

## 10/2022

25. JAHRGANG  
SEITEN 653-724



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

### ZIVILRECHT

- Kenntnis vom Mangel: Welcher Zeitpunkt ist maßgeblich bei Vertretung ohne Vertretungsmacht?
- Die Kohl-Protokolle II: Anspruch auf Zahlung einer immateriellen Geldentschädigung bei APR-Verletzung ist nicht vererblich!
- Trennungsprinzip beim Nießbrauch!
- Widersprüchlicher Vortrag bei Nebenintervention: Hauptpartei hat Vorrang – auch ohne Anwalt!
- kompakt: Haftungsausschluss durch AGB: § 309 Nr. 7 BGB gilt auch für Verjährungsverkürzungen!

### STRAFRECHT

- Unterschlagung: „Wiederholte Zueignung“ versus Zueignung in zwei Fällen
- Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht bei nur bedingtem Tötungsvorsatz

### ÖFFENTLICHES RECHT

- Ausprägungen des Nachbarschutzes im Baurecht
- BVerfG: Strikte Vorgaben für Äußerungen von Regierungsmitgliedern gelten auch für den Bundeskanzler

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf Dauerschuldverhältnisse

### GRUNDFÄLLE

- Der Ausschluss der Mängelhaftung gem. § 442 BGB
- Der Brandstifter

### HEMMER.LIFE

- „Erfolg ist kein Zufall“ - Die Tipps der Examensbesten! Dr. Tanja Feichtlbauer im Interview



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

# E-BOOK LIFE&LAW OKTOBER 2022

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## ZIVILRECHT

### **1 KENNTNIS VOM MANGEL: WELCHER ZEITPUNKT IST MASSGEBLICH BEI VERTRETUNG OHNE VERTRETUNGSMACHT?**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruchsvoraussetzungen

1. Wirksamer Kaufvertrag

2. Mangel bei Gefahrübergang

3. Unmöglichkeit der Behebung

4. Vertretenmüssen, § 311a II S. 2 BGB

5. Vereinbarer Haftungsausschluss greift nicht bei subjektiven Anforderungen an die Mangelfreiheit

6. Ausschluss der Haftung gem. § 442 I S. 1 BGB?

a) Maßgeblich ist Kenntnis des K analog § 166 II BGB

b) Maßgeblicher Zeitpunkt

aa) Vertrag kommt erst mit Zugang der Genehmigung zustande

bb) Aber: teleologische Reduktion des § 442 I S. 1 BGB: maßgeblich ist Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung

c) Übertragung auf den Fall

aa) Rückwirkung der Genehmigung irrelevant

bb) Auch vorherige Beglaubigung ändert nichts

cc) Auch Wortlaut der Genehmigungserklärung irrelevant

II. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

### **2 DIE KOHL-PROTOKOLLE II: ANSPRUCH AUF ZAHLUNG EINER IMMATERIELLEN GELDENTSCHÄDIGUNG BEI APR-VERLETZUNG IST NICHT VERERBLICH!**

A) Sound

B) Problemaufriss

I. Der Streit um die besprochenen Tonbänder

II. Unterlassung der Veröffentlichung und Verbreitung von 116 Buchpassagen („Kohl-Protokolle I“)

III. Grundzüge zur Verletzung des APR und Rechtsfolgen

1. Herleitung des APR aus Art. 2 I, 1 I GG
2. Ansprüche bei Verletzung des APR
  - a) Unterlassungsanspruch analog § 1004 I S. 2 BGB
  - b) Ansprüche auf Schadensersatz
    - aa) Materielle Schäden
    - bb) Ersatz immaterieller Schäden
3. Vererblichkeit der Ansprüche wegen Verletzung des (postmortalen) APR?
  - a) Vermögenswerte Bestandteile des APR
  - b) Ideelle Bestandteile des APR
    - aa) Postmortales Persönlichkeitsrecht
    - bb) Vererblichkeit des immateriellen Geldentschädigungsanspruchs?

