusses nach [§ 444, 1. Alt. BGB](#) eine Rolle.²² Dessen Wortlaut enthalte schon kein Kausalitätserfordernis und teleologisch sei für den Schutz des Käufers vor der Freizeichnung durch den Haftungsausschluss auch keine Kausalität erforderlich.²³ Diese Argumentation fand auch Billigung in der Literatur.²⁴

Der zentrale Entscheidungsstrang des BGH ist falsch. Er unterliegt bei der Argumentation schon dem grundsätzlichen Irrtum, die Anspruchsgrundlage der Sachmängelhaftung mit der „Einwendungsseite“ zu verwechseln. Das eine hat mit dem anderen nichts zu tun.

Der Betrachtungsfehler des BGH zeigt sich in diesem Kontext besonders deutlich daran, dass er allein Überlegungen zu dem Schadensersatzanspruch bei Sachmängeln anstellt: „Das Kausalitätserfordernis wäre im Recht der Sachmängelhaftung systemwidrig. Während die Anfechtbarkeit im Falle einer arglistigen Täuschung die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit schützt, sind Ansprüche aus der Sachmängelhaftung an eine Verletzung der in [§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB](#) normierten Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache geknüpft“.²⁵

Der BGH betrachtet also die Anspruchsgrundlage vor und nach der Schuldrechtsnovelle, nicht die Einwendungsseite, und zieht den Schluss: Wenn die Anspruchsgrundlage kein arglistiges Verschweigen mehr als Voraussetzung beinhalte, entfalle auch bei dem nur noch auf der Einwendungsseite im Rahmen von [§ 444, 1. Alt. BGB](#) im Gesetzestext auftauchenden arglistigen Verschweigen das Kausalitätserfordernis.

Schon diese Argumentation zur Anspruchsgrundlage greift zu kurz. Sie befasst sich lediglich mit einem einzigen der vor der Schuldrechtsnovelle existierenden Gewährleistungsansprüche, nämlich dem Schadensersatzanspruch aus [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. Nur bei diesem Anspruch war Verschulden in Gestalt arglistigen Verschweigens von Mängeln Tatbestandsvoraussetzung. Verschuldensunabhängig gab es unter anderem den vorgreiflichen Erfüllungsanspruch nach [§§ 440 Abs. 1, 433 Abs. 1 BGB](#) a.F. Die Schuldrechtsnovelle änderte überhaupt hieran nichts wesentliches, jetzt greift verschuldensunabhängig der Nacherfüllungsanspruch als primärer Anspruch aus dem Sachmängelhaftungsrecht. Es wurden und werden mithin unverändert Rechte ohne jedes Verschuldenserfordernis gewährt.

Damit kann eine Veränderung des Sachmängelhaftungsrechts bei einem einzigen und nachgeordneten Anspruch im Verhältnis zur Erfüllung und Nacherfüllung wie demjenigen aus [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. nicht wie vom BGH angenommen als vollständige Strukturveränderung bewertet werden. Diese geringe Veränderung auf der Anspruchsseite kann damit auch kein Argument zu einem veränderten Verständnis auf der Einwendungsseite bei der – im Vergleich zu [§ 443 BGB](#) a.F. unveränderten – Regelung zum Haftungsausschluss nach [§ 444, 1. Alt. BGB](#) sein.

Bestätigt wird dies durch den vom BGH unterlassenen Blick auf die Einwendungsseite.

Denn die Einwendungsseite erfasst mit der vollständigen „Vernichtung“ des Haftungsausschlusses durch [§ 444, 1. Alt. BGB](#) alle Sachmängelhaftungsansprüche unter Einschluss des überhaupt keine Verschuldensfragen berührenden Nacherfüllungsanspruchs. Die Regelungsreichweite von [§ 444, 1. Alt. BGB](#) geht also deutlich über Schadensersatzhaftungen hinaus. [§ 444, 1. Alt. BGB](#) hat überhaupt nichts mit Verschuldensfragen, die nur auf der Anspruchsseite eine Rolle spielen, zu tun.

Damit verbietet sich ein Rückschluss aus einer nachrangigen Änderung lediglich beim Schadensersatzanspruch als einem aus einer Vielzahl von Sachmängelhaftungsansprüchen auf die Lage auf der Einwendungsseite. Dass bei einem der neuen Sachmängelhaftungsansprüche nicht mehr wie bei [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. das arglistige Verschweigen von Mängeln Anspruchsvoraussetzung ist, hat deswegen nicht die geringste logische oder juristische Auswirkung auf die Frage, welche Anwendungsvoraussetzungen das Gesetz für die Vernichtung eines Haftungsausschlusses hat, der seinerseits unverändert die gesamte Bandbreite aller Sachmängelhaftungsansprüche abdeckt.

