Aufsätze

Jürgen Schmidt-Räntsch^{*)}

Aufklärungspflichten beim Verkauf von Immobilien

Aufklärungspflichten spielen beim Immobilienkauf nach wie vor eine große Rolle. Allerdings haben sich die rechtlichen Grundlagen mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts zum Teil wesentlich verändert. Der Verfasser stellt diesen veränderten Rechtsrahmen vor und zeigt die sich hierbei ergebenden Fragestellungen auf. Er geht dabei auch auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein.

Inhaltsübersicht

- I. Grundlagen der Haftung
 1. Vorbemerkung
 2. Anfechtung wegen Täuschung
 3. Rücktritt und Minderung
 4. Schadensersatz
 - 4.1 Vorbemerkung
 - 4.2 Sperrwirkung unter neuem Recht
 - 4.3 Vorvertragliche Pflichtverletzung
 - 4.4 Beratungsvertrag
 - 4.5 Kaufvertrag
 5. Verjährung
- II. Gegenstand der Aufklärungspflicht
 1. Grundsatz
 - 1.1 Unerkennbarkeit
 - 1.2 Bedeutung für den Kaufabschluss
 2. Defizite des Grund und Bodens
 - 2.1 Rechtliche Beschränkungen
 - 2.2 Bodenbeschaffenheit
 - 2.3 Ausgleichshaftung nach § 24 Abs. 2 BBodSchG
 - 2.4 Sonstige Nachteile

3. Defizite des verkauften Bauwerks
4. Nutzungsverhältnisse
5. Behobene Defekte
- III. Arglist des Verkäufers
 1. Grundsatz
 2. Äußerungen ins Blaue
 3. Wissenszurechnung
 4. Verdacht
- IV. Aufklärung des Käufers

I. Grundlagen der Haftung

1. Vorbemerkung

Die Verletzung von Aufklärungspflichten ist beim Verkauf von Immobilien traditionell unter drei ganz unterschiedlichen Gesichtspunkten bedeutsam:

- Anfechtung wegen Täuschung,
- Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss,
- Haftung auf Schadensersatz.

In der jüngeren Rechtsprechung ist noch ein vierter Gesichtspunkt hinzugetreten: die Haftung aus Beratungsvertrag.

Einen Teil der sich hieraus ergebenden Rechtsbehelfe kann der Käufer kombinieren. Andere kann er nur alternativ geltend machen. Bei einer vorsätzlichen Verletzung von Aufklärungspflichten führen die Rechtsbehelfe regelmäßig dazu, dass sich der Käufer vom Vertrag lösen und seinen darüber hinaus noch bestehenden Schaden ersetzt verlangen kann. Ein Teil der Rechtsbehelfe greift nur bei vorsätzlichem Handeln, andere greifen aber auch schon bei fahrlässiger Verletzung von Aufklärungspflichten. Sie konnten bisher nach dem Gegenstand der Aufklärungspflicht nicht immer eindeutig, aber doch im Großen und Ganzen klar abgegrenzt werden. Die entscheidende Frage ist, ob diese Abgrenzung weiter möglich ist und ob sich die Gewichte hier durch die Modernisierung des Schuldrechts verschoben haben.

^{*)} Dr. iur., Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe. Der Verfasser ist Mitglied des für das Immobilienkauf- und -sachenrecht zuständigen V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs. Er vertritt hier seine persönliche Auffassung.

2. Anfechtung wegen Täuschung

Die Verletzung von Aufklärungspflichten kann – wie auch nach früherem Recht – den Käufer einer Immobilie zur Anfechtung des Vertrages wegen Täuschung nach § 123 BGB berechnen. Danach kann seine Vertragserklärung anfechten, wer durch arglistige Täuschung zu ihrer Abgabe veranlasst wurde. Eine arglistige Täuschung liegt auch vor, wenn der Verkäufer seine Aufklärungspflichten gegenüber dem Käufer verletzt.¹⁾ Die Folge einer Anfechtung ist die Nichtigkeit des Vertrages ex tunc und seine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht. Geändert hat sich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nur ein Punkt: Die absolute Frist, nach deren Ablauf eine Anfechtung in jedem Fall ausgeschlossen ist, ist von dreißig Jahren auf zehn Jahre reduziert worden. Weitere Änderungen haben sich nicht ergeben.

3. Rücktritt und Minderung

Die Verletzung von Aufklärungspflichten ist beim Verkauf von Immobilien nach wie vor Voraussetzung für den Rücktritt vom Vertrag und die Minderung des Kaufpreises. Die rechtlichen Grundlagen haben sich aber völlig verändert. Der Rücktritt hängt weder gemäß § 323 BGB vor Gefahrübergang noch gemäß § 437 BGB i. V. m. §§ 440, 323 BGB und § 441 BGB nach Gefahrübergang unmittelbar oder mittelbar von der Einhaltung von Aufklärungspflichten ab. Entsprechendes gilt für die Minderung. Rücktritt und Minderung setzen vielmehr nur voraus, dass die Immobilie nicht die vertraglichen Anforderungen erfüllt, und dass eine Nachbesserung nicht möglich, nicht (mehr) zumutbar oder innerhalb einer dem Verkäufer vom Käufer gesetzten angemessenen Frist durch den Verkäufer nicht erfolgt ist.

Beim Rücktritt darf der Mangel auch nicht unwesentlich sein (§ 323 Abs. 5 BGB gegen § 441 Abs. 1 Satz 2 BGB). Was „unwesentlich“ bedeutet, ist streitig: Während *Westermann*²⁾ die Auffassung vertritt, der Begriff sei im Wesentlichen mit dem Begriff der unerheblichen Minderung des Werts über der Tauglichkeit i. S. v. § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. identisch, sind *Ernst*³⁾ und *Grothe*⁴⁾ der Auffassung, der Begriff der unerheblichen Vertragsverletzung sei das Gegenstück zum Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung i. S. v. Art. 49 CSIG oder der erheblichen Beeinträchtigung i. S. v. § 651d BGB. Das führt zu unterschiedlichen Ergebnissen. Während nach der ersten Meinung jede nicht nur völlig zu vernachlässigende Beschaffenheitsabweichung das Rücktrittsrecht begründet, ist das nach der zweiten Meinung nur dann der Fall, wenn die Beschaffenheitsabweichung schon ein gewisses Gewicht hat.

Die vertraglichen Anforderungen erfüllt die Immobilie nach §§ 434, 435 BGB nicht, wenn sie nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, sich nicht für einen vorausgesetzten Zweck eignet oder, mangels derartiger Vereinbarungen, wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet. Darauf, ob die Beschaffenheit besonders zugesichert wurde oder ob den Verkäufer an ihrem Fehlen ein Verschulden trifft, kommt es nicht an.

Anders als früher berechtigt es für sich genommen nicht zum Rücktritt, wenn der Verkäufer dem Käufer eine Eigenschaft

der Immobilie verschwiegen hat. Es kommt vielmehr darauf an, welches Beschaffenheitsprofil der Immobilie die Parteien vereinbart haben. Gehört die verschwiegene Eigenschaft nicht dazu, ist der Rücktritt oder die Minderung nicht möglich. Diese Veränderung wird sich indessen weniger auf die Ergebnisse, als auf die praktische Handhabung der Fälle und damit auf die Perspektive auswirken, die der Berater von Verkäufer oder Käufer einnehmen muss. Die geschilderte Verengung des Tatbestands auf den Inhalt des Vertrags führt zuerst zu der Frage, worin der Vertragsinhalt genau besteht. Vielfach wird man nämlich feststellen können, dass die verschwiegene Eigenschaft zu den Eigenschaften gehört, die der Käufer mangels konkreter Abreden im Immobilienkaufvertrag üblicherweise oder nach Art der Immobilie erwarten kann (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).

