
Datum: 22.06.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 120/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:0622.22U120.12.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 15 O 58/11

Tenor:

Die Berufung der Beklagten zu 1) und 2) gegen das am 4.6.2012 verkündete Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Beklagten zu 1) und 2) tragen die Kosten des Berufungsverfahrens als Gesamtschuldner; der Beklagte zu 3) trägt als Gesamtschuldner neben den Beklagten zu 1) und 2) 3 % der Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Das Urteil des Landgerichts Münster vom 4.6.2012 ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

	1
Soweit noch Gegenstand der Berufung begehren die Kläger die Rückabwicklung des mit den	2
Beklagten zu 1) und 2) geschlossenen notariellen Kaufvertrags über das	
Wohnungserbbaurecht an dem Grundstück M Weg 36 in E, (Grundbuch Bl. XXXX,	3
Gemarkung E, Flur 1, Flurstück XXXX, 2/3-Anteil). Bei dem Objekt handelt es sich um ein	
1954 erbautes, 1980 um einen unterkellerten Anbau erweitertes Zweifamilienhaus, welches	

das Elternhaus der Beklagten zu 2) war. Bereits während der Besitzzeit der Eltern der Beklagten zu 2) wurden drei Kellerräume (Keller III-V, vgl. Bl. 14, 32 GA) zu einem Bad und zwei Kinder- bzw. Gästezimmern wohnlich ausgebaut. Die lichte Deckenhöhe beträgt in diesen Räumen zwischen 1,99 m und 2,05 m. Eine bauordnungsrechtliche Genehmigung der Nutzung der Kellereinträume als Wohnräume (§ 63 Abs. 1 S. 1 BauO NRW) wurde nicht eingeholt. Auch eine – nach späterem Rechtszustand (vgl. § 2 Nr. 4 c des Bürokratieabbaugesetzes für Nordrhein-Westfalen vom 13.03.2007, GV. NRW. S. 133) - lediglich noch erforderliche Anzeige der Nutzungsänderung bei der Bauordnungsbehörde erfolgte nicht.

Im Jahr 2002 veranlassten die Eltern der Beklagten zu 2) die Aufteilung des Hauses nach dem Wohnungseigentumsgesetz; geschaffen wurden zwei Wohneinheiten. Die Beklagten zu 1) und 2) erwarben daraufhin das im Erdgeschoss gelegene Wohnungserbbaurecht (einschließlich der Kellerräume II-V, vgl. Bl. 32 GA), der Bruder der Beklagten zu 2) das an der oberen Wohnung. Zwischen 2002 und 2010 wurden von den Beklagten zu 1) und 2) an dem Objekt verschiedene Renovierungs- und Sanierungsmaßnahmen vorgenommen. Eine „Entkernung“ der Immobilie – im Sinne eines Rückbaus sämtlicher Installationen und eines Freilegens der Rohbauwände und –decken bzw. im Sinne eines Teilabrisses, bei dem nur die Fassade erhalten bleibt sowie eines anschließenden Neuaufbaus – fand allerdings nicht statt.

Anfang 2010 bot der – aufgrund der zwischenzeitlichen Rechtskraft der gegen ihn ergangenen Entscheidung des Senates vom 21.1.2013 nicht mehr am Berufungsverfahren beteiligte - Beklagte zu 3) in seiner Eigenschaft als Immobilienmakler im Auftrag der Beklagten das Wohnungserbbaurecht M

Weg 26 in E im Internet zum Verkauf an. Im dem Exposé heißt es u.a.

„EG ETW mit ausgebauten Souterrain & Garage, Baujahr: 1954/Komplett Sanierung und Renovierung in 2005“ und „Wohnfläche: ca. 125 qm & Keller ...5 Zimmer, 2 Bäder... Komplett sanierte EG ETW ... Objekt wurde entkernt und neu aufgebaut... Kaufpreis 139.000 €“.

Wegen der Einzelheiten wird auf das Exposé (Bl. 12 ff. GA) Bezug genommen.

Die Kläger meldeten sich auf das Inserat und besichtigten die Immobilie u.a. am 22.5.2010 um 16.30 Uhr, 31.5.2010 um 18.00 Uhr, und am 4.6.2010 um 14.30 Uhr. Ihnen wurde vom Beklagten zu 1), von Beruf stellvertretender Filialleiter einer Bank mit Zuständigkeit für Baufinanzierungen, eine selbst erstellte Wohnflächenberechnung ausgehändigt (Bl. 15 f. GA). Hieraus ergab sich für das in Rede stehende Objekt eine Gesamtwohnfläche von 127,92 qm, wovon auf die im Keller gelegenen „Kinderzimmer“ I und II 19,27 qm und 12,84 qm entfielen. Im unmittelbaren Anschluss an den Besichtigungstermin vom 31.5.2010 – am gleichen Tag um 18.46 Uhr – übersandte der Beklagte zu 1) dem Kläger zu 1) zudem eine E-Mail (Bl. 95 GA), in der um den Heizölverbrauch des Objektes ging. Dort heißt es u.a.:

„...meine ETW im EG => beheizte Fläche im EG ca. 100 qm und im UG welches zum Teil zum Wohnraum umgebaut wurde (ein Badezimmer und zwei Kinderzimmer) hat nochmal 35 qm beheizte Fläche“

Im Rahmen der Besichtigungstermine wurde den Klägern auf Nachfrage erklärt, der Keller sei trocken.

Am 10.6.2010 schlossen die Kläger und die Beklagten zu 1) und 2) einen notariellen Kaufvertrag (Urk-Nr. XXX/10 des Notars I in E) über das streitgegenständlichen

Wohnungserbbaurecht zum Preis von 139.000 € inklusive eines Betrages von 10.000,00 € für Einbauküche, Gartenhaus sowie ein Hauswasserwerk. Der Verkauf erfolgte unter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den notariellen Kaufvertrag vom 10.6.2010 (Bl. 17 ff. GA) Bezug genommen.	
In der Folgezeit zahlten die Kläger den vereinbarten Kaufpreis an die Beklagten zu 1) und 2) sowie ein Maklercourtage von insgesamt 4.000,00 € an den Beklagten zu 3); ferner mussten sie 1.023,22 € für die notarielle Beurkundung, weitere 161,96 € für die Beurkundung einer Zustimmungserklärung sowie insgesamt 583,76 € an die Oberjustizkasse Hamm für die diversen Grundbucheintragen aufwenden.	13
Die Übergabe des Objektes erfolgte am 23.7.2010. Die Kläger richteten in den beiden als Wohnräumen bezeichneten Räumen im Keller ein sog. Medienzimmer bzw. Büro und ein Gästezimmer ein.	14
Am 22.10.2010 stellte der von den Klägern hinzugezogene sachverständige Zeuge Dipl.-Ing. H erhebliche Feuchtigkeit und zum Teil Schimmelbildung an verschiedenen Keller- und Erdgeschosswänden des verkauften Objektes fest. Wegen der Einzelheiten wird auf das Privatgutachten vom 24.11.2010 (Bl. 36 ff. GA) Bezug genommen.	15
Mit Schreiben vom 7.12.2010 erklärten die Kläger daraufhin den Rücktritt vom Kaufvertrag und zwar unter Hinweis darauf, sie seien über die Feuchtigkeit des Objektes, dessen Wohnfläche sowie die Durchführung einer „Entkernung mit Neuaufbau“ arglistig getäuscht worden (Bl. 116 f. GA). Unter dem 6.01.2011 fochten die Kläger überdies den Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung an (Bl. 118 GA).	16
Die Beklagten zu 1) und 2) lehnten unter dem 17.2.2011 eine Rückabwicklung des Vertrages oder Mängelbeseitigung ab, woraufhin die Kläger unter dem	17
4.4.2011 die vorliegende Klage – auch gegen den Beklagten zu 3) - anhängig gemacht haben.	18
Die Kläger haben erstinstanzlich u.a. behauptet, bei der Besichtigung seien Wohnung und Keller frisch renoviert und ohne Gebrauchsspuren gewesen. Ende des Sommers habe sich Schimmel an den Rückwänden mehrerer Schränke im Schlafzimmer sowie in zwei Kellerräumen gefunden. Im Kellerraum II sei auch die Farbe an der Wand abgeplatzt. Zudem hätten sich Salzausblühungen am unteren	19
Bereich der Kellerwand im Flur und an der Außenwand des Waschkellers gezeigt und an der Außenwand des Waschkellers schwarzer Schimmel gebildet. Die Beklagten hätten die Kläger arglistig getäuscht, zumindest hätten die Beklagten zu 1)	20
und 2) billigend in Kauf genommen, dass ein Feuchtigkeitsschaden vorgelegen habe. Ferner seien sie über die Größe des Wohnraums getäuscht worden. Es sei kein Hinweis darauf erfolgt, dass die Kellerräume die für eine Nutzung als Wohnraum erforderliche Höhe nicht erreichten, bauordnungsrechtlich nicht genehmigt und auch nicht genehmigungsfähig seien. Bei einem entsprechenden Hinweis hätten sie einen Kaufpreis von 1.000,00 €/m ² für diese Räume nicht akzeptiert.	21
Die Kläger haben erstinstanzlich beantragt,	22
1. die Beklagten zu 1) bis 3) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 4.000,00 € zu zahlen sowie vorgerichtliche Anwaltsgebühren in Höhe von 91,25 €, insgesamt	23

zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2011.

2. die Beklagten zu 1) und 2) darüber hinaus als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger weitere 140.768,94 € zu zahlen, sowie vorgerichtliche Anwaltsgebühren in Höhe von 2.950,39 €, insgesamt zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 18.12.2010, Zug um Zug gegen Rückübertragung des Wohnungserbbaurechts an dem Grundstück Amtsgericht Dülmen, Grundbuch von E Blatt XXXX, Gemarkung E, Flur 1, Flurstück XXXX, Größe 557 qm, Gebäude- und Freifläche, M Weg 36, Anteil 2/3, eingetragen auf dem im Grundbuch von Stadt E, Blatt XXXXX in Abt. II Nr. 1 genannten Grundstück, sowie Einbauküche, Gartenhaus und Hauswasserwerk. 24

3. festzustellen, dass die Beklagten zu 1) und 2) sich hinsichtlich der Rückübertragung in Annahmeverzug befinden. 25

4. festzustellen, dass die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern als Gesamtgläubigern alle Kosten zu erstatten, die diesen infolge der Rückabwicklung des Kaufvertrages künftig noch entstehen werden. 26

Die Beklagten haben beantragt, 27

die Klage abzuweisen. 28

Die Beklagten haben behauptet, im ersten Besichtigungstermin sei man sogleich auf die niedrige Deckenhöhe der ausgebauten Kellerräume zu sprechen gekommen. Der Beklagte zu 1) habe darauf hingewiesen, dass für genehmigte Wohnräume seines Erachtens grundsätzlich eine Deckenhöhe von 2,40 m verlangt werde. Es habe keine Zusicherung gegeben, dass die Räume im Keller bauordnungsrechtlich als Wohnraum einzuordnen seien. Die unzureichende Raumhöhe sei allzu offensichtlich gewesen; zudem habe der Beklagte zu 1) mehrfach darauf hingewiesen. Die Beklagten zu 1) und 2) haben ferner behauptet, den Klägern sei bei einem Durchgang durch die einzelnen Räume des Objektes ausführlich erläutert worden, was durch den Beklagten in Eigenleistung renoviert worden sei. Sie hätten keine anderen Erkenntnisse gehabt, als dass das Mauerwerk trocken sei. Von Feuchtigkeit und Schimmel sei ihnen vorab nichts bekannt gewesen. 29

Mit Urteil vom 4.6.2012 (Bl. 211 ff. GA) hat das Landgericht Münster – nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung - der Klage vollumfänglich stattgegeben: Die Kläger hätten den Kaufvertrag mit Schreiben vom 6.1.2011 wirksam angefochten. Die Beklagten hätten die Kläger im Sinne von § 123 BGB arglistig getäuscht. Für die Kläger sei die Trockenheit des Hauses wesentlich gewesen. Ihre Frage danach hätte der Beklagte zu 1) jedoch objektiv falsch beantwortet. Die Beklagten zu 1) und 2) hätten im Gegensatz zum Beklagten zu 3) nicht bestritten, dass das Mauerwerk Durchfeuchtungen aufgewiesen habe. Aus dem vorprozessual eingeholten Gutachten des sachverständigen Zeugen H ergebe sich eine stark erhöhte Feuchtigkeit an mehreren Außenwänden, und zwar sowohl im 30

Keller wie auch im Erdgeschoss. Angesichts der Ausbreitung der Feuchtigkeit sei der Wertung des sachverständigen Zeugen H zu folgen, dass sich die Feuchtigkeit bereits seit geraumer Zeit vor dem Sommer 2010 in den Wänden halte. Es könne zwar nicht festgestellt werden, dass den Beklagten die Feuchtigkeitsbelastung der Wände positiv bekannt gewesen sei. Die Beklagten zu 1) und 2) hätten jedoch – so das Landgericht weiter – die Kläger dadurch arglistig getäuscht, dass sie bei ihrer Erklärung, das Objekt sei trocken, nicht die Begrenztheit ihres Kenntnisstandes deutlich gemacht hätten, sondern den Eindruck vermittelt hätten, die Erklärung beruhe auf der Grundlage verlässlicher Kenntnis. Dies ergebe sich aus 31

dem Hinweis darauf, es handele sich um das Elternhaus der Beklagten zu 2), in dem sie selbst schon seit 10 Jahren wohnten und umfangreiche Arbeiten in Eigenleistung durchgeführt hätten. Zudem seien die Kläger durch die im Exposé enthaltene Angabe, das Objekt sei „komplett saniert“, „entkernt und neu aufgebaut“ fehlgeleitet worden, die einen Rückbau bis auf die tragenden Strukturen und ggfs. Instandsetzung auch der tragenden Wände 2005 nahegelegt hätten. Die Angaben im Exposé seien den Beklagten zu 1) und 2) auch zuzurechnen, da der Beklagte zu 3) das Exposé in ihrem Auftrag erstellt und der Beklagte zu 1) dessen Unrichtigkeit erkannt habe. Es sei nicht ersichtlich, dass die Kläger bei einem Hinweis, zur Feuchtigkeit des Kellermauerwerks könne nichts Verlässliches gesagt werden, das Objekt ohne weitere Erkundigungen gekauft hätten.

Hiergegen haben die Beklagten zu 1) bis 3) form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Sie haben jeweils ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt. 32

Zur Begründung haben die Beklagten zu 1) und 2) vorgetragen, sie hätten während ihrer 10 jährigen Besitzzeit keine Anhaltspunkte für eine Feuchtigkeitsbelastung gehabt und diese daher auch nicht für möglich gehalten. Auch bei der Begehung sei den Klägern keine Feuchtigkeit aufgefallen, obwohl der Lebensgefährte der Mutter der Klägerin zu 2) sämtliche Wände wiederholt genau inspiziert habe. Die Beklagten hätten den Klägern sämtliche während ihrer Besitzzeit vorgenommenen Renovierungsarbeiten (vgl. Bl. 265 GA) erläutert, so dass den Klägern auch klar 33

gewesen sei, was gerade nicht vorgenommen worden wäre. Die Kläger hätten daher aufgrund des Exposés nicht davon ausgehen können, dass die Aussage zur Trockenheit des Gebäudes auf der Grundlage des Rückbaus bis auf die tragenden Strukturen und ggfs. einer Instandsetzung auch der tragenden Wände abgegeben worden sei. Schon aufgrund der offensichtlichen Begebenheiten (u.a. alte Heizkörper im Eingangsbereich, deutliche Gebrauchsspuren des Teppichs auf den Holztreppen, alte und gesprungene Fliesen im Flur des Kellers, Badezimmer im Keller im Stil der 80er Jahre, alte Fliesen und defektes Fenster in Küche, Dacheindeckung mit halbrunden roten Tonpfannen aus dem Jahr der Erbauung, sichtbares Muster der Außenwand im Souterrain ohne Isolierung) hätten die Kläger nicht von einem Rückbau bis auf die tragenden Strukturen ausgehen können. 34