Weiteres kommt hinzu: Vor Allem sind die Erwägungen des BGH auch beim Blick auf [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. „zu kurz gesprungen“: Gerade auch diese Altvorschrift enthielt bereits mitnichten im Gesetzestext das Kausalitätserfordernis. Damit hätte schon die alte Gesetzeslage nach dem Wortlaut nicht die dogmatische Behauptung gestützt, dass diese die Kausalität als Tatbestandsmerkmal jedenfalls für den Schadensersatzanspruch enthielt.

Gleichwohl setzte nach richtiger Betrachtung ungeschriebenen [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. die Kausalität voraus.²⁶ Die richtige Schlussfolgerung aus einem Vergleich mit [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. hätte damit lauten müssen, dass die Rechtsordnung bei arglistigem Verschweigen von Mängeln auch ohne Nennung der Kausalität als Tatbestandsmerkmal ungeschriebenen die Kausalität verlangt. Die fehlende ausdrückliche Nennung der Kausalität in [§ 444, 1. Alt. BGB](#) bedeutet damit nicht, dass das Gesetz bewusst auf das Kausalitätserfordernis verzichtet. Diese Betrachtung war schon nach dem Recht vor der Schuldrechtsnovelle richtig, da auch nach [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. auf die nur im Falle der Kausalität gegebene Schutzwürdigkeit des Käufers abgestellt wurde.²⁷

Das Hauptargument des BGH, die Schuldrechtsnovelle habe einen systematischen Wandel des Sachmängelschadensersatzrechts verursacht und dies sei der tragende Grund, warum das Kausalitätserfordernis auch bei der Vernichtung des Haftungsausschlusses entfallen müsse,²⁸ entbehrt deswegen der Grundlage.

Anlässlich der Schuldrechtsnovelle hätte damit ein Erkenntnisgewinn nur aus dem Vergleich der Vorläufervorschrift zu [§ 444, 1. Alt. BGB](#) auf der Einwendungsseite, also mit [§ 443 BGB](#) a.F., etwas bringen können. Hier ist der einzige für die vorliegende Untersuchung unbedeutende Unterschied, dass früher der Haftungsausschluss für nichtig erklärt wurde während jetzt dem Verkäufer das Recht versagt wird sich, herauf zu berufen. Die Voraussetzungen mit dem arglistigen Verschweigen – und dem schon seinerzeit ungeschriebenen aber vom BGH damals akzeptierten zusätzlichen Tatbestandsmerkmal der Kausalität²⁹ – sind gleichgeblieben. Ein unveränderter gesetzlicher Regelungsgehalt auf der allein maßgeblichen Einwendungsseite steht damit der Argumentation des BGH entgegen, wonach vermeintlich durch die Gesetzesnovellierung eine neue Rechtslage eingetreten sein. Ganz im Gegenteil belegt die fehlende Änderung im Vergleich zwischen [§ 443 BGB](#) a.F. und [§ 444, 1. Alt. BGB](#) n.F., dass die Schuldrechtsnovelle das Kausalitätserfordernis nicht entfallen ließ und daher keine Rechtsprechungsänderung rechtfertigt.

Soweit die Literatur sprachlich ungenau und schwer begreiflich die aktuelle geänderte BGH-Rechtsprechung zum Kausalitätserfordernis für überzeugend hält, weil „[§ 444, 1. Alt. BGB](#) gegenüber [§ 123 BGB](#) den Mehrwert des Erfüllungsinteresses beinhalte“,³⁰ überzeugt auch dies nicht. Gemeint scheint mit dieser kryptischen Formulierung wohl zu sein, dass über die Anfechtung und in der Folge Leistungskondiktionsansprüche nur das negative Interesse verfolgt werden kann. Demgegenüber regelt [§ 444, 1. Alt. BGB](#) auch die „Vernichtung“ von auf das positive Interesse abzielenden Ansprüchen, hat also einen größeren Regelungskreis als [§ 123 BGB](#). Dies könnte der gemeinte „Mehrwert“ sein. Diese „Mehrwertsituation“ ist jedoch keineswegs neu. Denn schon zur Zeit der alten BGH-Rechtsprechung³¹ hat [§ 443 BGB](#) a.F. den damaligen („Mehrwert“-)Erfüllungsanspruch nach [§ 433 Abs. 1 BGB](#) a.F. mit der Vernichtung des Haftungsausschlusses erhalten³² – auch insoweit ist die Annahme einer Änderung der Rechtslage verfehlt.