Denkbar ist natürlich, dass die verschwiegene Eigenschaft eine ist, die man zwar nicht üblicherweise erwarten kann, die aber trotzdem aufklärungspflichtig war. Dann gehört sie nicht zum vereinbarten Vertragsinhalt. Der Käufer muss und kann dann regelmäßig Ausgleich auf dem Wege des Schadensersatzes (wegen Verletzung der Rücksichtnahmepflicht des § 241 Abs. 2 BGB) erreichen. Zu prüfen bleibt aber dennoch, ob nicht auch in diesem Fall ein Rücktritt möglich ist. Die Verletzung der Aufklärungspflicht wird zwar nicht in jedem Fall einen Rücktritt erlauben.⁵⁾ Sie kann sich aber gerade dann, wenn die Eigenschaft nicht Vertragsinhalt geworden ist, als schwerer Vertrauensbruch erweisen, der als Verletzung auch des vertraglichen Rücksichtnahmegebots nach § 241 Abs. 2 BGB den Weg zum Rücktritt nach § 324 BGB eröffnet, wenn ein Festhalten am Vertrag unter diesen Umständen nicht (mehr) zumutbar ist. Dieser Weg wird, da kein Mangel vorliegt, durch § 437 BGB nicht eingeschränkt.

Weshalb hängen Rücktritt und Minderung wegen Mängeln beim Verkauf von Immobilien nun aber auch außerhalb von § 324 BGB von der Verletzung von Aufklärungspflichten ab? Diese Rechtsbehelfe des Käufers werden in einem Individualvertrag über eine Immobilie regelmäßig ausgeschlossen. Das ist, wie sich aus § 444 BGB ergibt, bei Immobilien grundsätzlich möglich.⁶⁾ Danach ist ein solcher Haftungsausschluss (nur) unwirksam, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die fehlende Beschaffenheit übernommen hat. Die Verletzung von Aufklärungspflichten führt also dazu, dass Rücktritt und Minderung trotz des in einem Immobilienkaufvertrag üblicherweise enthaltenen Gewährleistungsausschlusses möglich bleiben.

4. Schadensersatz

4.1 Vorbemerkung

Schadensersatz konnte der Käufer nach früherem Recht ursprünglich nur auf der Grundlage des § 463 BGB a. F., also in

1) *Bamberger/Roth/Wendland*, BGB, 2003, § 123 Rz. 11; *Erman/Palm*, BGB, 11. Aufl., 2004, § 123 Rz. 18

2) *Erman/Westermann* (Fußn. 1), § 323 Rz. 27.

3) *MünchKomm-Ernst*, BGB, 4. Aufl., 2003, § 323 Rz. 243.

4) *Bamberger/Roth/Grothe* (Fußn. 1), § 323 Rz. 39

5) *Krüger*, in: *Bork/Hoeren/Pohlmann* (Hrsg.), *Recht und Risiko*, Festschrift Kollhoser, Bd. II, 2004, S. 329, 339; *Muthers*, MDR 2004, 492, 493.

6) *Amann/Brambring/Hertel*, *Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht*, 2. Aufl., 2003, S. 490, 491.

dem hier zu behandelnden Themenausschnitt bei arglistigem Verschweigen, bei vorsätzlicher Verletzung einer Aufklärungspflicht, verlangen. Da sich das als zu eng erwies, hat die Rechtsprechung die Möglichkeit entwickelt, Schadensersatz nach den Grundsätzen über das Verschulden bei Vertragsschluss zu verlangen,⁷⁾ die gewöhnlich eine Haftung auch bei Fahrlässigkeit begründen. Dasselbe gilt für den in der jüngeren Rechtsprechung entwickelten verkaufsbegleitenden Beratungsvertrag.⁸⁾ Diese niedrigeren Anforderungen hätten dazu führen können, dass § 463 BGB a. F. unterlaufen wird. Das hat die Rechtsprechung durch die Annahme einer Sperrwirkung des § 463 BGB a. F. verhindert. Aus Verschulden bei Vertragsschluss haftete der Verkäufer uneingeschränkt, also bei Vorsatz und Fahrlässigkeit, nur, wenn er Umstände verschwiegen hatte, die keine Mängel oder zugesicherte Eigenschaften i. S. d. §§ 459, 463 BGB a. F. sein konnten.⁹⁾ Hatte er Mängel (oder das Fehlen zugesicherter Eigenschaften) verschwiegen, haftete er auch aus Verschulden bei Vertragsschluss nur bei Vorsatz.¹⁰⁾ Eine vergleichbare Abgrenzung für die Haftung aus Beratungsvertrag fehlt. Dies liegt aber vor allem darin begründet, dass der Beratungsvertrag bislang in Fällen angenommen wurde, in denen Gegenstand der Beratung jedenfalls auch Umstände waren, die nicht Eigenschaften alten Rechts sein konnten. Die Frage, ob der Verkäufer nur für Vorsatz oder auch für Fahrlässigkeit haftete, hing unter altem Recht maßgeblich davon ab, ob Gegenstand der Aufklärung eine Eigenschaft der Sache war oder ein anderer Umstand.

4.2 Sperrwirkung unter neuem Recht

Die für die Haftung des Verkäufers unter neuem Recht entscheidende Frage ist, ob § 437 BGB die gleiche Sperrwirkung zukommt wie dem § 463 BGB a. F. Würde man die Frage verneinen, hätte das jedenfalls eine wichtige Verschiebung der Gewichte zur Folge. Der Verkäufer würde immer auch für die fahrlässige Verletzung von Aufklärungspflichten haften. Er könnte diese Haftung nicht ausschließen. Ob das im Ergebnis zu einer effektiven Haftungsverschärfung führt, hängt allerdings entscheidend von dem Fahrlässigkeitsmaßstab, also davon ab, welche Sorgfalt für einen Verkäufer im Rechtsverkehr i. S. d. § 276 Abs. 2 BGB geboten ist.¹¹⁾

Auf den ersten Blick liegt es in der Tat nahe, dem § 437 BGB eine Sperrwirkung abzuspochen. Anders als § 463 BGB a. F. sieht er eine Haftung für Schadensersatz nicht mehr nur bei Arglist, sondern auch bei Fahrlässigkeit vor. Geblieben ist allerdings das Verjährungsargument. Während die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss oder aus Beratungsvertrag nach wie vor der regelmäßigen Verjährung, jetzt allerdings nach §§ 195, 199 BGB unterliegt, sieht § 438 BGB für Mängelansprüche gleich welcher Art eine Verjährung von fünf Jahren bei Immobilien vor. Die regelmäßige Verjährung gilt hier nach § 438 Abs. 3 BGB nur bei Arglist, nicht bei Fahrlässigkeit. Diese differenzierte Verjährungsfrist soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers bei Schaffung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts für alle vertraglichen Ansprüche wegen Mängeln gelten.¹²⁾ Dazu gehören auch Ansprüche aus einer unterlassenen Aufklärung über Mängel. Diese könnte man allerdings dem Vertragsanbahnungsverhältnis vor

dem Kaufvertrag zuordnen und damit als nicht vertragliche Ansprüche aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis einstufen, die zudem an die Verletzung von Aufklärungspflichten und nicht unbedingt an Mängel anknüpfen.¹³⁾ Eine solche Einordnung wird aber der Schadensersatzhaftung des Verkäufers nach neuem Recht nicht gerecht. Dies zeigt § 311a Abs. 2 BGB, für den die Verjährungsfrist nach § 438 BGB eindeutig gilt, wenn Gegenstand der Haftung ein anfänglich nicht behebbarer Mangel beim Kauf ist. Anknüpfungspunkt der Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB ist nicht die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, sondern der Umstand, dass sich der Verkäufer in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seines Leistungshindernisses zur Leistung verpflichtet hat. Der Gesetzgeber ordnet also im Zusammenhang mit Mängeln im Grunde vorvertragliche Pflichten dem späteren Vertrag zu. Ein Grund, das bei behebbaren Mängeln anders zu sehen, besteht nicht. Der Gesetzgeber wollte aber alle Ansprüche wegen Mängeln nicht nur einer einheitlichen Verjährung, sondern insgesamt einem einheitlichen Regime unterwerfen. Dieses wird zwar in § 437 BGB nicht eigenständig, aber durch Verweisung auf das allgemeine Schuldrecht geregelt. Seine neben der Verjährung besonderen Merkmale sind die grundsätzliche Möglichkeit der Nacherfüllung und die grundsätzliche Disponibilität. Dies würde unterlaufen, würde man dem § 437 BGB keine Sperrwirkung beimessen.¹⁴⁾

4.3 Vorvertragliche Pflichtverletzung

Für die Haftung des Verkäufers aus Vertragschulden bei Vertragsschluss bleibt es beim gewohnten Ansatz. Zu berücksichtigen ist hierbei nur, dass diese Haftung jetzt gesetzlich geregelt ist. Neu ist dabei die strikte begriffliche Trennung zwischen dem gesetzlichen Pflichtenprogramm und der gebotenen Sorgfalt.¹⁵⁾ Im Einzelnen: Durch die Anbahnung eines Kaufvertrags über Immobilien und insbesondere die Aufnahme förmlicher Vertragsverhandlungen entsteht nach § 311 Abs. 2 BGB zwischen dem Verkäufer und dem Kaufinteressenten ein vorvertragliches Schuldverhältnis. Aufgrund dieses Schuldverhältnisses ist der Verkäufer nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Kaufinteressenten Rücksicht zu nehmen. Diese Rücksichtnahmepflicht verletzt, wer die Aufklärung unterlässt, die der ande-

7) Vgl. etwa BGHZ 114, 263, 266 f.