Die Beklagten haben im Berufungsverfahren beantragt, 35

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 36

Die Kläger haben beantragt, 37

die Berufung zurückzuweisen. 38

Sie haben das erstinstanzliche Urteil verteidigt und unter Bezugnahme auf ihren Sachvortrag aus der ersten Instanz vorgetragen, die Beklagten hätten ihre eigene Unkenntnis offen legen müssen, zumal die Wände verkleidet gewesen seien. Bei rechtzeitiger Kenntnis der Feuchtigkeit hätten sie, die Kläger, das Haus nie gekauft. Zudem sei die zugesicherte Kernsanierung nicht vorgenommen worden. Aus den gesamten Umständen ergebe sich, dass die Beklagten zu 1) und 2) positive Kenntnis von der Feuchtigkeit gehabt hätten. Sie hätten die Ausführung anderer Sanierungsarbeiten geschickt in den Vordergrund gestellt, ohne die falschen Angaben im Exposé zu korrigieren. Grundlage der Kaufentscheidung seien für die Kläger überdies die im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen übergebenen Zeichnungen (Bl. 13 f. GA) gewesen, die Wohnräume im Kellergeschoss ausgewiesen hätten. Die Räume seien auch als solche eingerichtet gewesen und in 39

die Quadratmeterzahl eingeflossen. Auch dies begründe eine arglistige Täuschung durch die 40
Beklagten.

Der Senat hat (in seiner damaligen Besetzung) – nach erneuter Anhörung der Kläger und der 41
Beklagten zu 1) und 2) sowie nach Vernehmung des sachverständigen Zeugen Dipl.-Ing. H -
die Berufungen der Beklagten zurückgewiesen.

Es könne – so die Begründung im Wesentlichen – dahin stehen, ob die Beklagten zu 1) und 42
2) durch ihre Erklärung, der Keller des Hauses sei trocken, die Kläger im Sinne von § 123
BGB arglistig getäuscht hätten. Eine arglistige Täuschung sei nämlich bereits darin zu sehen,
dass die Beklagten sich auf die im Maklerexposé und in der Wohnflächenberechnung
angegebene Wohnfläche unter Einschluss der Fläche der Kellerräume mit ca. 125 qm bzw.
mit 127,92 qm gestützt und damit den Klägern vorgespiegelt hätten, es stünde über die
Fläche im Erdgeschoss hinaus genehmigter Wohnraum zur Verfügung. Grundsätzlich komme
bei Verschweigen des Fehlens einer für die Nutzung von Kellerräumen als Wohnraum
erforderlichen – hier unstreitig nicht vorliegenden – Baugenehmigung eine arglistige
Täuschung in Betracht. Zwar hätten die Beklagten zu 1) und 2) das die Angaben zur
Wohnfläche enthaltene Exposé nicht selbst erstellt. Sie hätten dem Beklagten zu 3) aber
bereits falsche Informationen zur Erstellung des Exposés gegeben, indem sie ihm die vom

Beklagten zu 1) unstreitig selbst erstellte Wohnflächenberechnung überreicht hätten, die die 43
streitigen Kellerräume in die Berechnung der 127,92 qm Wohnraum einbeziehe. Abgesehen
davon habe der Beklagte zu 1) in seiner E-Mail vom 31.5.2010 (Bl. 95 GA) einen Link auf das
bei immobilienscout24 hinterlegte Exposé aufgenommen, wodurch er selbst noch einmal den
Bezug auf die darin enthaltenen Daten hergestellt habe. Sein Einwand, er habe den Inhalt
des Exposés nicht zur Kenntnis genommen, verfange außerdem nicht, da er in der E-Mail
unabhängig davon selbst noch einmal die im Untergeschoss befindlichen Räume
(Badezimmer und zwei Kinderzimmer) als „Wohnräume“ mit 35 qm bezeichnet habe.

Die Beklagten zu 1) und 2) hätten auch über die Kenntnis verfügt, dass die 44
Genehmigungsfähigkeit der Nutzung der Räume im Keller als Wohnräume aufgrund

ihrer Höhe von unter 2,40 m zumindest fraglich gewesen sei und jedenfalls keine behördliche 45
Genehmigung vorgelegen habe. So habe der Beklagte zu 1) in seiner persönlichen Anhörung
vor dem Senat erklärt, er habe, wenn auch nicht über das Problem des gesonderten
Zugangs, so doch über das der Höhe der Kellerräume im Hinblick auf die
Genehmigungsfähigkeit ein Problembewusstsein gehabt.

Eine Aufklärung darüber, dass die Landesbauordnung für Wohnräume grundsätzlich eine 46
Höhe von 2,40 m verlange, wie sie die Beklagten zu 1) und 2) für den ersten
Besichtigungstermin mit den Klägern behauptet hätten, hätten die Beklagten jedoch nicht
bewiesen. Der mit den Klägern im betreffenden Besichtigungstermin alleine anwesende
Beklagte zu 1) habe zwar in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat erklärt, er habe auf
die Deckenhöhe der Räume im Keller hingewiesen, seine Wohnflächenberechnung erläutert
und erklärt, dass die Nutzung als Wohnfläche mit der Stadt nicht abgesprochen sei. Die
Kläger hätten jedoch in ihrer jeweiligen persönlichen Anhörung angegeben, die Frage der
Genehmigungsfähigkeit der Kellerräume sei mit dem Beklagten nicht erörtert worden. Nach
der Anhörung der Parteien sei der Senat weder davon überzeugt, dass der Beklagte zu 1)
entsprechende Angaben gemacht habe, noch, dass er sie nicht gemacht habe. Damit seien
die Beklagten zu 1) und 2) bezüglich ihrer Behauptung beweisfällig geblieben. Die Beklagten
zu 1) und 2) seien – so der Senat weiter - insoweit auch

beweispflichtig. Zwar trage der Anfechtende die volle Beweislast für alle Voraussetzungen des § 123 BGB (vgl. BGH NJW 1957, 988). Wenn die Anfechtung auf ein Verschweigen gestützt werde, reiche es an sich, wenn der Gegner behaupte, wann und wie er die erforderliche Aufklärung gegeben habe; alsdann sei es Sache des Anfechtenden, diese Behauptung zu widerlegen (Palandt-Heinrichs, BGB, 71. Auflage 2012, § 123 Rn. 30). Vorliegend müssten danach die Kläger beweisen, dass der Beklagte zu 1) bei der Besichtigung nicht auf die Probleme der fehlenden Genehmigungsfähigkeit der Kellerräume als Wohnräume hingewiesen habe. Hier bestehe jedoch – vergleichbar mit dem vom OLG Köln im Urteil vom 26.1.1996 entschiedenen Fall (vgl. VersR 1996, 631-633) – die Besonderheit, dass die Beklagten zu 1) und 2) nicht erst durch die unterlassene Aufklärung über die fehlende Genehmigungsfähigkeit als Wohnfläche anlässlich der Besichtigung die