Auch das teleologische Argument des BGH, „[§ 444, 1. Alt. BGB](#) solle den Käufer allein vor einer unredlichen Freizeichnung des Verkäufers schützen“,³³ und dafür genüge arglistiges Verhalten ohne Kausalität, ist ersichtlich falsch: Hier liegt Einäugigkeit vor, der Blick ist nur auf den Veräußerer gerichtet, der Käufer wird ganz ausgeblendet. Wenn – was zutrifft – [§ 444, 1. Alt. BGB](#) den Käufer schützt, muss ein schutzbedürftiger Käufer vorhanden sein. Diesen gibt es aber nicht, wenn er unabhängig vom arglistigen Verschweigen des Mangels eigenständig in Kenntnis des Mangels – oder in Unkenntnis des Mangels wegen dessen Irrelevanz infolge anderer Kaufgründe – seine Kaufentscheidung trifft.³⁴

Insbesondere das teleologische Argument des BGH zeigt damit deutlich, dass der BGH [§ 444, 1. Alt.](#) unzutreffend wie eine Strafvorschrift versteht, eine sinnlos ins Leere gehende Aufklärungspflicht generiert, den entscheidenden Regelungszweck des Käuferschutzes ausblendet. Daher ist dem Argument nicht zu folgen.

Fraglich könnte schließlich noch sein, ob die hier vertretene Auffassung im Widerspruch zur Dogmatik der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens steht

VI. Kein Widerspruch zur Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens

Geht es um Aufklärungspflichtverletzungen, besteht grundsätzlich die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens.³⁵ Hiermit ist gemeint, dass – sei es im Wege der Beweislastumkehr,³⁶ sei es im Wege des Anscheinsbeweises³⁷ – vermutet werden kann, dass der Getäuschte sich aufklärungsrichtig verhalten hätte. Im Falle des arglistigen Verschweigens wesentlicher Mängel würde diese Vermutung zu der Annahme führen, dass der getäuschte Käufer den Vertrag nicht oder nicht so abgeschlossen hätte. Dies würde bei einer einschränkungslos geltenden Wirkung dieser Vermutung sozusagen automatisch und immer bedeuten, dass die Kausalität gegeben wäre. Dann könnte man sie in der Tat als Tatbestandsmerkmal in [§ 444, 1. Alt. BGB](#) für überflüssig halten.

Allerdings greift die Vermutung nicht einschränkungslos. Zunächst ist schon der Anwendungsbereich begrenzt. Im Regelfall setzt die Vermutung voraus, dass nur eine einzige mögliche Reaktion besteht,³⁸ also keine Verhaltensalternativen bestehen. In den Fallkonstellationen, in denen aus anderen Gründen der Käufer völlig losgelöst und unabhängig von verschwiegenen Mängeln auf jeden Fall gekauft hätte, ist diese Vermutung deswegen widerleglich³⁹ und widerlegt. Genau in diesem Fall fehlt die Schutzwürdigkeit des Käufers im Rahmen von [§ 444, 1. Alt. BGB](#). Hier erweist sich die fehlende Kausalität der arglistigen Täuschung als notwendiges Tatbestandsmerkmal von [§ 444, 1. Alt. BGB](#). Der vereinbarte Haftungsausschluss muss in diesem Fall zu Gunsten des Verkäufers erhalten bleiben. Den Käufer, der ohnehin gekauft hätte, belastet dies mangels Schutzwürdigkeit nicht.

Dem steht auch nicht die (alte) BGH-Rechtsprechung entgegen, die bei der Verletzung von Aufklärungspflichten das erste Mal die Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität annimmt⁴⁰ und das Institut der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens schaffte.⁴¹ Dem in der Beweisnot für die Kausalität befindlichen Getäuschten will der BGH nach dem Leitsatz nur dann helfen, „wenn dieser sich über jeden Rat oder Hinweis hinweggesetzt hätte“.⁴² Ausdrücklich beschränkt der BGH die Reichweite der von ihm angenommenen Beweislastumkehr. Sie soll nur „insoweit greifen, als in Frage steht, wie der andere Teil gehandelt hätte, wenn er pflichtgemäß ins Bild gesetzt worden wäre“.⁴³ Der Kausalstrang zwischen der Täuschung und dem Vertragsentschluss ist von der Beweislastumkehr damit nur insoweit erfasst, wie es die Entscheidung des Getäuschten isoliert hinsichtlich des Gegenstands der Täuschung – vorliegend schwere Mängel – betrifft. Andere für den Vertragsschluss maßgebliche Fakten und ein hieraus unabhängig von schweren Mängeln stattgefundenen Willensbildungsprozess des Getäuschten zum Vertragsschluss unabhängig von der Mängelfrage erfasst dies nicht. Zutreffend findet sich diesbezüglich in der Rechtsprechung die Aussage: „Die Vermutung betrifft allein die mögliche Nichtbefolgung des Hinweises, im Übrigen bleibt es bei der Beweislast des Geschädigten.“⁴⁴ Dies beschränkt praktisch die Beweislastumkehr auf „subjektive, unvernünftige, irrationale“ Entscheidungen des Getäuschten beim Vertragsschluss nur im Zusammenhang mit dem schweren Mangel. Allein in der Sphäre des Getäuschten angesiedelte andere „objektive, vernünftige und rationale“ Umstände für die Vertragsschlussentscheidung außerhalb der Mängelfrage deckt dies nicht ab. Plakatives Beispiel ist der Kauf eines Hauses mit verschwiegenem Hausschwamm, das der Käufer ohnehin abreißen will, um neu zu bauen.

