

## Entscheidungsanmerkung

### Darlegungs- und Beweislast für das arglistige Verschweigen eines Mangels

**1. Haben die Parteien einen Haftungsausschluss vereinbart, trägt der Käufer nach § 444 BGB grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen sämtlicher Umstände, die den Arglisttatbestand ausfüllen, wozu bei einer Täuschung durch Verschweigen auch die fehlende Offenbarung gehört.**

**2. Da es sich bei der unterbliebenen Offenbarung um eine negative Tatsache handelt, kommen dem Käufer Erleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zugute.**

**3. Wendet der Verkäufer gegen die behauptete arglistige Täuschung ein, er sei davon ausgegangen, der Käufer sei über den Mangel bereits aufgeklärt worden, trifft ihn auch insoweit eine sekundäre Darlegungslast; dagegen trägt er die volle Darlegungs- und Beweislast für die Behauptung, der Käufer habe Kenntnis von dem Mangel unabhängig von einer ihm, dem Verkäufer, zurechenbaren Aufklärung erlangt (§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB).**

BGB §§ 442 Abs. 1 S. 1, 444

BGH, Urt. v. 12.11.2010 – V ZR 181/09 (OLG Celle, LG Lüneburg)<sup>1</sup>

### I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung behandelt vor allem Fragen der Darlegungslast und der objektiven Beweislast. Sie betrifft unmittelbar den Fall des (möglichen) arglistigen Verschweigens eines Sachmangels beim Kauf, erscheint jedoch darüber hinaus allgemein geeignet, Studierenden Grundkenntnisse über Bedeutung und Verteilung der Beweislast und der Darlegungslast im Prozess nahezubringen.

2. Konkret geht es um die Schadensersatzklage der Käufer eines Hausgrundstücks, das unter Ausschluss der „Gewähr für Fehler und Mängel“ verkauft wurde. Dabei war den Verkäufern bei Kaufvertragsschluss bekannt, dass die Fassade des Wohngebäudes Jahrzehnte zuvor unter Verwendung von Asbestzementplatten errichtet worden war. Die Käufer behaupten, dies sei ihnen arglistig verschwiegen worden. Die Verkäuferseite verteidigt sich mit der Behauptung, die Käufer hätten die Asbesthaltigkeit der Fassade aus den zum Zwecke der Finanzierung ausgehändigten Unterlagen ersehen können, die (unstreitig) eine entsprechende Baubeschreibung enthielten. Außerdem seien sie davon ausgegangen, die Käufer seien vom Makler bzw. der noch im Hause wohnenden Schwiegermutter über die Asbesthaltigkeit der Fassade informiert worden.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (1.2.2011) abrufbar.

### II. Kernaussagen und Würdigung

1. Bereits in einer früher in derselben Streitsache ergangenen Revisionsentscheidung<sup>2</sup> hat der BGH zutreffend klargestellt, dass es für den Sachmangel i.S.v § 434 Abs. 1 BGB nicht auf das Baujahr des Wohnhauses ankommt, sondern darauf, ob der Rechtsverkehr im Zeitpunkt des späteren Vertragsschlusses ein älteres Wohnhaus, dessen Fassade aus Asbestzementplatten besteht, als uneingeschränkt geeignet ansieht für die gewöhnliche bzw. die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung. Auf dieser Grundlage geht der BGH in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht aktuell davon aus, dass die asbesthaltige Fassade einen Sachmangel darstelle, den die Verkäufer der Käuferseite hätten offenbaren müssen.<sup>3</sup> Irrelevant sei, so der Senat weiter, dass sich die Asbestverwendung aus der ausgehändigten Baubeschreibung ergeben habe. Denn ein verständiger und redlicher Verkäufer dürfe nicht ohne weiteres erwarten, dass der Käufer Finanzierungsunterlagen auf Mängel des Kaufobjekts durchsehen werde.

2. a) Da der Verkäufer nach § 444 BGB bei Arglist gehindert ist, sich auf einen vereinbarten Haftungsausschluss zu berufen, hing der Erfolg der Schadensersatzklage mithin davon ab, ob die Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hatten. Arglistiges Verschweigen setzt in objektiver Hinsicht mangelnde Aufklärung über den Mangel voraus. Darüber hinaus verlangt die Rspr. in subjektiver Hinsicht, dass der Verkäufer weiß oder zumindest für möglich hält, dass der Käufer den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.<sup>4</sup> Für sämtliche Voraussetzungen der Arglist trägt, wie der BGH vorliegend bestätigt,<sup>5</sup> grundsätzlich der Käufer die Darlegungs- und Beweislast.

b) Während die *objektive Beweislast* die Frage regelt, zu Lasten welcher Partei es sich im Prozess auswirkt, wenn das Gericht die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache nicht aufzuklären vermag (sog. non liquet) und mit *subjektiver (formeller) Beweislast* oder *Beweisführungslast* die Notwendigkeit umschrieben wird, hinsichtlich streitiger Tatsachen zur Vermeidung des Prozessverlustes Beweis zu führen,<sup>6</sup> setzt die Darlegungslast noch einen Schritt früher an, indem sie die Obliegenheit bezeichnet, Tatsachen im Prozess vorzutragen.<sup>7</sup> Sie ist Ausfluss des der ZPO zugrunde liegenden Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatzes, nach dem das Gericht den Sachverhalt nicht von Amts wegen ermittelt, sondern es Sache der Parteien ist, die entscheidungserheblich-

<sup>2</sup> S. BGH NJW 2009, 2120 Rn. 7; s. zu dieser Entscheidung, in der überdies ausgesprochen wird, dass die Regeln der culpa in contrahendo zumindest bei arglistiger Täuschung des Käufers nicht durch die §§ 434 ff. BGB verdrängt werden, Lorenz, LMK 2009, 282362.