Täuschung verübt hätten. Vielmehr hätten bereits vorher das unrichtige Exposé, die unrichtige Wohnflächenberechnung sowie die falschen Angaben in der E-Mail vom 31.5.2010 die falsche Vorstellung bei den Klägern erzeugt, es stehe eine Wohnfläche von ca. 125 qm zur Verfügung, die die Kläger zum Abschluss des Kaufvertrages bewogen habe. Allein der Umstand, dass die Beklagten zu 1) und 2) zum Zwecke des Verkaufs mit dem Zurverfügungstellen der genannten Dokumente einen falschen Eindruck von der Größe der Wohnfläche erweckt hätten, obwohl sie aufgrund der erheblichen Abweichung um rund 1/3 der Wohnfläche gewusst oder zumindest für möglich gehalten hätten, dass die Größe der Wohnfläche für die Kläger erheblich sei, beweise, dass die Beklagten die Absicht gehabt hätten, den Klägern durch die Übergabe dieser Dokumente die wahren Verhältnisse zu verschweigen, um den Vertragsschluss nicht zu gefährden. Daraus ergebe sich, dass prima facie der Beweis dafür erbracht sei, dass die Beklagten zu 1) und 2) die Kläger getäuscht hätten und die durch die in den genannten Dokumenten enthaltenen falschen Angaben zur Wohnfläche erzeugte Fehlvorstellung während der Besichtigung nicht korrigiert worden sei. Sei aber prima facie der Beweis für die arglistige Täuschung erbracht, so kehre sich die Beweislast dergestalt um, dass nunmehr die Beklagten zu 1) und 2) hätten beweisen müssen, dass sie die Kläger über die bestehende Problematik der Genehmigungsfähigkeit der Flächen im Keller als Wohnfläche im Besichtigungstermin aufgeklärt hätten. Dies sei aber wie dargelegt nicht erfolgt. Die

48

Täuschung sei auch für die Willenserklärung der Kläger ursächlich geworden, da diese nach unbestrittenem Vortrag den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätten, wenn sie von den der Täuschung zugrunde liegenden Umständen gewusst hätten. Angesichts der erheblichen Abweichung bezüglich der im Keller betroffenen „Wohnfläche“ von rund 1/3 der Gesamtfläche seien die Angaben der Kläger in ihrer persönlichen Anhörung, sie hätten in Kenntnis der wahren Wohnfläche jedenfalls nicht den Kaufpreis gezahlt, plausibel und nachvollziehbar.

49

Die Beklagten zu 1) und 2) haben gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Senates vom 21.1.2013 mit Erfolg Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt, während der Beklagte zu 3) die Senatsentscheidung gegen sich hat in Rechtskraft erwachsen lassen.

50

Zur Begründung der Revision haben die Beklagten zu 1) und 2) sich u.a. darauf berufen, der Senat habe zu Unrecht im Hinblick auf die Frage einer Aufklärung der Kläger durch die Beklagten über die mangelnde behördliche Genehmigung der Nutzbarkeit der Kellerräume zu Wohnzwecken eine Beweislastumkehr angenommen. Überdies habe der Senat zu Unrecht angenommen, es sei unstreitig, dass die Kläger vom Kaufvertrag Abstand genommen hätten, wenn sie gewusst hätten, dass die Räume im Keller nicht als Wohnraum hätten genutzt werden dürfen.

51

Die Kläger haben das angefochtene Urteil des Senats im Ergebnis verteidigt, allerdings gerügt, dass keine Feststellungen zur Frage einer arglistigen Täuschung der Kläger durch die Angabe der Beklagten, das Haus sei trocken, getroffen worden seien.	52
Der BGH hat auf die Revision der Beklagten zu 1) und 2) hin das Urteil des Senates insoweit aufgehoben, als es zu deren Nachteil ergangen ist sowie im Kostenpunkt.	53
Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof im Wesentlichen ausgeführt, das Berufungsurteil beruhe auf einer Verkennung der Beweislast. Zwar sei der Senat im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass es Sache der	54
Kläger sei, sämtliche Voraussetzungen der Arglist zu beweisen, und dass hierzu bei einer Täuschung durch Verschweigen auch die unterbliebene Offenbarung gehöre. Zudem habe er zumindest der Sache nach ohne Rechtsfehler zugrunde gelegt, dass den Schwierigkeiten bei dem Beweis einer negativen Tatsache nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast Rechnung zu tragen sei: Danach müssten die Käufer nur die zunächst von dem Verkäufer substantiiert darzulegende Aufklärung ausräumen; gelinge dies, sei der Beweis der negativen Tatsache erbracht. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts rechtfertige aber die Besonderheit, dass die Fehlvorstellung der Kläger nicht erst durch die behauptete unterlassene Aufklärung hervorgerufen worden sei, sondern bereits durch das unrichtige Exposé und die falschen Angaben in der übersandten E-Mail, keine andere rechtliche Bewertung. Die Beweislast hinsichtlich der Aufklärung kehre sich nicht um, wenn es darum gehe, ob ein durch vorheriges aktives Tun hervorgerufener	55
Irrtum durch spätere Aufklärung wieder beseitigt worden sei. Anders als hinsichtlich des Fortbestandes eines einmal entstandenen Rechts besteht auch keine Vermutung für die Fortdauer eines einmal eingetretenen Irrtums. Allerdings seien dem Getäuschten in solchen Konstellationen Erleichterungen hinsichtlich des Beweismaßes zuzubilligen. Denn auch wenn der Käufer „nur“ die in zeitlicher, räumlicher und inhaltlicher Weise konkretisierte Behauptung ausräumen müsse, es sei (nachträglich) aufgeklärt worden, bleibe es dabei, dass die Führung eines solchen „Negativbeweises“ regelmäßig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sei und deshalb keine überspannten Anforderungen an die Beweisführung gestellt werden dürften. Vor diesem Hintergrund sei bei der Beweiswürdigung der Umstand zu berücksichtigen, dass derjenige, der einen anderen durch arglistiges (positives) Tun zum Vertragsschluss bewegen wolle, hiervon in der Regel nicht zeitnah durch Offenbarung der wahren Verhältnisse wieder abrücken werde. Da das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner abweichenden Rechtsauffassung zu diesem Gesichtspunkt nicht vorgedrungen und die erneute Beweiswürdigung nicht Sache des Revisionsgerichts sei, könne das Berufungsurteil mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben.	56
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die – inzwischen veröffentlichte – Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.6.2014 (V ZR 55/13 - NJW 2014, 3296) Bezug genommen.	57
Die Beklagten zu 1) und 2) beantragen nunmehr,	58
unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Landgerichts Münster die gegen sie gerichtete Klage abzuweisen.	59
Die Kläger beantragen,	60
die Berufung zurückzuweisen.	61
	62

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat die Parteien im Senatstermin vom 1.6.2015 nochmals persönlich angehört. Darüber hinaus sind der sachverständige Zeuge Dipl.-Ing. H sowie die Zeugin L vernommen worden. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörung sowie der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstatteervermerk zum Senatstermin vom 1.6.2015 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten zu 1) und 2) hat in der Sache keinen Erfolg.

1.

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner zur Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 139.000 € an die Kläger verurteilt, und zwar Zug um Zug gegen Rückübertragung des Erbbaurechtsanteils an dem streitbefangenen Objekt (§§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 142 Abs. 1, 123 Abs. 1, 421 BGB).

a)

Die Beklagten zu 1) und 2) haben Eigentum und Besitz an den durch die Kläger als Kaufpreis geleisteten Betrag von 139.000 € erlangt.

b)

Die Zahlung ist ohne Rechtsgrund erfolgt, da der notarielle Kaufvertrag nach wirksamer Anfechtung durch die Kläger wegen arglistiger Täuschung von Anfang an nichtig war (§§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 BGB).

aa)

Die Kläger haben fristgerecht (§ 124 Abs. 1 BGB) nach § 143 BGB die Anfechtung des Kaufvertrages erklärt, und zwar mit Schreiben vom 6.1.2011 (Bl. 118 GA).