8) Vgl. etwa BGH-Report 2004, 75, 76; BGH-Report 2003, 719, 720.

9) BGHZ 114, 263, 266 f.

10) BGH ZIP 1992, 1317 = NJW 1992, 2564, 2565, dazu EWIR 1992, 1069 (Messer).

11) Schmidt-Räntsch, AnwBl 2003, 529, 532.

12) Schmidt-Räntsch/Maifeld/Meier-Göring/Röcken, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 486; Bamberger/Roth/Faust (Fußn. 1), § 438 Rz. 9; Erman/Schmidt-Räntsch (Fußn. 1), § 195 Rz. 17 und Erman/Grünevald (Fußn. 1), § 438 Rz. 1, 2; Palandt/Putzo, BGB, 63. Aufl., 2004, § 438 Rz. 3; insoweit zutreffend auch Mansel, NJW 2002, 89, 95.

13) Vgl. dazu Amann/Brambring/Hertel (Fußn. 6), S. 484.

14) Wie hier: Erman/Grünevald (Fußn. 1), Vor § 437 Rz. 27; Palandt/Putzo (Fußn. 12), § 437 Rz. 51a; G. Müller, in: Festschrift W. Hadding, 2004, S. 199, 209, 219; Thiessen, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 253, 258 bei Fußn. 42; a. M. Bamberger/Roth/Faust (Fußn. 1), § 437 Rz. 181.

15) Schmidt-Räntsch, in: Greifinger (Hrsg.), Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, 2004, S. 245, 249; ders., AnwBl 2003, 529, 532.

re Teil billigerweise erwarten kann. An dieser Stelle ist danach die Sperrwirkung zu berücksichtigen.

Anders als bisher unterscheiden sich die Schadensersatzhaftung im Kauf und die Haftung im vorvertraglichen Verhältnis nicht mehr im Haftungsmaßstab (Vorsatz bzw. Vorsatz und Fahrlässigkeit), sondern in den Rahmenbedingungen. Der Sperrwirkung könnte man zwar auch dadurch Rechnung tragen, dass man § 444 BGB analog anwendet. Dies wäre aber systemfremd, weil die Haftung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis normalerweise nicht zur Disposition der Beteiligten steht, jedenfalls kaum im Nachhinein vereinbart werden wird. Systemgerecht lässt sich die Sperrwirkung nur verwirklichen, wenn man die aus der Rücksichtnahmepflicht folgende Aufklärungspflicht in dem Augenblick verneint, in dem Gegenstand eine Eigenschaft der Immobilie ist, die später auch zur vereinbarten Beschaffenheit gehört. Gehört diese Eigenschaft aber nicht zur vertraglichen Beschaffenheit der Sache, dann bleibt es bei der Haftung aus vorvertraglicher Pflichtverletzung. Das sieht *Grunewald*¹⁶⁾ anders. Auch bei einer Beschaffenheit, die vereinbart werden könnte, soll Haftung aus vorvertraglicher Pflichtverletzung ausscheiden, wenn sie nicht vereinbart wird. Dann aber scheidet eine Haftung von vornherein ganz aus: Aus Vertrag haftete der Verkäufer nicht, weil weder Vertrags- noch Rücksichtnahmepflichten verletzt würden. Aus vorvertraglichem Verhältnis haftete er aber auch nicht, obwohl ihn, was keineswegs die Regel ist,¹⁷⁾ eine Pflicht zur Aufklärung traf. Das dürfte zu weit gehen.

Verletzt der Verkäufer eine vorvertragliche Rücksichtnahmepflicht, haftet er nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Schadensersatz, es sei denn, er hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Zu vertreten hat der Verkäufer die unterlassene Aufklärung nach § 276 Abs. 1 BGB bei Vorsatz, aber auch bei Fahrlässigkeit. Die Anforderungen an die Sorgfalt des Verkäufers sind unterschiedlich, je nachdem, um welchen Umstand es geht. Dies würde sich auch auswirken, wenn man eine Sperrwirkung des § 437 BGB verneint und eine Haftung des Verkäufers aus vorvertraglicher Pflichtverletzung für möglich hält. Fahrlässig handelt der Verkäufer jedoch nicht schon dann, wenn er feststellen könnte, dass sein Grundstück einen Mangel aufweist, auf den hingewiesen zu werden der Käufer erwarten kann. Das würde nämlich darauf hinauslaufen, dass jeder Verkäufer sein Grundstück gewissermaßen prophylaktisch auf mögliche Mängel untersuchen lässt. Der Verkäufer handelt vielmehr fahrlässig nur, wenn er Anhaltspunkte für das Vorliegen von Mängeln hat. Das kommt dem wesentlichen Element der Arglist, nämlich dass der Verkäufer den Fehler kennen oder für möglich halten muss,¹⁸⁾ schon sehr nahe.

4.4 Beratungsvertrag

Je nach den Umständen des Einzelfalls kann sich das vorvertragliche Schuldverhältnis zu einem die Vertragsverhandlungen begleitenden eigenständigen Beratungsvertrag verdichten. Ein solcher Vertrag ist, anderes als der spätere Kaufvertrag über die Immobilie, formfrei. Er wird regelmäßig nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend abgeschlossen. Dafür kann es etwa ausreichen, wenn deren Verkäufer dem Käufer Berechnungsbeispiele vorlegt, um ihn über die Rentierlichkeit des

Immobilienwerbs als Geldanlage zu informieren.¹⁹⁾ In einer solchen Fallgestaltung ist die Aufklärung nicht mehr nur Sorgfaltsanforderung, sondern Vertragspflicht, deren Verletzung das Verschulden indiziert und zum Schadensersatz führt. Bei Verletzung der Beratungspflicht haftet der Verkäufer auch für Fahrlässigkeit. Die Haftung aus einem Beratungsvertrag ist in der Praxis regelmäßig nicht beschränkbar. Individuelle Beratungsverträge werden meist konkludent geschlossen. Das Verhalten der Parteien wird sich aber gewöhnlich nicht als Haftungsausschluss verstehen lassen.

Denkbar wäre auch der Abschluss eines förmlichen Beratungsvertrags. Dann aber wird es in der Regel ein AGB-Vertrag sein, in dem ein Haftungsausschluss regelmäßig an § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB scheitern wird, weil die Beratungspflicht Kernpflicht ist.²⁰⁾ Unter altem Recht stellte sich die Frage einer Abgrenzung von Gewährleistungshaftung und Beratungshaftung praktisch nicht, weil der Begriff der Eigenschaft eng war und den Gegenstand einer Beratungshaftung regelmäßig nicht erfasste. Das ist zwar auch unter neuem Recht im Kern nicht anders. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass der Begriff der Beschaffenheit jetzt weiter ist.²¹⁾ Deshalb lassen sich Überschneidungen zwischen Gewährleistungs- und Beratungshaftung nicht mehr ganz ausschließen. Insoweit müsste dann die Sperrwirkung greifen. Die Annahme eines Beratungsvertrags würde § 437 BGB jedenfalls dann unterlaufen, wenn sich die Beratungsleistung im Hinweis auf eine Beschaffenheit der Immobilie erschöpft.