### C) Lösung

- I. Anspruch des K auf Zahlung einer Geldentschädigung aus § 823 I BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG
- II. Vererblichkeit des immateriellen Geldentschädigungsanspruches?
  1. Anspruch auf Geldentschädigung grundsätzlich nicht vererblich
    - a) Rechtsprechung des BGH
    - b) Kritik aus der Literatur
    - c) Bestätigung der Rechtsprechung durch den BGH sogar bei Rechtshängigkeit des Anspruches vor dem Erbfall
  2. Auch kein anderes Ergebnis wegen Erfolges in erster oder zweiter Instanz
    - a) Genugtuungsfunktion erst bei Rechtskraft des Urteils erreicht
    - b) Bekanntheit und Alter des Erblassers ändern am Ergebnis ebenfalls nichts
  3. „Ausnahmesituation“ bei rechts-missbräuchlicher Verfahrensverzögerung durch Beklagten denkbar
- II. Endergebnis

### D) Kommentar

### E) Wiederholungsfrage

### F) Zur Vertiefung

## 3 TRENNUNGSPRINZIP BEIM NIESSBRAUCH!

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

- I. Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB
  1. Wirksame Bestellung des Nießbrauchs
  2. Kein Erlöschen des Nießbrauchs durch außerordentliche Kündigung
  3. Kein Eintritt einer auflösenden Bedingung, § 158 II BGB
- II. Anspruch auf Rückübertragung des Nießbrauchs nach § 346 I BGB
  1. Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages i.S.d. § 320 BGB
  2. Nichtbezahlung der Grundsteuer als Pflichtverletzung des Kausalgeschäfts?

- a) Kausalgeschäft muss vom gesetzlichen Schuldverhältnis der §§ 1030 ff. BGB unterschieden werden
- b) Regelungen zur Lastentragung in § 1047 BGB sind nicht Teil des Kausalgeschäfts
- c) Nichtbezahlung der Grundsteuer betrifft vorliegend nicht das Kausalgeschäft

### III. Löschung des Nießbrauchs nach § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB wegen Kündigung des Kausalgeschäfts aufgrund Nichtzahlung des Kaufpreises

#### 1. Abgrenzung des Rücktritts (§ 323 BGB) zur Kündigung (§ 314 BGB)

- a) Kein Dauerschuldverhältnis, nur weil dingliches Recht auf lange Zeit bestellt ist
- b) Dauerschuldverhältnis aber (+), wenn Zahlung eines laufenden Entgelts vereinbart wurde

#### 2. Kündbarkeit des Kausalgeschäfts

#### 3. Voraussetzungen der Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 I BGB

- a) Vorliegen eines wichtigen Grundes
  - aa) Nichtbezahlung des Entgelts ist grds. ein wichtiger Grund
  - bb) Erfolgreicher Ablauf einer angemessenen Frist
- b) Kündigungserklärung
- c) Einhaltung einer angemessenen Kündigungserklärungsfrist, § 314 III BGB („Präklusion“)

#### IV. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 4 WIDERSPRÜCHLICHER VORTRAG BEI NEBENINTERVENTION: HAUPTPARTEI HAT VORRANG – AUCH OHNE ANWALT!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

#### I. Anspruch aus § 833 S. 1 BGB

##### 1. G als Geschädigter

##### 2. Haltereigenschaft der S

- a) Beweislast für Haltereigenschaft der S liegt bei G
- b) Haltereigenschaft der S von G behauptet und von S nicht relevant bestritten
- c) Aber: Relevantes Bestreiten durch H gem. § 67 S. 1 ZPO?
  - aa) Grundsatz: Tatsachenvortrag des Nebenintervenienten vom Gericht zu beachten
  - bb) Ausnahme: Widerspruch der Hauptpartei
  - cc) Rückausnahme der streitgenössischen Nebenintervention hier (-)