<sup>3</sup> Vgl. den Nachw. in den Entscheidungsgründen Rn. 10 f.

<sup>4</sup> BGH NJW 2007, 835 Rn. 9 m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. den Nachw. in den Entscheidungsgründen Rn. 12 m.w.N.

<sup>6</sup> S. ausf. Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 286 Rn. 97 ff.

<sup>7</sup> S. nur Greger, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 7b ff.

chen Tatsachen vorzutragen.<sup>8</sup> Grundsätzlich besteht nach h.M. ein Gleichlauf von Darlegungs- und Beweislast.<sup>9</sup> Es gibt demnach keine generelle prozessuale Pflicht der nichtbeweisbelasteten Partei, zur Aufklärung des Sachverhaltes beizutragen und entsprechend im Prozess vorzutragen.<sup>10</sup>

c) Relativiert werden diese Grundsätze aber durch die ständige Rechtsprechung zur sog. sekundären Darlegungslast.<sup>11</sup> Danach obliegt der nicht beweisbelasteten Partei eine gesteigerte Darlegungslast, wenn die beweisbelastete Partei außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufes steht und die wesentlichen Tatsachen deshalb nicht kennt, während diese der Gegenpartei bekannt sind.

d) Diese Grundsätze wendet der BGH auch vorliegend an. So nimmt der Senat in einem ersten Schritt an, dass die Verkäuferseite hinsichtlich der objektiven Seite der Arglist eine sekundäre Darlegungslast treffe, diese also in räumlich, zeitlich und inhaltlich spezifizierter Weise hätte vortragen müssen, wie über den Sachmangel aufgeklärt worden sei – was nicht erfolgt war –, während die Käufer dann lediglich diesen konkreten Vortrag hätten ausräumen müssen. Dabei rechtfertigt der BGH die sekundäre Darlegungslast mit dem Argument, bei der unterbliebenen Aufklärung handle es sich um eine negative Tatsache weswegen den an sich darlegungspflichtigen Käufern deshalb Erleichterungen zugute kommen.<sup>12</sup>

e) In Bezug auf die subjektive Seite der Arglist, also die Vorstellung der Verkäufer, der Käufer habe den Mangel nicht gekannt, bejaht der BGH dann ebenfalls eine subjektive Darlegungslast der Verkäufer, so dass diese wiederum hätten konkret vortragen müssen, i.e. in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht hätten spezifizieren müssen, warum sie davon ausgingen, der Käufer habe den Mangel gekannt. Die Begründung, die der BGH insoweit für die sekundäre Darlegungslast gibt, erschöpft sich allerdings in dem Verweis darauf, dass eine unterschiedliche Verteilung der Darlegungslast für die objektive Seite der Arglist einerseits und deren subjektive Seite andererseits nicht sachgerecht sei.<sup>13</sup> Dies lässt Zweifel offen. Denn wenn sich die sekundäre Darlegungslast in Bezug auf die objektive Seite der Arglist tatsächlich dem Umstand verdanke, dass es sich insoweit um eine negative Tatsache handelt, dann erschiene eine Differenzierung zwischen objektiver und subjektiver Seite der Arglist entgegen dem BGH gerade nicht sachwidrig, stellt doch die Vorstellung des Verkäufers von der Kenntnis des Käufers ihrerseits keine negative Tatsache dar. Es verwundert deshalb, dass der Senat nicht schlicht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung<sup>14</sup> sowohl für die objektive wie

die subjektive Seite der Arglist darauf abstellt, dass im Streitfall Geschehensabläufe betroffen waren, die der Kenntnis der an sich darlegungsbelasteten Käufer entzogen waren, während diese der Verkäuferseite bekannt waren.

*Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg*

<sup>8</sup> S. dazu Greger (Fn. 7), Vor § 128 Rn. 10.

<sup>9</sup> Greger (Fn. 7), § 138 Rn. 8b.

<sup>10</sup> Abw. aber Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 92 ff.; Waterstraat, ZJP 118 (2005), 459.

<sup>11</sup> Vgl. die Nachw. bei Prütting (Fn. 6), § 286 Rn. 103 und Greger (Fn. 7), Vor § 284 Rn. 34 ff.

<sup>12</sup> S. die Entscheidungsgründe Rn. 12.

<sup>13</sup> S. die Entscheidungsgründe Rn. 12.

<sup>14</sup> S. Fn. 11.