4.5 Kaufvertrag

Die schuldhaftige Verletzung von Aufklärungspflichten begründet schließlich auch eine Schadensersatzhaftung des Verkäufers aus dem Kaufvertrag gemäß § 437 BGB mit §§ 280 ff. BGB oder § 311a Abs. 2 BGB. Die Verletzung von Aufklärungspflichten ist allerdings – ähnlich wie beim Rücktritt und bei der Minderung – keine Anspruchsvoraussetzung. Anknüpfungspunkt für die Schadensersatzhaftung ist vielmehr, dass der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat. Das Verschulden des Verkäufers für einen nachgewiesenen Mangel wird dabei nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB gesetzlich vermutet. Der Verkäufer wird sich aber regelmäßig gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2, § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB entlasten können. Er kann grundsätzlich seine Immobilie anbieten, wie sie ist. Er muss sie nicht untersuchen.²²⁾ Anders liegt es aber dann, wenn die Immobilie aufklärungspflichtige Mängel aufweist. Dann gehört zu der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch die Aufklärung über den Mangel.

16) *Erman/Grunewald* (Fußn. 1), Vor § 437 Rz. 27.

17) Vgl. z. B. BGH ZfR 2001, 819 = ZIP 2001, 1152 = NJW 2001, 2021, dazu EWiR 2001, 609 (*Frisch*); BGH-Report 2001, 362.

18) Vgl. BGH ZfR 2001, 541 = NJW 2001, 2326, 2327; BGH NJW-RR 1997, 270, 271.

19) BGH ZfR 2004, 242 = ZIP 2003, 2367 = NJW 2004, 64, 65, dazu EWiR 2004, 545 (*Himmelmann*); BGH ZfR 2003, 593 = ZIP 2003, 1355 = NJW 2003, 1811, 1812, dazu EWiR 2003, 681 (*Himmelmann*).

20) BGH ZIP 1984, 1098 = NJW 1985, 914, 916; *Bamberger/Roth/Schmidt* (Fußn. 1), § 307 Rz. 40, 41; *Erman/Roloff* (Fußn. 1), § 307 Rz. 33; *Schmidt-Räntsch, AgrarR* 2003, 265, 270.

21) Einzelheiten bei *Schmidt-Räntsch* (Fußn. 15), S. 245, 246–248; *ders.*, *AnwBl* 2003, 529, 531.

22) Vgl. *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 12), § 280 Rz. 19; *Schmidt-Räntsch, AnwBl* 2003, 529, 532.

5. Verjährung

Die Verletzung von Aufklärungspflichten ist auch für die Verjährung von Mängelansprüchen von Bedeutung. Mängelansprüche aus einem Immobilienkaufvertrag verjähren grundsätzlich nach § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB in fünf Jahren. Hat der Verkäufer dagegen den Mangel arglistig verschwiegen, verjähren Mängelansprüche insoweit nicht vor Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist (§ 438 Abs. 3 BGB). Bei später Entdeckung des verschwiegenen Mangels kann die Verjährungsfrist bis zu zehn Jahre betragen (§ 199 Abs. 3 und 4 BGB).

II. Gegenstand der Aufklärungspflicht

1. Grundsatz

1.1 Unerkennbarkeit

Über die Beschaffenheit einer Immobilie oder andere Umstände muss der Verkäufer den Käufer nach Treu und Glauben nur aufklären, wenn dieser die Beschaffenheitselemente oder Umstände nicht kennt und auch nicht erkennen kann.²³⁾ Dies gilt unabhängig davon, ob die Verletzung nur bei Arglist relevant wird oder auch ihre fahrlässige Verletzung ausreicht. Von großer Bedeutung ist dabei der Vertragsinhalt. Wird die Immobilie wie üblich „wie besichtigt“ oder „im gegenwärtigen Zustand“ verkauft, muss der Käufer zwar damit rechnen, dass die Immobilie nicht in jeder Hinsicht seinen Vorstellungen entspricht. Der Verkäufer muss ihn auch nicht über alle Nachteile aufklären. Verborgene Nachteile muss er ihm aber eröffnen. Hierbei kommt es auf die Erkenntnismöglichkeiten des Durchschnittskäufers an. Anders kann das sein, soweit der Käufer die notwendige eigene Expertise hat.²⁴⁾ Entbehrlich wird eine Aufklärung aber auch in diesem Fall nur, wenn der Käufer die tatsächlichen Grundlagen einer Bewertung erkennen kann oder die Untersuchung der Immobilie selbst übernimmt. Verspricht der Verkäufer im Vertrag eine bestimmte Beschaffenheit, dann kommt es, wenn sich das als falsch erweist, nicht mehr auf eine Aufklärungspflicht, sondern nur noch auf den direkten oder bedingten Vorsatz des Verkäufers an, weil dann im Vertrag gegebenenfalls eine Täuschung liegt.²⁵⁾

Es kann den Verkäufer von seiner Aufklärungspflicht entlasten, wenn der Käufer einer Immobilie diese, ähnlich wie dies bei Unternehmen, immer öfter aber auch bei Immobilien, üblich ist, einer „Due-diligence-Prüfung“ unterzieht. Eine solche Untersuchung kann nämlich Umstände zutage fördern, die der Verkäufer bei Ausbleiben einer solchen Prüfung mitzuteilen gehabt hätte. Und der Verkäufer wird den Käufer dann nicht mehr über Umstände aufzuklären haben, deren Aufdeckung er im Rahmen einer Untersuchung der vorgenommenen Art üblicherweise erwarten kann.²⁶⁾ Welche Umstände das aber sind, lässt sich nicht allgemein sagen. Der Verkäufer kann dem Käufer nicht entgegenhalten, dass er aufklärungspflichtige Umstände hätte entdecken müssen, wenn er mehr oder bessere Hilfskräfte engagiert oder länger gesucht hätte. Denn mit einer eigenen intensiveren Prüfung entlastet der Käufer den Verkäufer gewissermaßen überobligationsmäßig von seiner gesetzlichen Aufklärungspflicht. Diese Entlastung lässt dessen gesetzliche Aufklärungspflicht im Übrigen unberührt.

1.2 Bedeutung für den Kaufentschluss

Nach § 438 Abs. 3, § 444 BGB kommt es nicht darauf an, ob der dem Käufer verborgen gebliebene Umstand für den Vertragsschluss ursächlich war; entscheidend ist allein, ob der Verkäufer arglistig handelte.²⁷⁾ Eine Aufklärungspflicht als Voraussetzung für die Annahme arglistigen Verschweigens oder einer Verletzung der Rücksichtnahmepflicht besteht aber nur, wenn der Umstand, über den der Verkäufer aufklären soll, für den Kaufentschluss des Käufers Bedeutung hat.²⁸⁾ Daran fehlt es in dem seltenen Fall des „omnimodo empturus“, der die Immobilie unter allen Umständen erwerben will und sich für die aufklärungsfähigen Umstände nicht interessiert. Entsprechendes gilt für Umstände, die einen Durchschnittskäufer vom Kauf nicht abhalten. Ansonsten müsste es nach dem Grundgedanken der Aufklärungspflicht auf die Gesichtspunkte ankommen, von denen für den konkreten Käufer der Kaufentschluss abhängt. Davon wird man auszugehen haben, wenn der konkrete Käufer den Verkäufer über die Grundlagen seiner Kaufentscheidung unterrichtet. Das aber wird der Käufer schon aus Gründen der Verhandlungstaktik normalerweise nicht tun. Es kommt regelmäßig darauf an, ob die Umstände für den Kaufentschluss des Durchschnittskäufers bedeutsam sind. Es würde dann auch vermutet, dass der Käufer bei gehöriger Aufklärung den Vertrag nicht, jedenfalls nicht in der tatsächlich abgeschlossenen Weise abgeschlossen hätte.²⁹⁾