Damit steht die Annahme, dass [§ 441, 1. Alt. BGB](#) ungeschrieben die Voraussetzung der Kausalität enthält, im Einklang mit dem Dogma des aufklärungsrichtigen Verhaltens.

Um zu einer transparenten rechtlichen Gesamtbetrachtung zu gelangen, ist zum Schluss noch ein Blick auf den Anwendungsbereich von [§ 444, 1. Alt. BGB](#) zu werfen. Würde sich der Meinungsunterschied zur Erforderlichkeit der Kausalität in [§ 444, 1. Alt. BGB](#) praktisch nicht auswirken, läge eine dann eher überflüssige rein akademische Diskussion vor.

VII. Zum Anwendungsbereich von [§ 444, 1. Alt. BGB](#)

Da Sinn und Zweck des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) der Schutz des Käufers beim Fassen seines Kaufentschlusses ist, kommt es im Grundsatz genau wie bei der in [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) geregelten Kenntnissituation auf eine im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch auf den Käuferwillen einwirkende arglistige Täuschung an.

Für den Fall der Kenntnis von Mängeln beim Käufer in diesem Zeitpunkt besteht damit systematisch ein Vorrangverhältnis von [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) zu [§ 444, 1. Alt. BGB](#): Wenn nach [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) bereits keine Sachmängelhaftungsansprüche existieren, kann sich die nachgelagerte Frage eines Haftungsausschlusses überhaupt nicht stellen, ein Nullum kann nicht ausgeschlossen werden.

Die vorliegende Abhandlung zeigte auf, dass das nach Sinn und Zweck des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) entscheidende Tatbestandsmerkmal die vom BGH – inzwischen und entgegen früherer besserer Erkenntnis⁴⁵ – zu Unrecht für entbehrlich gehaltene Kausalität zwischen der Täuschung und dem Kaufentschluss ist. Für diesen „Kausalitäts-Fall“ ist mit der Rechtsfolge der Vernichtung einer Haftungsausschlussvereinbarung [§ 444, 1. Alt. BGB](#) der systematische Zwilling zu [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#):

Dem in eigener Sache grob gegen seine eigenen Interessen verstoßenden Käufer, der „blind“ erkennbare Mängel ignoriert („infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben – [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#)“), soll wegen einer gleichwohl noch angenommenen „Rest-Schutzwürdigkeit“ der Zugriff auf die Sachmängelhaftungsansprüche bleiben, wenn der Verkäufer sich durch seine Täuschung erheblich unredlich verhält. Diese Basisregelung enthält [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#). Die komplementäre Ergänzung hierzu ist sodann der untersuchte [§ 444, 1. Alt. BGB](#). Da im Unterschied zum Kenntnisfall ([§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#)) bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers von den verschwiegenen Mängeln nach [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) die Sachmängelansprüche erhalten bleiben, soll sich diesem als vom Gesetzgeber gerecht empfundenen Ergebnis der Verkäufer nicht durch einen Haftungsausschluss entziehen können, [§ 444, 1. Alt. BGB](#).

Damit zeigt sich konkret beim Immobilienverkauf bei wesentlichen verborgenen Mängeln, die offenbarungspflichtig sind,⁴⁶ in welcher Sachverhaltskonstellation sich der Meinungsunterschied zum Kausalitätserfordernis auswirkt:

Gegenüber dem nicht schutzbedürftigen Käufer kann sich nach der hier vertretenen Auffassung der Verkäufer auf den Haftungsausschluss berufen. Diese Möglichkeit schlägt ihm der BGH im Sinne einer echten „Bestrafung“ zum Teil und zwar wie folgt aus der Hand.⁴⁷ Die fehlende Schutzbedürftigkeit des Käufers kann sich in diesem Zusammenhang bei arglistig verschwiegenen Mängeln in zwei Erscheinungsformen zeigen:

Entweder kennt der Käufer den verschwiegenen Mangel – dann bleibt es auch nach Auffassung des BGH beim Haftungsausschluss, weil bei bekannten Mängeln schon die Existenz einer Aufklärungspflicht und damit ein arglistiges Verschweigen von Mängeln entfällt⁴⁸ – bzw. bei rechtlich zutreffender Subsumtion schon keinerlei Sachmängelansprüche existieren, [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#).