##### 3. Verletzung des G durch ein Tier

##### 4. Kausaler Schaden

##### 5. Kürzung wegen Mitverschuldens, § 254 I BGB?

#### II. Endergebnis

D) Kommentar

E) Background

F) Wiederholungsfrage

G) Zur Vertiefung

## 5 KOMPAKT: HAFTUNGSAUSSCHLUSS DURCH AGB: § 309 NR. 7 BGB GILT AUCH FÜR VERJÄHRUNGSVERKÜRZUNGEN!

A) Sound

B) Lösung

- I. Voraussetzung der Mängelrechte grundsätzlich gegeben
- II. Nacherfüllungsanspruch verjährt?
- III. Unwirksamkeit des Rücktritts/ der Minderung gem. §§ 438 IV S. 1, 218 I BGB?
- IV. Anspruch auf Schadensersatz, §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB
  1. Kein Verstoß gegen § 309 Nr. 8b) BGB
  2. Aber: Verstoß gegen § 309 Nr. 7a) und b) BGB
- V. Ergebnis

# STRAFRECHT

## 6 UNTERSCHLAGUNG: „WIEDERHOLTE ZUEIGNUNG“ VERSUS ZUEIGNUNG IN ZWEI FÄLLEN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Verkauf und Übereignung des Maserati an R

1. Tatbestand des Grunddelikts
  - a) Fremde bewegliche Sache
  - b) Manifestation des Zueignungswillens
  - c) Rechtswidrigkeit
  - d) Subjektiver Tatbestand
2. Tatbestand der Qualifikation, § 246 II StGB
3. Rechtswidrigkeit und Schuld

II. Verkauf und Übereignung des Maserati an M

1. Tatbestand des Grunddelikts
  - a) Manifestation des Zueignungswillens
  - b) Problem: „Wiederholte Zueignung“
  - c) Subjektiver Tatbestand
2. Tatbestand der Qualifikation, § 246 II StGB
3. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 7 DAS MORDMERKMAL DER VERDECKUNGSABSICHT BEI NUR BEDINGTEM TÖTUNGSVORSATZ

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Tatbestand

1. Tatbestand des § 212 I StGB

a) Objektiver Tatbestand

b) Subjektiver Tatbestand

2. Tatbestand des § 211 StGB

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

4. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

# ÖFFENTLICHES RECHT

## 8 AUSPRÄGUNGEN DES NACHBARSCHUTZES IM BAURECHT

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Sachentscheidungskompetenz des Gerichts

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

2. Sachliche und örtliche Zuständigkeit

II. Zulässigkeit des Antrags

1. Statthafte Antragsart

2. Antragsbefugnis

3. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

4. Rechtsschutzbedürfnis

a) Vorheriger Antrag an die Behörde, §§ 80a I Nr. 2, 80 IV VwGO

b) Vorherige Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs

c) Keine offensichtliche Unzulässigkeit des Hauptsacherechtsbehelfs

III. Beiladung

IV. Begründetheit

1. Antragsgegner, § 78 I Nr. 1 VwGO analog

## 2. Materielle Aspekte: eigene Interessenabwägung des Gerichts

- a) Gebietserhaltungsanspruch
- b) Gebietsprägungserhaltungsanspruch
- c) Maß der baulichen Nutzung: kein Drittschutz
- d) Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme wegen der „einmauernden“ Wirkung
- e) Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme wegen der zu erwartenden Lärmimmissionen
- f) Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme wegen eines möglichen Rückstaus auf die Straße
- g) Verletzung des Art. 6 BayBO

### V. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 9 BVERFG: STRIKTE VORGABEN FÜR ÄUSSERUNGEN VON REGIERUNGSMITGLIEDERN GELTEN AUCH FÜR DEN BUNDESKANZLER