2. Defizite des Grund und Bodens

2.1 Rechtliche Beschränkungen

Für jeden Käufer einer Immobilie ist es kaufentscheidend, ob er sie rechtlich ungehindert nutzen und verwerten kann. In den meisten Fällen wird der Verkäufer die Haftung für das Bestehen nicht übernommener dinglicher Rechte an der Immobilie (vgl. § 435 BGB) auch, wie bisher, nicht einschränken oder ausschließen, vielleicht sogar eine Garantie für ihr Nichtbestehen übernehmen. Dann kommt es auf das Bestehen einer Aufklärungspflicht nicht an. Möglich wäre ein solcher Ausschluss aber. Er ist auch verbreitet, wenn es um andere rechtliche Beschränkungen als solche aus dinglichen Rechten geht. Dann kommt es auf das Bestehen einer Aufklärungspflicht an. Bei der Mehrzahl der rechtlichen Beschränkungen wird eine Aufklärungspflicht allerdings nicht bestehen. Solche rechtliche Beschränkungen sind nämlich aus dem Grundbuch erkennbar. Der Käufer ist zwar nicht gehalten, selbst das Grundbuch einzusehen und handelt deshalb auch nicht grob fahrlässig i. S. v. § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn er davon absieht.³⁰⁾ Das kann aber andererseits nicht bedeuten, dass der

23) BGH-Report 2001, 362; BGH NJW-RR 1992, 334.

24) *Bamberger/Roth/Wendland* (Fußn. 1), § 123 Rz. 11 a. E.

25) Insoweit ist *Bamberger/Roth/Faust* (Fußn. 1), § 438 Rz. 37, und *Erman/Grünefeld* (Fußn. 1), § 438 Rz. 17, zuzustimmen.

26) *Schmidt-Räntsch*, AnwBl 2003, 529, 530.

27) So *Bamberger/Roth/Faust* (Fußn. 1), § 438 Rz. 37; a.M. *Erman/Grünefeld* (Fußn. 1), § 438 Rz. 18.

28) Vgl. BGH ZfR 2001, 819 = ZIP 2001, 1152 = NJW 2001, 2021, dazu EWiR 2001, 609 (*Frisch*); BGH NJW-RR 1992, 334.

29) Vgl. dazu BGH ZfR 2001, 819 = ZIP 2001, 1152 = NJW 2001, 2021, 2022.

30) BGH NJW-RR 1998, 1290, 1291.

Käufer vom Verkäufer (unter dem Gesichtspunkt der Arglist) nach Treu und Glauben erwarten kann, dass er ihn ungefragt über den Inhalt des Grundbuchs aufklärt, in das er als Kaufinteressent ohne weiteres Einsicht nehmen kann. Gleiches müsste auch gelten, wenn rechtliche Beschränkungen aus anderen Registern, zum Beispiel einem Baulastenverzeichnis, zu entnehmen sind.

Dingliche Rechte, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind, sind dagegen regelmäßig aufklärungspflichtig. Beispiel ist die altrechtliche Dienstbarkeit.³¹⁾ Aufklärungspflichtig sind auch andere rechtliche Beschränkungen, die nicht in dinglichen Rechten am Grundstück bestehen. Beispiele hierfür sind eine Wohnungsbindung oder ein Zweckentfremdungsverbot. Auch bauplanungs- oder bodenordnungsrechtliche Beschränkungen,³²⁾ die Lage des Grundstücks oder von Teilen hiervon in einem Landschafts- oder Naturschutzgebiet³³⁾ oder seine „Belastung“ mit einem geschützten Landschaftsbestandteil gehören hierher. Unter altem Recht wurden solche rechtlichen Beschränkungen teils als Rechtsmängel, teils als Sachmängel eingeordnet. Diese Unterscheidung behält das geltende Recht in §§ 434, 435 BGB bei. Sie spielt aber nur eine Rolle, wenn die Immobilie mit einem Recht belastet ist, aufgrund dessen ein Dritter die Herausgabe der Immobilie verlangen kann. Dann nämlich gilt nach § 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB für Mängelansprüche eine Verjährungsfrist von 30 Jahren. Im Übrigen gilt für Sach- wie für Rechtsmängel im Falle einer Verletzung von Aufklärungspflichten nach Maßgabe von § 438 Abs. 3 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist.

2.2 Bodenbeschaffenheit

Aufklärungspflichtig können auch Schwächen in der Bodenbeschaffenheit sein. Der wichtigste Fall sind Bodenkontaminationen. Solche Kontaminationen stammen meist aus einer früheren Nutzung des Grundstücks, die schon länger zurückliegt oder jetzt nicht fortgeführt werden soll. Die Rechtsprechung stellt an eine Aufklärungspflicht unterschiedliche Anforderungen. Bei Deponien besteht auch ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte der hinweispflichtige Verdacht einer Schadstoffbelastung.³⁴⁾ Das gilt auch dann, wenn es sich um eine nicht allgemein zugängliche Werksdeponie handelt.³⁵⁾ Bei Industrieanlagen besteht eine Hinweispflicht demgegenüber erst und nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Schadstoffbelastung vorliegen.³⁶⁾ Auf dieser Linie hat das OLG Celle eine chemische Reinigung nach den Grundsätzen für Industrieanlagen behandelt und eine Hinweispflicht nur angenommen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine solche Kontamination vorliegen.³⁷⁾ Die geschilderte Rechtsprechung ist auf vereinzelte Kritik gestoßen.³⁸⁾ Nicht nur bei Deponien, so argumentiert *Knoche*, müsse man immer mit Kontaminationen rechnen, sondern auch bei Industrieanlagen. Hierbei wird aber der innere Grund für die Unterscheidung nicht gewürdigt. Deponien sind Anlagen, in denen bestimmungsgemäß schädliche Stoffe eingelagert werden. Industrieanlagen dienen gerade nicht einem solchen Zweck. Sie können und werden zwar oft schädliche Stoffe einsetzen. Bei ihrer Errichtung werden aber durch die zuständigen Behörden Auflagen festgesetzt, die einer Schädigung der Umwelt vorbeugen; solche

Anlagen unterliegen auch einer Überwachung. Man kann nicht davon ausgehen, dass solche Auflagen generell eingehalten werden oder generell unzureichend sind. Dafür spielt die Größe eines Betriebs keine Rolle. Die Auflagen werden auf den Betrieb zugeschnitten. Bei einem Großbetrieb muss mehr getan werden, um eine Aufgabenerfüllung sicherzustellen. Das geschieht indes regelmäßig auch. Man kann nicht davon ausgehen, dass solche gesteigerten Anforderungen generell nicht oder nicht ausreichend eingehalten werden. Anders liegt es, unabhängig von der Betriebsgröße, dann, wenn der ordnungsgemäße Betrieb der betreffenden Anlage an sich ein Kontaminationsrisiko in sich birgt, wie dies etwa bei den Tankstellen der Fall ist, mit denen sich das Urteil des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 1. Oktober 1999³⁹⁾ befasst. Ansonsten müssen weitere Umstände hinzutreten, um eine Aufklärungspflicht zu begründen. Nach diesen Grundsätzen beurteilt sich auch die Pflicht des Verkäufers, den Käufer auf andere Schwächen der Bodenbeschaffenheit, zum Beispiel das Erfordernis einer Pfahlgründung bei Bebauung oder das Vorhandensein von Fundamentresten,⁴⁰⁾ hinzuweisen.