Wie der Senat bereits in seiner vorangegangenen Entscheidung – vom Bundesgerichtshof unbeanstandet – festgestellt hat, steht einer wirksamen Anfechtung auch nicht entgegen, dass die Kläger bereits zuvor, nämlich mit Schreiben vom 7.12.2010 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hatten: Beide Rechtsinstitute verfolgen unterschiedliche Schutzrichtungen, wobei über die Anfechtung wegen ihrer stärkeren Wirkung vorrangig zu entscheiden ist (vgl. etwa BGH, Urteil vom 6. 8. 2008 - XII ZR 67/06 – NJW 2009, 1266).

bb)

Der Beklagte zu 1) hat die Kläger bei Abschluss des Kaufvertrages im Sinne von § 123 Abs. 1 BGB über die zur Verfügung stehende und zulässigerweise als solche nutzbare Wohnfläche des verkauften Objektes arglistig getäuscht. Das steht zu Überzeugung des Senats nach der Anhörung der Kläger sowie der Beklagten zu 1) und 2) im Senatstermin vom 1.6.2015 sowie unter Berücksichtigung der Ausführungen des Bundesgerichtshofes in dessen Revisionsurteil vom 27.6.2014 fest.

(1)	76
Eine Täuschungshandlung, also ein Verhalten, welches darauf abzielt, in einem anderen eine unrichtige Vorstellung hervorzurufen, zu bestärken oder zu unterhalten (vgl. allgemein etwa Wendtland, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hrsg: Bamberger/Roth, Stand: 01.05.2015, § 123 Rdn. 7), ist vorliegend darin zu sehen, dass durch das Maklerexposé – auf welche der Beklagte zu 1) in seiner E-Mail vom 31.5.2010 (Bl. 95 GA) auch ausdrücklich verwiesen hat - , durch die den Klägern unstreitig überreichte Wohnflächenberechnung (Bl. 15 f. GA) sowie schließlich durch den sonstigen Inhalt der E-Mail vom 31.5.2010 (Bl. 95 GA) der – unstreitig sachlich unzutreffende - Eindruck vermittelt worden ist, neben der Wohnfläche im Erdgeschoss stehe im Keller weiterer, und zwar bauordnungsrechtlich zulässigerweise zu Wohnzwecken nutzbarer Raum in Form zweier Kinderzimmer (19,27 qm und 12,84 qm) zur Verfügung. Die entsprechende Annahme des Senates in seinem vorangegangenen Urteil vom 21.1.2013 hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich gebilligt.	77
Eine fehlende Baugenehmigung stellt regelmäßig einen Sachmangel des veräußerten Wohnungseigentums dar (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 2003 - V ZR 100/02 - NJW 2003, 2380), weil die Baubehörde die Nutzung der Wohnung jedenfalls bis zur Erteilung der erforderlichen Genehmigung untersagen kann, und zwar unabhängig von der Frage, ob eine Genehmigung unter Zulassung einer Ausnahme erteilt werden könnte (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 1991 - V ZR 73/90 - BGHZ 114, 260). Dabei besteht der Sachmangel bereits darin, dass es an der baurechtlich gesicherten Befugnis fehlt, das Objekt für den vertraglich vorausgesetzten Zweck zu nutzen (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2013 – V ZR 266/11 – NJW 2012, 2182; vgl. auch Senat, Urteil vom 19.2.1998, 22 U 96/95 – OLGR 1998, 305).	78
In diesem Zusammenhang ist es im Ergebnis auch nicht von Bedeutung, ob für die Nutzungsänderung im Hinblick auf die Kellerräume eine ausdrückliche baubehördliche <i>Genehmigung</i> (§ 63 Abs. 1 BauO NRW) einzuholen gewesen wäre oder aber – worauf der Bundesgerichtshof hingewiesen hat – inzwischen nach	79
neuerer Rechtslage (vgl. § 2 Nr. 4 c des Bürokratieabbaugesetzes für Nordrhein-Westfalen vom 13.03.2007, GV. NRW. S. 133) nur noch eine <i>Anzeige</i> der Nutzungsänderung bei der zuständigen Bauaufsichtsbehörde hätte erfolgen müssen: Unstreitig lag weder das eine noch das andere vorliegend vor.	80
Mit dem positiven Tun – hier der Aushändigung der entsprechenden Unterlagen – korrespondiert vorliegend zugleich ein Verschweigen von Tatsachen, nämlich der mangelnden baurechtlichen Zulässigkeit der Nutzung der Kellerräume als Wohnräume.	81
(2)	82
Der Beklagte zu 1) hat die Kläger auch nicht rechtzeitig bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – nämlich im Rahmen der gemeinsamen Besichtigungen – über die mangelnde baurechtliche Zulässigkeit der Nutzung der Kellerräume zu Wohnzwecken aufgeklärt. Hiervon ist der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme überzeugt.	83
Der Senat erkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass die Beweislast dafür, dass eine Aufklärung nicht erfolgt ist, auf Seiten der Kläger liegt:	84
Es gilt der Grundsatz, dass derjenige, der sich auf die Anfechtung beruft, deren tatsächliche Voraussetzungen zu beweisen hat (vgl. etwa Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 123 Rdn. 83). Allerdings wird angenommen, dass dem	85

beweispflichtigen Käufer insofern Erleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zugutekommen, als der Verkäufer substantiiert darzulegen hat, wann, wo und wie er den Käufer aufgeklärt hat; dieser muss dann diese Behauptung ausräumen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 12. November 2010 – V ZR 181/09 –, BGHZ 188, 43; Urteil vom 20. Oktober 2000 - V ZR 285/99 - NJW 2001, 64; auch BGH in dem im vorliegenden Fall ergangenen Urteil vom 27. Juni 2014, V ZR 55/13, Rn 13 m.w.N.).

Die sekundäre Darlegungslast für eine rechtzeitig erfolgte Aufklärung begründet zwar nicht auch eine Umkehr der Beweislast. Diese trägt weiterhin derjenige, der sich auf Arglist beruft. Weil die Führung eines solchen Negativbeweises in der Praxis aber regelmäßig mit besonderen Schwierigkeiten verbunden bleibt, dürfen daran keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Bei der Beweiswürdigung ist etwa auch der Umstand zu berücksichtigen, dass derjenige, der einen anderen durch arglistiges (positives) Tun zum Vertragsschluss bewegen wolle, hiervon in der Regel nicht zeitnah durch Offenbarung der wahren Verhältnisse wieder abrücken werde (BGH, Urteil vom 27. Juni 2014, V ZR 55/13, Rn 15 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 27. April 1966 – VIII ZR 74/65 - VRS 31, 321).

Gemessen hieran hält der Senat das Vorbringen der Kläger für erwiesen, wonach der Beklagte zu 1) nicht über die mangelnde bauordnungsrechtliche Zulässigkeit der Nutzung der Kellerräume zu Wohnzwecken aufgeklärt hat.

Der Beklagte zu 1) hat allerdings – im Rahmen seiner sog. sekundären Darlegungslast – sowohl bei seiner Anhörung durch das Landgericht (Bl. 132 GA) sowie vor dem Senat (vgl. Bl. 349 R sowie Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 1.6.2015) hinreichend substantiiert dargelegt, es sei mit den Klägern anlässlich der Besichtigungen über die mangelnde Deckenhöhe im Keller gesprochen worden, wobei gesagt worden sei, dass es sich hierbei nicht um „offiziellen“ bzw. „mit der Stadt abgesprochenen“ Wohnraum handele.

Demgegenüber haben die Kläger sowohl vor dem Landgericht (vgl. Bl. 133 GA) als auch im Rahmen ihrer Anhörungen durch den Senat (vgl. Bl. 350 f. GA sowie Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 1.6.2015) erklärt, man habe über die baurechtliche Genehmigung der Nutzung der Räume zu Wohnzwecken nicht gesprochen.