Oder die fehlende Schutzbedürftigkeit beim Käufer folgt daraus, dass dieser zwar den aufklärungspflichtigen wesentlichen Mangel nicht positiv kennt – aber aus anderen Gründen unabhängig von dem Mangel auf jeden Fall kaufen will, auch dann fehlt die Kausalität der Täuschung. Genau in diesem Fall nimmt der BGH angesichts fehlender positiver Kenntnis des Käufers vom Mangel eine Aufklärungspflicht und damit ein arglistiges Verhalten des Verkäufers an und lässt allein wegen dieses unredlichen Verkäuferverhaltens den Haftungsausschluss unter Anwendung von [§ 444, 1. Alt. BGB](#) an dieser vermeintlich einzigen Tatbestandsvoraussetzung scheitern. Nach der hier vertretenen Auffassung bleibt es dagegen beim vereinbarten Sachmängelhaftungsausschluss, weil der Käufer unabhängig vom Mangel auf jeden Fall kaufen wollte und damit nicht schutzbedürftig ist.

Der BGH müsste in dieser Sachverhaltskonstellation zur Aufrechterhaltung des unzweifelhaft einzig richtigen Ergebnisses, dass es bei dem Kauf ohne Sachmängelhaftung bleibt, zu unnötigen Hilfserwägungen schreiten. Dieses Ergebnis wäre wohl rechtskonstruktiv nur erreichbar, wenn man dem

Verkäufer anstelle des ihm vom BGH versagten Berufens auf den Haftungsausschluss (entgegen der hier vertretenen Meinung) den Einwand des gegen Treu und Glauben nach [§ 242 BGB](#) verstoßenden widersprüchlichen Käuferverhaltens zubilligte. Der Käufer, der unabhängig von Mängeln kauft, dürfte sich dann bei späterer Kaufreue nicht auf die ursprünglich von ihm für irrelevant gehaltenen Mängel berufen können.

Die Rechtsauffassung des BGH erzeugt also zunächst eine völlig sinn- und zwecklose und ins Leere gehende Aufklärungs-Nebenpflicht des Verkäufers, bestraft diesen des Weiteren in der Folge mit dem Verlust seiner Haftungsausschlussvereinbarung und muss dieses unnötige und falsche Zwischenergebnis dann über einen angenommenen Verstoß des Käufers gegen [§ 242 BGB](#) heilen. Dies kann nicht überzeugen.

Ob das vorliegend gefundene Ergebnis sich insgesamt harmonisch in die Rechtsordnung einbettet, kann schließlich noch durch einen Blick auf das Prozessrecht und Beweisfragen geklärt werden.

VIII. Richtige Verteilung der Beweislast

Allein nach der hier vertretenen Meinung kommt es zu der zutreffenden Verteilung der Beweislast. Der Käufer hat angesichts der Gesetzesformulierung „kann sich der Verkäufer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen hat“ die volle Beweislast für den den Haftungsausschluss vernichtenden Einwand des [§ 444, 1. Alt. BGB](#). Gehört ungeschrieben die Kausalität zwischen dem arglistigen Verschweigen von Mängeln und dem Kaufentschluss zum Tatbestand, muss der Käufer auch diese beweisen. Ihm obliegt es, den Nachweis zu führen, dass das arglistige Verschweigen zu einem Kaufentschluss führte, den er sonst nicht gefällt hätte.

Zwar nimmt der BGH bei Aufklärungspflichtverletzungen – teilweise – eine Beweislastumkehr an. Dies betrifft aber nur irrationale, unvernünftige Willensbildungsprozesse beim Getäuschten. Es geht hier nur um das „Hinwegsetzen über jeden vernünftigen Hinweis oder Rat“.⁴⁹ Die Konstellation, sich zum Kauf aus rationalen, vernünftigen

anderen Gründen unabhängig von Mängeln zu entschließen, erfasst dies nicht. Somit umfasst der dem Käufer obliegende Nachweis die negative subjektive Tatsache, dass er nicht selbständig aus anderen Gründen unabhängig vom arglistigen Verschweigen der Mängel „unbedingt“ gekauft hätte. Damit liegt die Beweislast bei dem Beteiligten, in dessen subjektiver, persönlicher Sphäre diese Fakten angesiedelt sind.

Der BGH dagegen müsste dem Verkäufer die Beweislast für den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Käufers nach [§ 242 BGB](#) aufbürden, dass dieser sich auch bei gebotener Aufklärung genauso zum Kauf wie geschehen entschieden hätte und sich damit mit der Berufung auf den Haftungsausschluss seinerseits unbeachtlich unredlich verhält. Systemfremd würde hiermit uneingeschränkt eine Beweislast für Umstände aus der subjektiven Sphäre der anderen Vertragspartei geschaffen. Letztlich müsste der Verkäufer den Beweis der fehlenden Kausalität im Gewand des § 242 und des Rechtsmissbrauchs führen.