2.3 Ausgleichshaftung nach § 24 Abs. 2 BBodSchG

Das Fehlen einer Aufklärungspflicht führt bei dem Verkäufer, der die Immobilie zuvor nicht selbst industriell genutzt hat, zu einer Haftungsfreiheit. Bei dem Verkäufer, der die Immobilie selbst industriell genutzt hat, wird das Fehlen einer Haftung aus kauf- oder vorvertraglicher Pflichtverletzung durch den bodenschutzrechtlichen Ausgleichsanspruch des Käufers nach § 24 Abs. 2 BBodSchG überlagert. Er wird nur wirklich haftungsfrei, wenn er als Verursacher von Kontaminationen ausscheidet. Dies gilt nicht nur für neue, sondern auch für Bodenkontaminationen aus der Zeit vor dem In-Kraft-Treten des Bundes-Bodenschutzgesetzes am 1. März 1999.⁴¹⁾ Nach überwiegender Meinung kommt es auch nicht darauf an, ob der Erwerber ordnungsrechtlich in Anspruch genommen wird; die rechtliche Verpflichtung hierzu reicht.⁴²⁾ Ob dem Verkäufer

31) Solche Rechte bestehen im Altbundesgebiet nach Art. 184, 187, 188 EGBGB in der Regel auch ohne Eintragung fort. Im Beitrittsgebiet ist das anders. Hier sind solche (zunächst fortbestehenden) Rechte nach § 8 GBerG erloschen, wenn nicht bis zum Ablauf des 31. 12. 2000 ihre Eintragung bewilligt oder eine andere die Verjährung nach damaligem Recht unterbrechende Maßnahme durchgeführt worden ist; vgl. dazu BGH-Report 2003, 930 = ZfR 2003, 484 (LS). In diesem Fall muss über die verjährungsunterbrechende Maßnahme aufgeklärt werden.

32) BGH, Urt. v. 3. 5. 2002 – V ZR 175/01, abrufbar unter www.rws-verlag.de/volltext-2002/02bgh175.htm.

33) OLG Oldenburg NJW-RR 2003, 448 = ZfR 2003, 218 (LS).

34) BGH ZIP 1991, 1291 = NJW 1991, 2900 (wilde Müllkippe), dazu EWiR 1992, 245 (*Westermann*); BGHZ 117, 363, 369 (stillgelegte Deponie).

35) BGH NJW 1995, 1549 m. krit. Anm. *Schürmann*, DNotZ 1996, 162, f., dazu EWiR 1995, 647 (*Salzwedel*).

36) BGH NJW 1994, 253, 254; BGH ZfR 2001, 190 (m. Bespr. *Kothe*, S. 169) = ZIP 2000, 2257 = NJW 2001, 64, dazu EWiR 2001, 355 (*Tiedtke*).

37) OLG Celle NJW-RR 1997, 858, 849.

38) *Knoche*, NJW 1995, 1895, 1991; *Harms*, NJW 1999, 3668, 3669.

39) BGH ZfR 1999, 897 = NJW 1999, 3777.

40) OLG Köln ZIP 2000, 1486, dazu EWiR 2000, 765 (*Simon*).

41) BGH, Urt. v. 2. 4. 2004 – V ZR 267/03, ZfR 2004, 597 m. Anm. *Meißner* (in diesem Heft).

42) *Versteil/Sondermann/Henke*, BBodSchG, 2002, § 24 Rz. 22 (S. 460) m. w. N.; *Pützenbacher*, NJW 1999, 1137, 1140; *Niezwerth*, NuR 1999, 558, 560; *Schönfeld*, NVwZ 2000, 648, 649.

bekannt ist, dass er den verkauften Boden im Rahmen seiner Nutzung kontaminiert hat, ist für seine Ausgleichshaftung ohne Belang.⁴³⁾ Von dieser Haftung kann sich der Verkäufer zwar nach § 24 Abs. 2 Satz 2 BBodSchG freizeichnen. Dafür genügt ein allgemeiner Gewährleistungsausschluss aber nicht.⁴⁴⁾ Dieser ist nur durch eine ausdrückliche Freizeichnungsregelung oder Regelungen wie einen Preisnachlass für ein solches Risiko möglich. Beides ist aber ohne Offenlegung des Problems nicht erreichbar.

Nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 BBodSchG besteht ein solcher Ausgleichsanspruch aber nur im Verhältnis des Erwerbers als Grundstückseigentümer zu Verhaltensstörern.⁴⁵⁾ Denn das Gesetz begründet eine Haftung nach Verursachungsbeiträgen, die es bei einem Zwischenerwerber, der das Grundstück selbst nicht kontaminiert hat und während der Dauer seines Eigentums nur als Zustandsstörer in Anspruch genommen werden kann, nicht gibt. Diese Ansicht ist nicht unbestritten. *Sondermann/Henke* wollen § 24 Abs. 2 BBodSchG auch auf diesen Fall anwenden.⁴⁶⁾ Das liefe auf einen Rücklauf der Haftung bis zu dem oder den Verursacher(n) hinaus. Das scheint mir weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck des Ausgleichsanspruchs gedeckt zu sein. Wenn man davon ausgeht, dass der Zwischenerwerber einem Ausgleichsanspruch nicht ausgesetzt ist, braucht er die industrielle Nutzung nicht im Hinblick auf eine Freizeichnung zu offenbaren. Die industrielle Nutzung begründet aber unabhängig davon, ob es tatsächlich zu Bodenveränderungen gekommen ist, das Risiko einer Inanspruchnahme. Dem Erwerber steht dann zwar ein Ausgleichsanspruch gegen die Verursacher nach § 24 Abs. 2 BBodSchG zu. Ob er ihn unter Umständen Jahre später realisieren kann, ist aber ein Risiko, das ihn vom Kauf abzuhalten geeignet ist. Deshalb muss der Zwischeneigentümer, der selbst kein Verursacher ist, gerade weil er nicht haftet, den Käufer darauf hinweisen, dass das Grundstück früher einmal industriell genutzt war, wenn dies nicht ohne weiteres erkennbar ist.

2.4 Sonstige Nachteile

Auch „ethische Eigenschaften“⁴⁷⁾ eines Grundstücks sind aufklärungspflichtig. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist die Nutzung eines Hotels als Bordell.⁴⁸⁾ Schließlich können auch Einflüsse aus der Umgebung aufklärungspflichtig sein. Beispiele aus der Rechtsprechung sind erhebliche Geräusch-⁴⁹⁾ oder Geruchsbeeinträchtigungen⁵⁰⁾ vom Nachbargrundstück aus.

3. Defizite des verkauften Bauwerks

Außer dem Boden ist für den Käufer ein auf dem Grundstück stehendes Bauwerk von Bedeutung. Seine Bedeutung für den Käufer, damit aber auch der Umfang der Aufklärungspflicht des Verkäufers, hängt entscheidend davon ab, was der Käufer mit dem Bauwerk beabsichtigt. Will er das Bauwerk weiter nutzen, dann muss ihm der Verkäufer die nicht ohne weiteres erkennbaren Gesichtspunkte aufzeigen, die einer solchen Nutzung entgegenstehen oder sie erschweren. So muss der Verkäufer etwa darauf hinweisen, dass das Bauwerk ganz oder teilweise einsturzgefährdet⁵¹⁾ ist. Er muss dem Käufer mitteilen, dass das Gebäude bauordnungsrechtlich nicht oder nicht voll-

ständig für die bisherige Nutzung zugelassen⁵²⁾ oder dass die Nutzung einer Freifläche als Balkon aus feuerschutzrechtlichen Gründen nicht gestattet ist. Soll das Bauwerk dagegen einer andersartigen Nutzung weichen, muss der Verkäufer den Käufer nicht auf Umstände hinweisen, die der weiteren Nutzung entgegenstehen, sondern auf solche, die dem geplanten Abbruch zuwiderlaufen oder ihn erschweren. Ein Beispiel wäre etwa die Asbestverseuchung eines Gebäudes, die eine Reihe von Sicherungsmaßnahmen beim Abbruch erforderlich macht. Anderes Beispiel wäre die Eintragung des Gebäudes in die Denkmalliste oder das Bestehen eines Zweckentfremdungsverbots.