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

### I. Schutzbereich des Art. 21 I S. 1 GG

1. Der verfassungsrechtlich geschützte Status der Parteien
2. Diese Maßstäbe gelten auch für einzelne Mitglieder der Bundesregierung
3. Diese Maßstäbe gelten für den Bundeskanzler in gleicher Weise
4. Eingriffe können nur zum Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter gerechtfertigt sein
  - a) Schutz der Handlungsfähigkeit und Stabilität der Bundesregierung
  - b) Das Ansehen und das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft
  - c) Keine Entbindung von der Beachtung des Neutralitätsgebots

### II. Beurteilung im konkreten Fall

#### 1. Äußerung in amtlicher Funktion

- a) Äußerer Rahmen der Erklärung
- b) Keine andere Bewertung aufgrund der Qualifizierung als „Vorbemerkung“
- c) Keine abweichende Würdigung aufgrund des Inhalts

#### 2. Eingriff in das Recht der Antragstellerin auf Chancengleichheit im politischen Wettbewerb aus Art. 21 I S. 1 GG

#### 3. Keine Rechtfertigung

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

# TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

## DIE AUSWIRKUNGEN DER COVID-19-PANDEMIE AUF DAUERSCHULDVERHÄLTNISSE

### A. Einleitung

### B. Mietverträge

#### I. Gewerbemiete

##### 1. Die Entscheidung des BGH vom 12.01.2022

- a) Wie wirkt sich Art. 240 § 2 EGBGB auf das Leistungsstörungenrecht aus?
- b) Liegt ein Mietmangel i.S.d. § 536 BGB vor?
- c) Liegt ein Fall der Unmöglichkeit (§§ 275, 326 BGB) vor?
- d) Liegt ein Fall der SGG (§ 313 BGB) vor und welche Rechtsfolgen ergeben sich hieraus?

##### 2. Bewertung der Ausführungen des BGH

#### II. Anmietung von Hochzeitsräumen

##### 1. Der Sachverhalt

##### 2. Die Entscheidung des BGH vom 02.03.2022

- a) Keine Unmöglichkeit
- b) Keine Minderung mangels Vorliegens eines Mangels der Mietsache
- c) Kein Kündigungsrecht nach § 543 BGB
- d) Aber: Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

##### 2. Bewertung der Ausführungen des BGH

- a) Die einzelnen grundsätzlich in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen
- b) Anspruchsgrundlagen im konkreten Fall
  - aa) §§ 326 IV, 346 I BGB bei Unmöglichkeit
  - bb) § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB bei Mietmangel
  - cc) Anspruch aus § 346 I BGB bei Rücktritt bzw. § 812 I S. 2 Alt. 1 BGB bei Kündigung
- c) Eigener vom BGH nicht erwähnter Ansatz: Anspruch aus §§ 547 I S. 2, 818 II BGB
- d) Zusammenfassung

### C. Fitnessstudioverträge

##### 1. Die Entscheidung des BGH vom 04.05.2022

- a) Anspruch aus §§ 346 I, 326 IV BGB
- b) Kein Rückgriff auf § 313 BGB möglich
  - aa) Unmöglichkeitsericht geht § 313 BGB vor
  - bb) Art. 240 § 5 EGBGB verdrängt § 313 BGB
- b) Einem Rückzahlungsanspruch steht auch Art. 240 § 5 II EGBGB nicht entgegen

##### 2. Bewertung der Ausführungen des BGH

- a) Annahme von Unmöglichkeit zutreffend
- b) Auch die Ausführungen zur Subsidiarität des § 313 BGB sind zutreffend
- c) Gutscheinelösung war nicht anwendbar, weil Studiobetreiber keinen Gutschein i.S.d. Art. 240 § 5 EGBGB übergeben hat

### D. Ausblick

# GRUNDFÄLLE

## DER AUSSCHLUSS DER MÄNGELHAFTUNG GEM. § 442 BGB

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Rücktrittsrecht des S gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 323 BGB

4. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

## DER BRANDSTIFTER

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Strafbarkeit des S

I. Mord, §§ 211 II Gr. 2 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 212 I StGB

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

II. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

# HEMMER.LIFE

# ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 06.05.2022, V ZR 282/20 = JURISBYHEMMER

## 1 KENNTNIS VOM MANGEL: WELCHER ZEITPUNKT IST MASSGEBLICH BEI VERTRETUNG OHNE VERTRETUNGSMACHT?

+++ Grundstückskaufvertrag +++ Ausschluss der Mängelhaftung +++ Beschaffenheitsvereinbarung +++ Vertretung ohne Vertretungsmacht +++ §§ 433, 434, 442, 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB +++

**Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):** V veräußert im Jahr 2019 mit notarieller Urkunde ein bebautes Grundstück unter Ausschluss der Mängelhaftung an K. Im Grundstückskaufvertrag war die vermietbare Fläche des Gebäudes mit 1.700 Quadratmetern angegeben.

Bei Abschluss des Kaufvertrages trat für K ein vollmachtloser Vertreter auf. K ließ die Genehmigung des Vertrages am 15. April 2019 notariell beglaubigen. Am 06. Mai 2019 erfuhr er, dass die vermietbare Fläche des Gebäudes lediglich ca. 1.400 Quadratmeter betrug. Mit Schreiben vom 29. Mai 2019 übersandte K dem beurkundenden Notar die notariell beglaubigte Genehmigung vom 15. April 2019.

Dabei wies K darauf hin, dass diese Genehmigung „ohne jedes Präjudiz und unbeschadet etwaiger Ansprüche gegenüber dem Verkäufer wegen unzutreffender Angaben zum Kaufgegenstand“, deren Geltendmachung er sich vorbehalte, erklärt worden sei.

K verlangt nun Schadensersatz für den aufgrund der geringeren Wohnfläche reduzierten Wert des Grundstücks von V.

**Besteht der geltend gemachte Anspruch?**

### A) Sounds

**1. Wird der Käufer bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrages durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten, kommt es für seine Kenntnis vom Mangel i.S.v. § 442 I S. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung an; solange er nur die Genehmigungserklärung nicht in den Verkehr gebracht hat, muss er neu gewonnene Kenntnisse über Mängel der Kaufsache gegen sich gelten lassen.**

### B) Problemaufriss

Der BGH klärt hier erstmals eine offene Fragestellung zur Anwendung von § 442 I S. 1 BGB.

Nach dieser Vorschrift sind die Mängelrechte ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss kennt, § 442 I S. 1 BGB. Die Regelung ist im Grunde genommen nur eine konkrete Ausformung von § 242 BGB, denn der Käufer verhält sich widersprüchlich, wenn er die Kaufsache im Bewusstsein ihrer Mangelhaftigkeit erwirbt und danach gleichwohl Mängelrechte wegen der bekannten Mängel geltend macht.

§ 442 I S. 2 BGB normiert den Ausschluss der Mängelhaftung auch für den Fall der groben Fahrlässigkeit, sofern es nicht um Mängel geht, die arglistig verschwiegen wurden oder der Verkäufer eine Garantie für die Beschaffenheit übernommen hat.

Seit 01.01.2022 gilt § 442 BGB nicht mehr im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs, § 442 III S. 2 BGB. Hintergrund sind Vorgaben der mit Wirkung zum 01.01.2022 umgesetzten Warenkaufrichtlinie im Hinblick auf die Vereinbarung negativer Beschaffenheitsvereinbarungen. § 476 I S. 2 BGB bestimmt insoweit, dass u.a. von den Anforderungen des § 434 III BGB nur abgewichen werden kann, wenn der Verbraucher von dem entsprechenden Umstand vor Vertragsschluss in Kenntnis gesetzt wurde **und** (!) die Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde. Würde § 442 I S. 1 BGB nach wie vor gelten, würden diese Anforderungen unterlaufen werden, da die Vorschrift nur auf die Kenntnis vom Mangel abstellt.

§ 442 I S. 1 BGB formuliert als maßgeblichen Zeitpunkt für die Kenntnis des Käufers jenen des Vertragsschlusses.