Zusammenfassend ist die Meinungsänderung des BGH eine systemwidrige Ausdehnung der Beweislastumkehr insbesondere im Vergleich zum dem ebenfalls die Entschließungsfreiheit des Käufers wie [§ 444, 1. Alt. BGB](#) (wenn man dessen Schutzzweck richtig sieht) schützenden [§ 123 BGB](#) .50

Gesetzgebungstechnisch würde zusammenfassend „viel Kummer und Sorge und Irritation erspart“, wenn nicht „wild“ bei [§ 442 Abs. 1 BGB](#) die genau gegenläufigen Regelungen des Sachmängelhaftungsausschlusses nach Satz 1 und der Haftungsanordnung nach Satz 2 kombiniert würden, sondern die gleichläufige Haftungsanordnungsregelung des § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB und dessen Unterfall nach [§ 444, 1. Alt. BGB](#) zusammengefasst würden und hier bei [§ 444, 1. Alt. BGB](#) auch noch ergänzend zur Klarstellung formuliert würde: „... soweit er den Mangel arglistig verschwiegen hat und der Käufer deswegen seinen Kaufentschluss fasste“.

IX. Ergebnis

1. [§ 444, 1. Alt. BGB](#) beinhaltet ohne inhaltliche Veränderung wie zuvor vor der Schuldrechtsnovelle [§ 443 BGB](#) a.F. das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Kausalität des arglistigen Verschweigens wesentlicher Mängel für den Kaufentschluss des Käufers.

2. Die erst seit 2011 vertretene gegenteilige Auffassung des 5. Zivilsenats des BGH, der ausdrücklich das Merkmal der Kausalität der Täuschung durch arglistiges Verschweigen von Mängeln für den Kaufentschluss als Element des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) verneint,⁵¹ ist unzutreffend.

3. Zentrales ausschlaggebendes Argument für die richtige Auslegung des [§ 444, 1. Alt. BGB](#) ist, dass nur der schutzbedürftige Käufer der Eliminierung vertraglicher Sachmängelhaftungsausschlussklauseln bedarf – an dieser Schutzbedürftigkeit fehlt es, wenn der Käufer bei dann fehlender Kausalität des arglistigen Verhaltens des Verkäufers „den Kaufentschluss auf Grund eigener selbständiger Überlegungen unabhängig von der Täuschung abgibt“.

4. Außerdem ist [§ 444, 1. Alt. BGB](#) nur die inhaltlich unveränderte Nachfolgevorschrift zu [§ 443 BGB](#) a.F. vor der Schuldrechtsnovelle, dieser beinhaltet nach früherer und zutreffender Auffassung des BGH das Kausalitätserfordernis.

5. Die jetzige Auffassung des BGH zu [§ 444, 1. Alt. BGB](#), die diesem gleichsam einen Strafcharakter zumisst, führt mit einer in der Folge eintretenden überschießenden zivilrechtlichen Tendenz für den Verkäufer zum Rechtsverlust, den vereinbarten Haftungsausschluss einwenden zu können, obwohl der Käufer nicht schutzbedürftig ist.

6. Faktisch führt die Meinung des BGH zudem zu einer uneingeschränkten Beweislastumkehr dahingehend, dass der Verkäufer im Gewand des Einwands nach Treu und Glauben gem. [§ 242 BGB](#) den Beweis für den in der subjektiven Käufersphäre angesiedelten Umstand zu führen hat, dass der Käufer auch bei Aufklärung genau den gleichen Kaufentschluss gefasst hätte (Beweislast der fehlenden Kausalität). Dies steht im systematischen Widerspruch zur Lage bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach [§ 123 BGB](#) – hier hat der Anfechtende/Käufer die Beweislast für die bestehende Kausalität, soweit nicht die Rechtsprechung des BGH zur Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei fehlenden Verhaltensvarianten für den Getäuschten eingreift.

7. Das Hauptargument des BGH für seine Rechtsprechungsänderung, mit der Schuldrechtsnovelle sei [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. entfallen, der das Tatbestandsmerkmal des arglistigen Verschweigens von Mängeln enthielt, damit sei dem neuen Sachmängelhaftungsrecht das Kausalitätserfordernis zwischen dem arglistigen Verschweigen von Mängeln und dem Kaufentschluss insgesamt und deswegen auch bei der „Vernichtung des Haftungsausschlusses“ nach [§ 444, 1. Alt. BGB](#) fremd, ist nicht nachvollziehbar: Das Argument setzt an der Prämisse an, [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. habe die Kausalität als Tatbestandsmerkmal enthalten. Dies ist nach dem Text nicht der Fall. Auch vor der Schuldrechtsnovelle wurde – zu Recht – lediglich wegen der Schutzwürdigkeit des Käufers nur im Falle einer sich kausal auf den Kaufentschluss auswirkenden Täuschung die Kausalität in [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. hineingelesen. Genau dies hat unverändert nach wie vor bei [§ 444, 1. Alt. BGB](#) zu erfolgen.