Der Senat ist nach zusammenfassender Gesamtwürdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme von der Richtigkeit dieser Erklärung überzeugt. Dabei hat er sich von folgenden Erwägungen leiten lassen:

Irgendwelche gemeinsam errichteten Urkunden, die unmittelbar Aufschluss über den Inhalt und Umfang erfolgter Aufklärungen geben könnten, existieren nicht. Zeugen sind dazu, abgesehen von der Zeugin L, nicht benannt oder vernommen worden. Der Aussage der Zeugin L misst der Senat keinen Beweiswert zu. Sie ist zwar unergiebig hinsichtlich der vom Beklagten behaupteten Aufklärung, schließt eine solche aber auch nicht aus. Denn es erscheint weiterhin möglich, dass diese zu anderer Zeit oder in Anwesenheit der Zeugin erfolgt ist. Auch von einer aktiven Täuschung des Beklagten über den baurechtlichen Zustand vermag sich der Senat aufgrund der Angaben der Zeugin nicht zu überzeugen, da schon nicht feststeht, dass diese ihre Aussage aus einer lebhaften Erinnerung heraus gemacht hat; näher liegt, dass ihre Erinnerung aufgrund des Zeitablaufs getrübt ist und sie Erinnerungslücken unbewusst durch Schlussfolgerungen geschlossen hat. Diese Zweifel gründen sich auf Folgendem: problematisch und aufklärungsbedürftig ist hier die baurechtliche Wohnraumqualität der im Kellergeschoss des Anbaus gelegenen Kinder-/Medienzimmer und was der Beklagte, der sie in der von ihm stammenden Wohnflächenberechnung zum Wohnraum gezählt hat, den Klägern bei der Besichtigung dazu

gesagt hat. Der Anbau ist im Jahre 1980 von Anfang an unterkellert errichtet worden, sei das auch auf dem Niveau des schon im Altbau vorhandenen Kellers erfolgt. Die Zeugin berichtete, der Beklagte habe erklärt, man habe den Keller ausgeschachtet, um mehr Stehhöhe zu erhalten. Sie bezog das auf die fraglichen Wohnräume, also auf Kellerräume des Anbaus. Diese können allerdings, weil von Anfang an auf einer Bodenplatte aus Beton errichtet, nicht nachträglich tiefer geschachtet worden sein. Eine entsprechende Erklärung des Beklagten ergäbe auch keinerlei Sinn. Der Senat ist deshalb sicher, dass die Zeugin den Inhalt der damaligen Gespräche in ihren bedeutsamen Einzelheiten nicht zuverlässig erinnert. Deshalb mag es zwar so sein, dass die Stehhöhe im Keller Gegenstand der Gespräche der Parteien gewesen ist. Dass darüber in einer Weise aufgeklärt worden sei, dass ein Bezug zur baurechtlichen Legalität geschaffen wurde, lässt sich aber anhand der Angaben der Zeugin weder feststellen noch ausschließen.

Nachdem damit die Beweismittel im engeren Sinne ausgeschöpft waren, war der Senat auf die Wertung von Hilfstatsachen angewiesen. Diese reichen in ihrer Gesamtheit indessen aus, dem Senat eine Überzeugungsbildung im Sinne einer praktischen Gewissheit zu ermöglichen und die Schlussfolgerung zu begründen, dass der Beklagte die Kläger nicht über die baurechtliche Illegalität bzw. darüber aufgeklärt hat, dass es sich bei den im Keller gelegenen Räumlichkeiten nicht um von einer Baugenehmigung oder zumindest von einer Bauanzeige rechtlich abgesicherten Wohnraum handelt. 92

Bei seinen Erwägungen geht der Senat zunächst von der Einlassung des Beklagten selbst aus. Dieser hat angegeben, er habe dargelegt, dass die BauO NW „eigentlich“ eine Stehhöhe von rd. 2,40 m erfordere, während der Keller hier nur eine lichte Höhe von rd. 2 m aufwies. Die Kläger hätten geantwortet, das sei ihnen gleich, sie seien klein. Bereits das, einmal unterstellt, es wäre so gewesen, spricht eher dafür, dass den Klägern dadurch nicht die baurechtliche Illegalität ins Bewusstsein gelangt ist, sondern sie diese Erklärung nur auf die praktische Nutzbarkeit im Hinblick auf die Körpergröße bezogen haben. 93

Zu berücksichtigen ist auch, worauf der BGH hingewiesen hat, dass die Annahme eher fernliege, ein Veräußerer rücke freiwillig von den in ein Exposé eingestellten unzutreffenden Erklärungen ab. Das gilt umso mehr, je deutlicher von den durch das Exposé geschürten Erwartungen abgewichen werden müsste. Denn je umfassender der Verkäufer unzutreffende Angaben im Exposé korrigieren muss, umso stärker verprellt er den Interessenten und vermittelt diesem das Gefühl, lediglich angelockt und an der Nase herum geführt worden zu sein. Hier liegt ein solcher Fall vor. Denn zum einen hat die im Exposé angepriesene Entkernung mit anschließendem Neuaufbau nicht stattgefunden. Zum anderen war die legale Wohnfläche erheblich geringer als angegeben. Unter diesen Umständen würde eine unmittelbare Konfrontation eines Interessenten mit den Tatsachen nahelegen, dass die Interessenten gar nicht erst weiterverhandeln, weil die tatsächliche Situation eben erheblich von dem abwich, was sie erwarten durften. 94

Fest steht zunächst, dass das Exposé eine Wohnung beschrieb, die über 127 m² Wohnfläche verfügt. Dieses Exposé und seine Unrichtigkeit im Hinblick auf die Wohnfläche und die nicht stattgefundene Entkernung waren dem Beklagten auch bekannt. Denn er hat angegeben, den Makler deswegen angerufen und das Exposé als „geschönt“ bezeichnet zu haben. Fest steht andererseits, dass die tatsächliche, also zulässigerweise nutzbare Wohnfläche lediglich 85 m² (vgl. die Wohnflächenberechnung Bl. 15 f. GA) betrug, also rund 30 % geringer war als ursprünglich angenommen. Fest steht ferner, dass die Kläger die Kaufvertragsverhandlungen fortgesetzt haben. Fest steht schließlich, dass sie nicht einmal versucht haben, im Hinblick auf die deutlich enttäuschte Erwartung an legaler Wohnfläche den Kaufpreis zu drücken. Das 95

ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass hier die vom Beklagten behauptete Aufklärung nicht stattgefunden hat. Denn von einem Interessenten, dessen Erwartung an eine bestimmte Wohnfläche dermaßen enttäuscht worden ist, wäre bei entsprechender Aufklärung, wenn er nicht ohnehin sofort die Verhandlungen wegen einer nicht mehr gegebenen Vertrauensbasis abbricht, zu erwarten gewesen, dass er versuchen würde, den Kaufpreis zu drücken. Das haben die Kläger hier – unstreitig – nicht versucht. Dabei ist zweitrangig, ob der

Beklagte, wie er im Senatstermin angegeben hat, sich darauf eingelassen hätte, weil er fixe Preisvorstellungen hatte. Für den Senat ist allein bedeutsam, dass die Kläger offenbar keinen Grund gesehen haben, sich naheliegend zu verhalten und auf eine Herabsetzung des Kaufpreises zu drängen, sondern sich vielmehr bereitgefunden haben, für die Immobilie den vollen, bereits im Exposé verlangten Kaufpreis von 139.000 € zu zahlen. 96

Dies gilt selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass nach der notariellen Urkunde im vereinbarten Preis schließlich noch ein Gartenhaus, eine Einbauküche und ein Hauswasserwerk zum Preis von insgesamt 10.000 € eingeschlossen war und nach der Angabe der Beklagten im Senatstermin vom 1.6.2015 etwa auch noch Gardinenstangen den Klägern überlassen wurde: Alle diese „Draufgaben“ stellen keinen auch nur ansatzweise angemessenen und damit plausiblen Gegenwert für eine um ca. 30 % geringere Wohnfläche dar. Die Klägerin zu 2) hat hierzu im Senatstermin vom 21.1.2013 auch unmissverständlich geäußert (Bl. 350 R GA), sie 97

hätten sich nicht bereitgefunden, die Fläche im Keller als Wohnraum zu bezahlen, wenn sie gewusst hätten, dass es sich bauordnungsrechtlich nicht um zulässigen Wohnraum handelte. Die Vereinbarung dieser „Draufgaben“ ist im Übrigen auch bereits im Hinblick auf die offenkundig nicht stattgefundene Kernsanierung begründet gewesen. 98