Schon in der Vergangenheit hat es Fälle gegeben, in denen genauer diskutiert werden musste, was genau mit dem „Vertragsschluss“ gemeint ist.

Ist z.B. der Grundstückskaufvertrag wegen Nichtbeachtung der Form des § 311b I S. 1 BGB gem. § 125 S. 1 BGB nichtig, kommt es später jedoch zur Heilung gem. § 311b I S. 2 BGB, muss die Frage beantwortet werden, ob es auf den Zeitpunkt des Austausches der formnichtigen Willenserklärungen ankommt oder auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Vertrages, wenn der Käufer in der Zwischenzeit Kenntnis von einem Mangel erlangt und später diesbezüglich Mängelrechte geltend macht.

Hier hat der BGH entschieden, dass der Zeitpunkt des Austausches der Willenserklärungen maßgeblich sein soll.<sup>1</sup> Die Heilung hängt davon ab, wann das Grundbuchamt die Umschreibung vornimmt. Diesen Zeitpunkt kann der Käufer nicht beeinflussen. Er wäre – würde man auf den Zeitpunkt der Heilung abstellen – faktisch gezwungen werden, die Heilung zu vermeiden, um nicht an einen Vertrag gebunden zu werden, der ihm keine Mängelrechte gewährt.

Im vorliegenden Fall musste der BGH ebenfalls die Frage klären, ob es auf den Zeitpunkt des Austausches der Willenserklärungen ankam oder auf das Wirksamwerden derselben infolge einer Genehmigung. Und in der Tat sieht der BGH einen Unterschied zwischen den beiden Konstellationen.

## C) Lösung

Zu prüfen ist, ob K von V Ersatz für den Minderwert des Grundstücks verlangen kann, der sich aus der geringeren als im Vertrag angegebenen vermietbaren Fläche ergibt. Ein Anspruch könnte sich aus §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB ergeben.

### I. Anspruchsvoraussetzungen

Zu prüfen ist zunächst, ob der Tatbestand der Anspruchsgrundlage verwirklicht ist.

#### 1. Wirksamer Kaufvertrag

Die Parteien haben einen wirksamen Grundstückskaufvertrag geschlossen (§ 433 BGB), die Form des § 311b I S. 1 BGB wurde gewahrt.

Zwar hatte für den K ein Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, so dass der Vertrag zunächst schwebend unwirksam war, § 177 I BGB; allerdings hat K sodann gem. § 184 I BGB genehmigt.

#### 2. Mangel bei Gefahrübergang

Fraglich ist, ob V das Grundstück mangelfrei übergeben hat. Dann müssten die Voraussetzungen für die Mangelfreiheit vorliegen. Das ist der Fall, wenn das Grundstück bei Gefahrübergang (Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB) den subjektiven und den objektiven Anforderungen entsprach, § 434 I Var. 1 und 2 BGB.<sup>2</sup>

Vorliegend wurde im Kaufvertrag vereinbart, dass die vermietbare Fläche 1.700 qm betragen sollte; tatsächlich entsprach die Fläche aber nur einer Größe von 1.400 qm. Damit entsprach das Grundstück bei Gefahrübergang nicht der vereinbarten Beschaffenheit gem. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB und war daher mangelhaft.

#### 3. Unmöglichkeit der Behebung

Die Behebung des Mangels müsste unmöglich sein. Dabei ist zu prüfen, ob sowohl die Nachlieferung als auch die Nachbesserung gem. § 275 I BGB ausscheiden.

Die Nachlieferung nach § 439 I Alt. 2 BGB kommt von vorneherein bei Grundstücken nicht in Betracht. Die Kaufentscheidung ist so stark individualisiert, dass eine Befriedigung der Käuferinteressen durch ein anderes Grundstück ausscheidet.

<sup>1</sup> BGH, *Life&LAW 10/2011*, 758 f. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>2</sup> Die Montageanforderungen sind nur zu erwähnen, wenn der Sachverhalt Anlass dazu bietet, was bei Grundstücken als Kaufgegenstand ganz offensichtlich nicht der Fall ist.