4. Nutzungsverhältnisse

Aufklärungspflichtig können schließlich auch Bestand und Ertrag von Nutzungsverhältnissen sein, die der Käufer übernehmen will. Dies war unter früherem Recht nicht unumstritten. Die Rechtsprechung hat bisher eine Aufklärungspflicht unter dem Gesichtspunkt des Mietertrags bejaht, weil der Ertrag als zusicherungsfähige⁵³⁾ Eigenschaft des Grundstücks angesehen wurde. Im Rahmen einer Anfechtung wegen Täuschung und einer Haftung aus *cic* konnte dagegen auch die fehlende Solvenz des Nutzers aufklärungspflichtig sein.⁵⁴⁾ Auch hier wirkt sich aber aus, dass das neue Recht einen weiteren Beschaffenheitsbegriff kennt als das alte und dass es die Haftungsstrukturen vereinheitlicht hat. Die fehlende Solvenz des Mieters, auf die der Käufer Wert gelegt hat, wird man als vereinbarungsfähige Beschaffenheit ansehen müssen. Ob sie vereinbart ist, hängt, wie bisher, von der Auslegung des Vertrags ab. Wenn der Käufer für den Verkäufer erkennbar Wert auf die Solvenz gelegt hat, wird dieser dem Käufer ihm bekannte Zweifel an der Solvenz offenbaren müssen. Geschieht dies nicht, kann der Käufer, wenn die Solvenz als Beschaffenheit vereinbart ist, vom Vertrag zurücktreten und gegebenenfalls Schadensersatz verlangen. Ist die Solvenz dagegen nicht als Beschaffenheit vereinbart, wird ein Rücktritt (auch nach § 324 BGB) ausscheiden, aber Freistellung von den vertraglichen Verpflichtungen als Schadensersatz in Natur⁵⁵⁾ wegen Verletzung der vorvertraglichen Rücksichtnahmepflicht möglich sein.

5. Behobene Defekte

Grundsätzlich muss der Verkäufer den Käufer nur über nachteilige Beschaffenheiten aufklären, die noch vorhanden sind.

43) BGH ZfIR 2004, 597.

44) BGH ZfIR 2004, 597.

45) Siehe zu den Grundproblemen des § 24 Abs. 2 BBodSchG *Wagner*, ZfIR 2003, 841.

46) *Versteil/Sondermann/Henke* (Fußn. 42), § 24 Rz. 20, 26; unklar *Landel/Vogg/Wüterich*, BBodSchG, 2000, § 24 Rz. 18.

47) Dazu *Schmidt-Räntsch* (Fußn. 15), S. 245, 248.

48) BGH ZIP 1992, 1317 = NJW 1992, 2564, 2565; OLG Hamm NJW-RR 2000, 1183, in casu aber verneint.

49) BGH NJW 1991, 1673, 1675, dazu EWiR 1991, 963 (*Sonnenschein*).

50) BGH NJW-RR 1988, 10, 11.

51) BGH NJW 1990, 975, 976.

52) BGH NJW 2003, 2380, 2381 = ZfIR 2003, 791 (LS); BGH NJW-RR 1988, 1290; OLG Schleswig SchlAnz 1999, 118.

53) Zu den Anforderungen: BGH ZfIR 2003, 460; BGH ZfIR 2001, 447.

54) BGH NJW-RR 2003, 770, 771.

55) Dazu *Krüger* (Fußn. 5), S. 329, 337 ff.

Sind etwaige Defekte beseitigt worden, können sie sich auch nicht mehr auf den Kaufentschluss auswirken. Damit aber fehlt einer Aufklärungspflicht das Substrat. Sie besteht nicht mehr. Etwas anderes gilt nur, aber auch immer dann, wenn das Substrat der Aufklärungspflicht durch die Reparatur nicht vollständig fortgefallen ist.

Nicht zum (vollständigen) Fortfall des Aufklärungssubstrats führt die unvollkommene Mängelbeseitigung. Leading Case ist der Fassadenwölbungsfall des Bundesgerichtshofs.⁵⁶⁾ Hier war eine Feuchtigkeit an der Giebelwand eines Hauses beseitigt worden. Die neu aufgebrachte Fassade warf aber Wölbungen auf, die den Verdacht begründeten, die Reparatur sei nicht, jedenfalls nicht ganz gelungen. Der Bundesgerichtshof bejahte eine Aufklärungspflicht. Lässt der Verkäufer diesen Verdacht jedoch überprüfen, wie in einem anderen Fall geschehen,⁵⁷⁾ und bestätigt er sich (zu Unrecht) nicht, ist zwar nach wie vor ein aufklärungspflichtiger Tatbestand gegeben. Die Pflicht entfällt jedoch mangels Kenntnis dieses Umstandes.

Eine Aufklärungspflicht kann unter besonderen Umständen sogar dann bestehen, wenn der Mangel effektiv und vollständig beseitigt ist. Einen solchen Fall hat der Bundesgerichtshof bei Hausschwamm anerkannt.⁵⁸⁾ Hausschwamm kann fachgerecht beseitigt werden. Allerdings besteht die latente Gefahr, dass der Schwamm wieder auftritt. Deshalb hat auch ein fachgerecht beseitigter Hausschwamm für den Durchschnittskäufer noch hohe Bedeutung für den Kaufentschluss. Dieser muss deshalb auch darüber aufgeklärt werden.

III. Arglist des Verkäufers

1. Grundsatz

Arglistig handelt der Verkäufer auch unter neuem Recht nur, wenn er dem Käufer einen Mangel verschweigt, den er kennt oder für möglich hält. Deshalb entlastet es den Verkäufer grundsätzlich, wenn er den fraglichen Umstand selbst nicht kennt. Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Es genügt deshalb grundsätzlich nicht, wenn der Verkäufer den Umstand einmal gekannt hat. Erforderlich, aber auch ausreichend ist grundsätzlich, dass er ihn bei Vertragsschluss immer noch kennt. Davon kann nicht ohne weiteres ausgegangen werden.⁵⁹⁾ In diesem Sinne kann der Verkäufer einen an sich aufklärungspflichtigen Umstand tatsächlich, was der Bundesgerichtshof klargestellt hat, mit der Folge „vergessen“, dass ihm Arglist nicht entgegengehalten werden kann.⁶⁰⁾ Das bedeutet naturgemäß nicht, dass sich der Verkäufer seiner Aufklärungspflicht leicht unter Berufung auf Gedächtnislücken entziehen kann. Ein solcher Vortrag muss durch Tatsachen unterlegt sein, die ein Vergessen auch schlüssig darstellen können. So kann der Verkäufer schlüssig vortragen, dass er einen Umstand nicht mehr in Erinnerung hat, wenn dieser vor langer Zeit entdeckt und seitdem nicht mehr relevant wurde. Ein Beispiel ist der Hausschwammfall des Bundesgerichtshofs, bei dem der Hausschwamm vor über 20 Jahren fachgerecht beseitigt wurde und seitdem nie wieder auftrat. Das bedeutet aber weder, dass ein Umstand nur nach sehr langer Zeit aus der Erinnerung weichen kann, noch, dass

schon das Verstreichen einer langen Zeit allein dazu führt, dass ein Umstand nicht mehr erinnerlich ist. Es bedarf immer einer Bewertung der Umstände des Einzelfalls. Hierbei können Zweifel daran, ob der Verkäufer bei der früheren Gelegenheit den heute streitigen Umstand überhaupt erkannt hat, ebenso eine Rolle spielen wie das Gewicht und die Einprägbarkeit des Fehlers. Der Verkäufer kann einen Umstand auch dann nicht kennen, wenn er Informationen hierüber hat. Beispiel ist das Gutachten, das dem Verkäufer per Post zugestellt wird. Wenn der Verkäufer seine Post nicht öffnet, weiß er nicht, was in dem Gutachten steht und hat keine Kenntnis von seinem Inhalt. So kann es etwa liegen, wenn der Verkäufer an dem fraglichen Tag seine Post insgesamt liegen lässt, weil er keine Zeit hat, sich um sie zu kümmern. Anders ist es aber dann, wenn der Verkäufer erkennt, dass es sich um das bestellte Gutachten handelt oder handeln kann, er diesen Brief aber nicht öffnet, um sich nicht „bösgläubig“ zu machen. Dann nimmt er in Kauf, dass der Brief aufklärungspflichtige Informationen enthält. Ist das tatsächlich der Fall, hat er im Rechtsinne Kenntnis von diesen Umständen. Sich unwissend halten, ist also nicht risikolos.