Der Kläger hat im Senatstermin angegeben, er sei durch Zufall und nicht durch das Maklerexposé aufmerksam geworden. Eigentlich hätten sie sich für die Wohnung im Obergeschoss interessiert. Der Makler habe ihnen dann bei der Besichtigung gesagt, auch die untere Wohnung stehe zum Verkauf. Dann hätte zwar objektiv kein Anlass bestanden, das Exposé richtigzustellen. Eine Aufklärungspflicht hätte aber auch dann bestanden. Denn zwar hätten sich die Kläger unter diesen Umständen nicht mit konkreten Erwartungen an die Wohnungsgröße zur Besichtigung begeben. Aber auch dann hätte die Bezeichnung der Räume als Wohnräume – für die Eignung einer solchen Nutzung sprach schließlich ihre Einrichtung, Ausstattung und Beschreibung ihrer früheren Nutzung – die Klarstellung erfordert, dass es sich dabei nicht um bauordnungsrechtlich genehmigten Wohnraum gehandelt hat. Soweit dies 99

Rückschlüsse auf die eingangs angesprochene fernliegende Annahme zulässt, ein Verkäufer rücke nicht zeitnah von seinen Angaben aus einem Exposé ab, sieht der Senat die Grundlage seiner Überzeugung nicht in Frage gestellt. Denn der Verkäufer – hier der Beklagte – weiß in jedem Fall, dass das von ihm veranlasste Exposé in der Welt ist und deshalb, weil eine erste Besichtigung noch nicht den Vertragsschluss herbeiführt, dem Interessenten auch danach noch zur Kenntnis gelangen und ihm Widersprüche verdeutlichen kann. Das gilt erst recht, wenn der Interessent ihm von dem Makler vorgestellt wird, der das Exposé verfasst hat und wenn das Exposé nicht ausdrücklich zurückgezogen worden ist. Das hat der Beklagte hier nämlich nicht getan, sondern es nach seinen Angaben lediglich dem Makler gegenüber lediglich als „geschönt“ bezeichnet. Es ist aber weiterhin aktuell und im Internet abrufbar geblieben. Der Beklagte selbst hat, worauf noch einzugehen ist, darauf Bezug genommen. 100

Gegen die vom Beklagten zu 1) behauptete Aufklärung über die mangelnde Eigenschaft der Kellerräume als – bauordnungsrechtlich zugelassene - Wohnräume spricht nämlich auch und in besonderem Maße seine Email vom 31.5.2010 (Bl. 95 GA), welche in unmittelbarem Anschluss an den zweiten Besichtigungstermin an die Kläger versandt worden ist. Dort heißt es, das Untergeschoss sei zum Teil „zu Wohnraum umgebaut“ mit „35 qm beheizter Fläche“. Überdies verweist die Email durch entsprechende Verlinkung auch ausdrücklich auf das angesprochene, trotz Kenntnis des Beklagten von seiner Unrichtigkeit inhaltlich unverändert gebliebene Exposé, in welchem ebenfalls von einer „Wohnfläche“ von „ca. 125 qm“ die Rede ist. Hätte der Beklagte – wie er behauptet – die Kläger in dem gerade vorausgegangenen Termin tatsächlich darüber aufgeklärt, dass die Räume im Keller eben gerade keine „Wohnfläche“ darstellten, so hätte es nahe gelegen, nun in der Email nicht wieder – gleichsam unter Aufrechterhaltung der zuvor angeblich korrigierten Fehlbezeichnung – darauf zu verweisen, es handele sich um „Wohnraum“.

Überhaupt hätte es aus der Sicht des Senates bei unterstellter mündlicher Aufklärung durch den Beklagten zu 2) über die – schließlich erhebliche - Abweichung der Wohnfläche von den Angaben namentlich im Exposé und der Wohnflächenberechnung (Bl. 15 f. GA) nahe gelegen, diesen Gesichtspunkt in irgendeiner Form schriftlich zu fixieren – gegebenenfalls auch im notariellen Vertrag. Dies wäre auch insoweit zu erwarten gewesen, als dem Beklagten zu 1) als Bankkaufmann mit Zuständigkeit für Immobilienfinanzierungen bewusst sein musste, welche erhebliche Bedeutung der Umfang der zur Verfügung stehenden Wohnfläche für den Wert einer Immobilie hat. Dies gilt insbesondere im Lichte seiner Erklärung im Senatstermin vom 21.1.2013, wonach er selbst davon ausgegangen sei, dass erst „ab 2,40 m Höhe eines Raumes Wohnfläche anfängt“ (vgl. Bl. 349 R GA). 102

Unter zusammenfassender Würdigung all dieser Erwägungen begründen die darin dargelegten Tatsachen die Schlussfolgerung, dass eine rechtzeitige Aufklärung vor Vertragsschluss, wie der Beklagte sie behauptet, nicht stattgefunden hat, seine 103

entsprechenden, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast erhobenen Behauptungen also widerlegt sind. 104

(3) 105

Durch das Verschweigen der mangelnden baurechtlichen Zulässigkeit der Nutzung der Kellerräume zu Wohnflächen durch den Beklagten zu 1) ist bei den Klägern ein diesbezüglicher Irrtum erregt worden. Dieser ist auch ursächlich für die Abgabe der auf den Kauf gerichteten Willenserklärungen der Kläger geworden. Die Kläger haben im Senatstermin vom 1.6.2015 – wie bereits im vorangegangenen Senatstermin vom 21.1.2013 (Bl. 350 R) – erklärt, sie hätten das Objekt keinesfalls – insbesondere nicht zu dem verlangten Preis – erworben, wenn sie gewusst hätten, dass die Räume im Keller tatsächlich nicht als Wohnräume zugelassen waren. Dies erscheint dem Senat ohne weiteres nachvollziehbar und überzeugend. 106

(4) 107

Das Verschweigen durch den Beklagten zu 1) ist auch arglistig erfolgt. 108

Bereits nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten zu 1) wusste dieser von der mangelnden baurechtlichen Zulässigkeit der Nutzung der Kellerräume zu Wohnzwecken (Bl. 132, 349 f. GA). Überdies ergibt sich diese auch aus der den Beklagten vorliegenden Abgeschlossenheitsbescheinigung der Stadt Dülmen (Bl. 300 GA) vom 3.12.2001, wo 109

ausdrücklich auf „nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume“ Bezug genommen wird. Voraussetzung für die Annahme von Arglist ist, dass der Handelnde die Unrichtigkeit seiner Angaben kennt oder aber jedenfalls - im Sinne eines bedingten Vorsatzes - ernsthaft für möglich hält (vgl. etwa BGH NJW 2001, 2326; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl., § 123 Rdn. 11).