**Anmerkung: Das bedeutet nicht, dass bei Stückschulden generell die Nachlieferung ausscheidet. Insbesondere bei der Veräußerung neuer Sachen wird typischerweise eine Nachlieferung in Betracht kommen.<sup>3</sup>**

Auch eine Nachbesserung nach § 439 I Alt. 1 BGB kommt nicht in Betracht. Das Gebäude kann nicht nachträglich mit einer größeren Fläche ausgestattet werden.

Da die Behebung des Mangels bereits bei Vertragsschluss unmöglich war, richtet sich der Schadensersatzanspruch nach § 311a II BGB.

#### 4. Vertretenmüssen, § 311a II S. 2 BGB

Das Vertretenmüssen wird vermutet; zu prüfen ist daher, ob eine Widerlegung dieser Vermutung gelingt. Bezugspunkt für das Vertretenmüssen ist gem. § 311a II S. 2 BGB das „Leistungshindernis“, also die Unbehebbarkeit des Mangels.<sup>4</sup>

Maßgeblich ist, ob V von der Unbehebbarkeit wusste bzw. fahrlässig nicht darum wusste, dass der Mangel nicht behebbar sein würde.

V musste klar sein, dass Flächen nicht nachträglich anpassbar sind, wenn Vereinbarungen hinsichtlich ihrer Größe getroffen werden. Entlastendes lässt sich im Übrigen dem Sachverhalt nicht entnehmen, so dass die Exkulpation nicht gelingt.

**Zwischenergebnis:** Die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB liegen dem Grunde nach vor.

#### 5. Vereinbarter Haftungsausschluss greift nicht bei subjektiven Anforderungen an die Mangelfreiheit

Möglicherweise ist der Anspruch aber dennoch ausgeschlossen, weil die Parteien im Vertrag die Mängelhaftung ausgeschlossen haben.

Unabhängig von der Frage, ob der Haftungsausschluss wirksam vereinbart wurde, würde er den vorliegenden Mangel jedoch nicht erfassen.

Die Reichweite eines Haftungsausschlusses ist stets durch Auslegung zu ermitteln. Zwar wird man bei einem pauschalen Haftungsausschluss grundsätzlich davon ausgehen müssen, dass der Verkäufer damit signalisiert, überhaupt nicht für etwaige Mängel einstehen zu wollen. Allerdings muss der Vertrag in seiner Gesamtheit in den Blick genommen werden.

Vorliegend wurde eine Beschaffenheitsvereinbarung über die vermietbare Fläche getroffen (§ 434 II S. 1 Nr. 1 BGB, s.o.). Diese Vereinbarung wäre sinnfrei, wenn bei Abweichungen davon nicht gehaftet werden würde.

Die Auslegung ergibt daher, dass der Haftungsausschluss solche Mängel nicht erfasst, die sich aus einer Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit ergeben.<sup>5</sup>

**Hemmer-Methode: Ist eine vereinbarte Beschaffenheit sogar garantiert worden, ergibt sich bereits aus § 444 BGB, dass ein Haftungsausschluss insoweit unwirksam ist. Im Ergebnis kann aber bei (nur) vereinbarten Beschaffenheiten nichts anderes gelten: Es wäre widersprüchlich, einerseits eine bestimmte Eigenschaft zuzusagen, andererseits sich aber darauf zu berufen, für Abweichungen nicht einstehen zu wollen.**

#### 6. Ausschluss der Haftung gem. § 442 I S. 1 BGB?

Möglicherweise entfällt die Haftung des V jedoch gem. § 442 I S. 1 BGB. Das wäre dann der Fall, wenn K bei Vertragsschluss Kenntnis von der Flächenabweichung gehabt haben sollte.