Der Argumentationsansatz des BGH bei [§ 463 Satz 2 BGB](#) a.F. anstatt bei [§ 443 a.F. BGB](#) ist außerdem schon grundsätzlich verfehlt, da es bei der Betrachtung von [§ 444, 1. Alt. BGB](#) nicht um die Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche bei wesentlichen Mängeln geht, sondern um die Vernichtung des Haftungsausschlusses. Schlussfolgerungen im Zusammenhang mit der Schuldrechtsnovelle sind daher nur aus einem Vergleich mit [§ 443 BGB](#) a.F. als Vorläufervorschrift zu [§ 444, 1. Alt. BGB](#) möglich.

8. Nur dann, wenn [§ 444, 1. Alt. BGB](#) ungeschrieben die Kausalität als Tatbestandsmerkmal beinhaltet, ist die Freiheit von Wertungswidersprüchen

- zu der „umgekehrten Parallelvorschrift“ im Kaufrecht zum Thema der Sachmängelhaftung, nämlich zum Haftungsausschluss nach [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#),

- zu der „parallelen Haftungsbeibehaltungsregelung“ nach [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) ,
- und zu den Ansprüchen gegeben, die in Anspruchskonkurrenz zur Sachmängelhaftung beim arglistigen Verschweigen wesentlicher Mängel stehen:

Nur bei der vorliegend als richtig erarbeiteten Interpretation von [§ 444, 1. Alt. BGB](#) besteht die Übereinstimmung mit der Rechtssituation bei [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) , bei [§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) sowie den Schadensersatzansprüchen auf Grundlage der culpa in contrahendo, Delikt und bei der kondiktionsrechtlichen Rückabwicklung nach Täuschungsanfechtung beim arglistigen Verschweigen wesentlicher Mängel. In all diesen Fällen wird einhellig entweder für die Rechtsfolge, dass die Haftung beibehalten wird, die Kausalität der arglistigen Täuschung in Bezug auf die Willenserklärung des Getäuschten – also dessen Schutzbedürftigkeit – verlangt. Oder – dies ist bei [§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) der Fall – stellt sich „umgekehrt“ die fehlende Kausalität und damit die fehlende Schutzwürdigkeit des Käufers als der tragende Grund für den Haftungsausschluss dar.

- * Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in der Kanzlei Ettrich Rechtsanwälte Partnerschaft mbB.
- ¹ BGH, NJW 2011, 3640 f. Rdnr. 8.
 - ² BGH, NJW 2012, 2793 f. [\[BGH 15.06.2012 - V ZR 198/11\]](#) Rdnr. 10; BGH, NJW 2003, 772–773 [\[BAG 12.06.2002 - 10 AZR 340/01\]](#) .
 - ³ BGH, NJW 2011, 3640.
 - ⁴ BGH, NJW 2012, 2793 [\[BGH 15.06.2012 - V ZR 198/11\]](#) .
 - ⁵ Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, München, § 444 Rdnr. 1.
 - ⁶ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 444 Rdnr. 11 m.w.N., § 442 Rdnr. 18, § 123 Rdnr. 5a-5c, 8.
 - ⁷ BGH, NJW 2007, 835 [\[BGH 08.12.2006 - V ZR 249/05\]](#) ; vgl. auch Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 442 Rdnr. 18 am Ende.
 - ⁸ BGH, NJW 2012, 2793 f. [\[BGH 15.06.2012 - V ZR 198/11\]](#)
 - ⁹ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 442 Rdnr. 1. „Im Allgemeinen fehlt bei Kenntnis die Schutzwürdigkeit des Käufers“; § 444 Rdnr. 1: „Der Käufer soll vor einer unredlichen Freizeichnung des Verkäufers geschützt werden“.
 - ¹⁰ BGH, NJW 2011, 3640 (3641 Rdnr. 8).
 - ¹¹ BGH, NJW 2011, 3640 – Leitsatz.
 - ¹² Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 311 Rdnr. 13, 14, 15.
 - ¹³ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 311 Rdnr. 40.
 - ¹⁴ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 123 Rdnr. 24.
 - ¹⁵ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 826 Rdnr. 19 zum Zurechnungszusammenhang.
 - ¹⁶ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 311 Rdnr. 11: „Grund der Haftung ... Gewährung von in Anspruch genommenem Vertrauen“; § 311 Rdnr. 13: „§ 123 schließt die Haftung für c.i.c. nicht aus“.
 - ¹⁷ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 826 Rdnr. 20. „Das Verschweigen von Umständen ist sittenwidrig, wenn sie dem Vertragspartner unbekannt sind, nach Treu und Glauben aber bekannt sein müssen, weil sein Verhalten bei den Vertragsverhandlungen und die von ihm zu treffenden Entscheidungen davon wesentlich beeinflusst werden“.
 - ¹⁸ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 123 Rdnr. 1: „§ 123 schützt die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit“.
 - ¹⁹ BGH, NJW 2001, 2875; BGH, NJW 2006, 899 (902) [\[BGH 21.09.2005 - XII ZR 66/03\]](#) ; BGH, NJW 2006, 3139 (3141) [\[BGH 19.05.2006 - V ZR 264/05\]](#) .
 - ²⁰ BGH, WM 57, 1363; BAG, NJW 2007, 1831 [\[BAG 23.11.2006 - 6 AZR 394/06\]](#) Tz. 45; Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 123 Rdnr. 24.
 - ²¹ BGH, NJW 2003, 2380–2381 [\[BGH 30.04.2003 - V ZR 100/02\]](#) Rdnr. II 2 d.
 - ²² BGH, NJW 2011, 3640 ff. Rdnr. 13.
 - ²³ BGH, NJW 2011, 3640 f. Rdnr. 13.
 - ²⁴ Weber, NJW 2011, 3642 [\[BGH 28.09.2011 - VIII ZR 294/10\]](#) (Anmerkung zum Urteil BGH, NJW 2011, 3640).
 - ²⁵ BGH, NJW 2011, 3640 f. Rdnr. 13.
 - ²⁶ Jauernig, Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 1999, § 463 Rdnr. 7 und Rdnr. 9: „... und sich bewusst ist, dass der Käufer den Vertrag bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte“; BGH, NJW 1996, 1467 [\[BGH 29.02.1996 - IX ZR 153/95\]](#) – ständige seinerzeitige Rechtsprechung; KG, NJW-RR 89, 972 mit Verneinung der Kausalität bei unerheblichem Fehler.
 - ²⁷ Siehe Fn. 25.
 - ²⁸ BGH, NJW 2011, 3540 f. Rdnr. 13. „Ein Kausalitätserfordernis wäre im Recht der Sachmängelhaftung systemwidrig“.
 - ²⁹ BGH, NJW 2003, 2380 [\[BGH 30.04.2003 - V ZR 100/02\]](#) (2381 unter Z. II 2 d).
 - ³⁰ Weber, Anmerkung zu BGH, NJW 2011, 3640 (3642).
 - ³¹ BGH, NJW 2003, 2380 f. [\[BGH 30.04.2003 - V ZR 100/02\]](#) (2381 unter Z. II 2 d).
 - ³² Jauernig, Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 1999, § 440 Rdnr. 4, 5.
 - ³³ BGH, NJW 2011, 3640 f. Rdnr. 13.