Der Beklagte zu 1) wäre auch zur Aufklärung verpflichtet gewesen. 110

Eine solche ergibt sich allgemein in den Fällen, in denen der Anfechtende nach Treu und Glauben und den im Verkehr herrschenden Anschauungen im Einzelfall wegen der Bedeutung des verschwiegenen Umstandes für seine EntschlieÙung mit einer 111

Aufklärung rechnen durfte (vgl. etwa BGH, Urteil vom 8. 5. 1980 - IV a ZR 1/80 - NJW 1980, 2460; Arnold in: Erman, BGB, § 123 BGB Rdn. 13 m.w.N.). Bei dem Kauf einer Wohnimmobilie ist der Umfang der – und zwar zulässigerweise als Wohnraum nutzbaren – Wohnfläche für den Käufer von entscheidender Bedeutung. Gerade auch mit Blick auf die von ihnen veranlassten, objektiv unzutreffenden Angaben im Exposé, der Wohnflächenberechnung und der Email vom 31.5.2010 hätte eine Pflicht der Beklagten bestanden, die Kläger vor Vertragsabschluss hierüber zu informieren, so dass sich eine Aufklärungspflicht auch unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz, nämlich eines vorangegangenen pflichtwidrigen Tuns, ergibt. 112

Der Senat hat auch keinen Zweifel daran, dass der Beklagte zu 1) es zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass die Kläger aufgrund der falschen Angabe der baurechtlich zulässigen Wohnfläche bzw. des Verschweigens der wahren Tatsachen insoweit zum Abschluss des Kaufvertrages bewogen worden sind, und bei einer entsprechenden Aufklärung von dem Vertragsabschluss – jedenfalls zu diesen Konditionen - Abstand genommen hätten. 113

cc) 114

Zwar hat die Beklagte zu 2) unstreitig dem Beklagten zu 1) die Verhandlungen mit den Klägern überlassen; er war derjenige, der die Besichtigungstermine durchgeführt hat. Es ist allerdings – worauf der Bundesgerichtshof in seiner Revisionsentscheidung ebenfalls hingewiesen hat - für ein Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 BGB unerheblich, ob auch der Beklagten zu 2) ein arglistiges Verhalten zur Last zu legen ist: § 123 Abs. 2 BGB findet hier unmittelbar keine Anwendung, da die Beklagte zu 2) nicht als Dritte i. S. dieser Bestimmung angesehen werden kann. Dritter im Wortsinn von § 123 Abs. 2 BGB ist jeder außer dem, der die Willenserklärung abgegeben hat, und dem, gegenüber dem sie abgegeben worden ist (vgl. BGH NJW 1962, 2195). Die Beklagte zu 2) ist neben dem Beklagten zu 1) ebenfalls Empfängerin der angefochtenen Willenserklärung der Kläger und kann bereits deshalb nicht als "Dritte" behandelt werden. Bereits das Reichsgericht hat im Übrigen angenommen, dass wenn der Anfechtungsberechtigte einen Vertrag mit mehreren Partnern abgeschlossen habe, zur Anfechtung wegen arglistiger 115

Täuschung ein Anfechtungsrecht gegenüber einem der Vertragspartner genüge. Die Anfechtung diesem gegenüber führe gemäß § 139 BGB zur Nichtigkeit des Vertrages mit allen Vertragspartnern (vgl. dazu RG Warneyer 1912, Nr. 360, 396; RGZ 65, S. 399, 405; zum ganzen OLG Koblenz, Urteil vom 11. Dezember 2001 – 3 U 1642/00 –NJW-RR 2003, 119). 116

dd) 117

118

Ob darüber hinaus auch die im Rahmen der Besichtigungstermine unstreitig abgegebene Erklärung des Beklagten zu 1), das Haus sei trocken, die Kläger zur Anfechtung des Kaufvertrages berechtigt, kann vorliegend dahinstehen, da bereits die Anfechtung aufgrund falscher Angaben zur Wohnfläche durchgreift.

2. 119

Den Klägern steht – wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung weiterhin zu Recht angenommen hat - gegen die Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner darüber hinaus ein Anspruch auf Zahlung von 1.768,94 € sowie weiterer 2.950,39 € aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 1, 2, 241 Abs. 2, 421 BGB zu. 120

a) 121

Der Beklagte zu 1) hat durch die arglistige Täuschung schuldhaft eine Pflicht aus dem (vor-)vertraglichen Schuldverhältnis mit den Klägern verletzt und muss diesen daher den entstandenen Schaden ersetzen. Ein solcher besteht unbestritten in Höhe der von den Klägern geltend gemachten Notargebühren für den Kaufvertrag, der Notargebühren für die Zustimmungserklärung und der für die Grundbuchänderung entstandenen Kosten in Höhe von insgesamt 1.768,94 €. 122

Einen weiteren Schaden stellen die den Klägern entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nach einem Gegenstandswert von 139.000 € (= 97 % des Gesamtgegenstandswertes von 143.000 €) dar. 123

b) 124

Ein derartiger Anspruch steht den Klägern auch gegen die Beklagte zu 2) zu. 125

Zwar hat sich diese an den Vertragsverhandlungen unstreitig nicht aktiv beteiligt, insbesondere erfolgten die Besichtigungen nur in Anwesenheit des Beklagten zu 1). Allerdings muss sich die Beklagte zu 2) das schuldhafte Verhalten des Beklagten zu 1) gemäß § 278 BGB zurechnen lassen; der Beklagte zu 1) hat insoweit zugleich als Erfüllungsgehilfe der Beklagten zu 2) – seiner Ehefrau und der Miteigentümerin der Immobilie gehandelt (vgl. allgemein etwa Senat, Urteil vom 4.8.2003 - 22 U 63/02 - OLGR 2003, 327 sowie die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofes). 126

3. 127

Der Zinsanspruch folgt unter dem Gesichtspunkt des Verzuges aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 288 Abs. 1 BGB jedenfalls ab dem vom Landgericht tenorierten Zeitpunkt 18.12.2011, da den Beklagten zu 1) und 2) mit Schreiben vom 7.12.2010 eine Frist zur Rückabwicklung bis zum 17.12.2010 gesetzt wurde. 128

4. 129

Die Kläger haben darüber hinaus – wie das Landgericht ebenfalls zu Recht festgestellt hat - einen Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs bezüglich der Rückübertragung des Wohnungserbbaurechts durch die Beklagten zu 1) und 2). Der Feststellungsantrag ist im Hinblick auf das aus § 756 und § 765 ZPO folgende Feststellungsinteresse zulässig. Die Beklagten befinden sich nach obigen Darlegungen mit der Rückübertragung des Wohnungserbbaurechts in Verzug, da ihnen von den Klägern mit Schreiben vom 7.12.2010 unter Fristsetzung erfolglos eine Rückübertragung angeboten wurde. 130

5.	131
Nach den obigen Ausführungen steht den Klägern weiterhin ein Anspruch auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner im Hinblick auf die weiteren Kosten der Rückabwicklung des Kaufvertrages zu. Da diese Kosten noch nicht bezifferbar sind, ist der Feststellungsantrag zulässig. Aus den	132
obigen Gründen ist der Anspruch zudem aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 1 und 2, 241 Abs. 2, 278, 421 BGB begründet.	133
6.	134
Schließlich haben die Kläger nicht nur gegen den – insoweit bereits rechtskräftig verurteilten - Beklagten zu 3), sondern auch gegen die Beklagten zu 1 bis 2) - sämtliche Beklagten als Gesamtschuldner - einen Anspruch auf Rückzahlung der Maklercourtage in Höhe von 4.000 € nebst Zinsen sowie vorgerichtlicher Anwaltskosten.	135
Gegen die Beklagten zu 1) und 2) ergibt sich dieser nach den obigen Ausführungen aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 1 und 2, 241 Abs. 2, 421, 438 BGB, da die Kosten ihnen als Teil des Schadens entstanden sind.	136
III.	137
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.	138
Der Auferlegung der vollen Verfahrenskosten für sämtliche Instanzen auf die Beklagten steht auch nicht entgegen, dass ihre Revision insoweit erfolgreich war, als der Bundesgerichtshof die Entscheidung des Senates vom 21.1.2013 aufgehoben und die Sache an den Senat zurückverwiesen hat. Entscheidend ist nämlich für die Kostentragung allein das letzte Obsiegen bzw. Unterliegen (vgl. etwa Schulz, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, 3 97 Rdn. 14).	139
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	140
Der Streitwert wird auf 155.000 € festgesetzt.	141