Das gilt vor allem dann, wenn der Verkäufer seine Immobilie nicht ungeprüft verkauft, sondern den Verkauf professionell vorbereiten lässt. Der erzielbare Preis hängt gerade bei gewerblichen Immobilien ganz entscheidend von dem Entwicklungspotential der Immobilie ab. Deshalb ist es heute jedenfalls bei großen oder professionellen Immobilienverwertern üblich, dieses Entwicklungspotential zu erkunden und gegebenenfalls auch die Immobilie für einen einträglichen Verkauf vorbereiten zu lassen. Die dabei angestellten Untersuchungen haben inhaltlich Ähnlichkeit mit einer Due-diligence-Prüfung, die normalerweise der Käufer anstellt.⁶¹⁾ Sie kann dazu führen, dass der Verkäufer Kenntnis von verkaufsrelevanten Umständen erhält, die sich dem Käufer nicht erschließen und die er sonst nicht erfahren hätte. Kennt er sie, muss er den Käufer unter den dargestellten üblichen Bedingungen darüber informieren. Dass er ohne die angestellte Prüfung mangels eigener Kenntnis nicht aufklärungspflichtig gewesen wäre, vermag ihn nach erlangter Kenntnis nicht mehr zu entlasten.

Es kann den Verkäufer entlasten, wenn er – freilich bei entsprechender Tatsachengrundlage – annimmt, der Käufer kenne den Mangel. Erkennt der Verkäufer aber, dass der Käufer Indizien für einen Mangel nicht als solche erkennt und dem Mangel nicht weiter nachgeht, oder nimmt er das in Kauf, dann handelt er gleichwohl arglistig.⁶²⁾

2. Äußerungen ins Blaue

Die Unkenntnis des Verkäufers ist auch dann unerheblich, wenn er über den fraglichen Umstand zwar nicht oder nicht

56) BGH NJW 1993, 1703, 1704.

57) BGH NJW-RR 2003, 772.

58) BGH NJW-RR 1987, 1415, 1416.

59) BGH NJW-RR 1987, 1415, 1416 a. E.

60) BGH ZfIR 2001, 541 = NJW 2001, 2326, 2327; BGH ZfIR 2003, 420 = MDR 2003, 681, 682, dazu EWIR 2003, 517 (Hagen).

61) Siehe zur Verkäufer-Due-Diligence Voß, ZfIR 2004, 313.

62) BGH NJW-RR 1997, 270, 271.

genau Bescheid weiß, dies aber dem Käufer nicht sagt, sondern aufs Geratewohl, ins Blaue hinein, sachlich falsche Angaben macht.⁶³⁾ Er nimmt dann nämlich in Kauf, dass sie falsch sind. Dazu braucht er keinen besonderen Sachverstand in Anspruch zu nehmen. Es genügt, wenn er eine vertragliche Zusage oder eine vergleichbare Aussage ohne jede sachliche Grundlage abgibt und diesen Umstand dem anderen Teil verschweigt.⁶⁴⁾ Keine Aussage ins Blaue hinein liegt also vor, wenn der Verkäufer eine sachliche Grundlage für seine Aussage und keinen Anhaltspunkt für deren mangelnde Tragfähigkeit hat. Dasselbe gilt, wenn der Verkäufer für den Käufer erkennbar nur eine persönliche Ansicht oder Einschätzung äußert;⁶⁵⁾ sie macht nämlich eine Prüfung durch den Käufer nicht entbehrlich.

3. Wissenszurechnung

Gerade Verkäufer, die Unternehmer sind, werden aufklärungspflichtige Umstände oft selbst nicht kennen. Musterbeispiel ist der Geschäftsführer einer GmbH, der Vorstand einer AG, aber auch der Kaufmann, der ein großes Unternehmen führt. Sie alle haben ihre Leute, die die Immobilien des Unternehmens verwalten, und kümmern sich selbst nicht darum. Das kann nicht dazu führen, dass das auf solche Personen ausgelagerte Wissen den Entscheidungsträgern generell nicht zuzurechnen ist. Umgekehrt kann es aber auch nicht sein, dass sich Unternehmer das Wissen aller Personen zurechnen lassen müssen, die in irgendeinem Kontakt zur Immobilie gestanden haben und zufällig den Umstand kannten. Für die Zurechnung von Wissen gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr Folgendes:

Zugerechnet wird zunächst das Wissen von Organen, aber nur, wenn es Wissen der Organe selbst ist. Dem Organ kann Wissen nicht gewissermaßen mit „Durchgriffswirkung“ zugerechnet werden.⁶⁶⁾ Zugerechnet wird sodann das Wissen der förmlichen rechtsgeschäftlichen Vertreter (§ 166 BGB). Zugerechnet wird darüber hinaus aber auch das Wissen derjenigen, denen die Aufgabe, in deren Wahrnehmung das Wissen erworben wurde, im Einzelfall,⁶⁷⁾ aber auch allgemein,⁶⁸⁾ überlassen ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Geschäftsherr seine Angelegenheiten förmlich organisiert hat oder (z. B. als Kaufmann) organisieren muss.⁶⁹⁾ Auch Einzelpersonen, die, etwa im privaten Bereich, so vorgehen, müssen sich aufgespaltenes Wissen zurechnen lassen. Zufallswissen nicht mit der Angelegenheit betrauter Personen wird ihm dagegen ebenso

wenig zugerechnet wie das Wissen Dritter, die dieses im Rahmen von Arbeiten an der Immobilie erlangt haben. Leitmotiv dieser Unterscheidung ist, dass dem Verkäufer Wissen nur zugerechnet werden soll, soweit er Wissensgewinnung und -verwaltung beherrschen kann oder beherrscht.

4. Verdacht

Oft wird der Verkäufer keine konkrete Kenntnis etwa von Altlasten oder anderen aufklärungspflichtigen Umständen haben. Er kann und wird aber in solchen Fällen häufig den Verdacht haben, dass aufklärungspflichtige Umstände vorliegen könnten. In dieser Lage ist der Verkäufer zwar nicht verpflichtet, sich selbst Klarheit zu verschaffen. Er muss aber dem Käufer seinen Verdacht mitteilen.⁷⁰⁾ Allerdings beschränkt sich die Aufklärungspflicht dann auch darauf.⁷¹⁾

IV. Aufklärung des Käufers

Seine Aufklärungspflicht erfüllt der Verkäufer, wenn er die Fragen des Käufers nach konkreten Umständen wahrheitsgemäß beantwortet.⁷²⁾ Die Aufklärungspflicht verpflichtet den Verkäufer aber auch dazu, den Käufer auf Umstände hinzuweisen, ohne dass dieser ausdrücklich danach fragt. Aufklären bedeutet nicht, dass dem Käufer letzte Klarheit verschafft wird. Er muss aber soviel mitgeteilt bekommen, dass er das Problem erfassen und weitere Nachforschungen anstellen kann. Deswegen genügt es auch nicht, wenn der informierte Verkäufer dem Käufer diffus von einem Altlastenverdacht Mitteilung macht.⁷³⁾ Er muss ihm vielmehr auch mitteilen, auf welche Art von Altlasten sich der Verdacht bezieht. Sonst wäre der Käufer nicht in der Lage, sinnvoll weitere Nachforschungen anzustellen.

63) BGH ZfIR 1998, 81 = ZIP 1998, 154 = NJW 1998, 302, 303, dazu EWiR 1998, 727 (Grunsky).

64) BGH ZfIR 2001, 541 = NJW 2001, 2326, 2327.

65) Beispiel: KG, Urt. v. 9. 9. 2003 – 6 U 255/02 (unveröff.), bestätigt durch BGH, Beschl. v. 25. 3. 2004 – V ZR 286/03.

66) BGH ZfIR 2001, 647 = ZIP 2001, 26 = NJW 2001, 359, 360, dazu EWiR 2001, 705 (Sonnenschein).

67) BGHZ 83, 293, 296 = ZIP 1982, 670; BGH NJW 1992, 889, 900.

68) BGHZ 109, 327, 331; BGHZ 117, 104, 106.

69) BGH, Urt. v. 14. 5. 2004 – V ZR 120/03 (noch unveröff.).

70) BGH ZfIR 2001, 190; BGH ZfIR 2004, 100 = NJW-RR 2003, 772, 773.

71) BGH NJW-RR 2003, 772, 773.

72) BGH NJW-RR 1988, 10, 11; BGH NJW 1977, 1914.

73) BGH ZfIR 2001, 190.