- ³⁴ Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl., § 442 Rdnr. 1: „Grundgedanke – Einschränkung der Rechte des Käufers, der in Kenntnis des Sach- oder Rechtsmangels kauft und daher nicht schutzwürdig ist“.
- ³⁵ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 280 Rdnr. 39 m.w.N.
- ³⁶ BGH, NJW 12, 2427 [\[BGH 08.05.2012 - XI ZR 262/10\]](#) .
- ³⁷ BGH, NJW 2015, 3447 [\[BGH 16.07.2015 - IX ZR 197/14\]](#) .
- ³⁸ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 280 Rdnr. 39; BGH NJW 2009, 1591 [\[BGH 05.02.2009 - IX ZR 6/06\]](#) .
- ³⁹ BGH, NJW-RR 2011, 1139: Entkräftung der tatsächlichen Vermutung möglich; zur Widerlegungsmöglichkeit auch: OLG Stuttgart, ZIP 95, 641.
- ⁴⁰ BGH, NJW 1973, 1688 ff. = [BGHZ 61, 118](#) .
- ⁴¹ BGH, NJW 1932, 1688 ff. vgl. zur Auseinandersetzung mit dieser Leitenscheidung auch: Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 123 Rdnr. 30 am Ende sowie § 280 Rdnr. 39 am Anfang.
- ⁴² BGH, NJW 1993, 1688.
- ⁴³ BGH, NJW 1973, 1688 f. [\[BGH 05.07.1973 - VII ZR 12/73\]](#) (1689 unter I 2b).
- ⁴⁴ BGH, NJW 1974, 795 [\[BGH 07.02.1974 - VII ZR 93/73\]](#) ; Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 280 Rdnr. 39.
- ⁴⁵ BGH, NJW 2003, 2380 f. [\[BGH 30.04.2003 - V ZR 100/02\]](#) (2381 unter Z. II 2 d).
- ⁴⁶ BGH, NJW 1990, 975 [\[BGH 08.12.1989 - V ZR 246/87\]](#) .
- ⁴⁷ BGH, NJW 2011, 3640.
- ⁴⁸ BGH, NJW-RR 2003, 772–773 [\[BGH 07.02.2003 - V ZR 25/02\]](#) .
- ⁴⁹ BGH, NJW 1993, 1688.
- ⁵⁰ Palandt, Kommentar zum BGB, a.a.O., § 123 Rdnr. 24 zum Kausalitätserfordernis und Rdnr. 30 zur Beweislast für alle Voraussetzungen des § 123 beim Anfechtenden.
- ⁵¹ BGH, NJW 2011, 3640.