Problematisch ist vorliegend, dass K den Vertrag nicht abgeschlossen, sondern lediglich später genehmigt hatte (s.o.). Für K hatte ein (vollmachtloser) Vertreter agiert. Fraglich ist daher, auf wessen Kenntnis in einem solchen Fall überhaupt abzustellen ist.

3 Vgl. Sie dazu Hemmer/Wüst/Tyroller, Skript Schuldrecht BT I, Rn. 268 ff.

4 Zu dem Streit, was der Bezugspunkt für das Vertretenmüssen im Rahmen eines Anspruchs gem. §§ 437 Nr. 2, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB ist, vgl. Hemmer/Wüst/Tyroller, Skript Schuldrecht BT I, Rn. 291 ff.

5 Ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. **BGH, Life&LAW 06/2013, 407 ff. = jurisbyhemmer**. Basiert die Mangelhaftigkeit des Grundstücks jedoch darauf, dass öffentliche Äußerungen des Verkäufers nicht zutreffen, vgl. § 434 III S. 1 Nr. 2 b) BGB, würde der Haftungsausschluss eingreifen, vgl. **BGH, Life&LAW 12/2016, 837 ff. = jurisbyhemmer**.

## a) Maßgeblich ist Kenntnis des K analog § 166 II BGB

Werden die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung (so wie hier gem. § 442 I S. 1 BGB) durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst, kommt es auf die Kenntnis beim Vertreter an, § 166 I BGB.

Dass der Vertreter Kenntnis von der Flächenabweichung hatte, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Problematisch ist allerdings, dass dieser Vertreter ohne Vertretungsmacht agierte, d.h. selbst gar nicht in der Lage war, eine wirksame Willenserklärung mit Wirkung für und gegen den K abzugeben.

Vielmehr ist es der Vertretene, der in diesen Fällen über das Wirksamwerden dadurch bestimmt, indem er den Vertrag genehmigt oder nicht.

Für diesen Fall ist anerkannt, dass analog § 166 II BGB auf die Kenntnis des Vertretenen selbst abzustellen ist. Zwar handelt der Vertreter in diesen Fällen nicht auf Weisung des Vertretenen; allerdings ist der Sinn und Zweck der Norm, sich nicht hinter der Gutgläubigkeit des Vertreters verstecken zu können, in gleicher Weise betroffen, wenn der Vertretene den Vertrag später genehmigt.

**hemmer-Methode: Klassiker der direkten Anwendung der Norm ist der Fall, in dem jemand eine Sache von einem Nichtberechtigten erwerben möchte, jedoch bösgläubig ist und daher einen gutgläubigen Vertreter vorschickt. Handelt es sich um einen Vertreter ohne Vertretungsmacht und genehmigt später der Vertretene, der zwischenzeitlich von der Nichtberechtigung des Veräußerers erfahren hat, muss in gleicher Weise seine Kenntnis maßgeblich sein.**

Abzustellen ist daher gem. § 166 II BGB analog auf den K.

**hemmer-Methode: Der BGH hat zu dieser Frage nicht eine Zeile geschrieben. Das können Sie sich in der Klausur nicht erlauben!**

## b) Maßgeblicher Zeitpunkt

Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt es insoweit ankommt. Beim Austausch der Willenserklärungen durch den vollmachtlosen Vertreter hatte K noch keine Kenntnis von der Flächenabweichung.

Auch im Zeitpunkt der Anfertigung der notariell beglaubigten Genehmigungserklärung war die Kenntnis bei K noch nicht vorhanden. Vielmehr trat die Kenntnis danach, aber noch vor der Abgabe der Genehmigungserklärung ein.

**hemmer-Methode: Zwar ist die Genehmigung gem. § 182 II BGB formfrei; die notarielle Beglaubigung erfolgt jedoch aus formaljuristischen Gründen wegen § 29 GBO.**

### aa) Vertrag kommt erst mit Zugang der Genehmigung zustande

Zustande gekommen ist ein Vertrag in Fällen des Handels ohne Vertretungsmacht erst mit dem **Zugang** der Genehmigungserklärung. Fraglich ist allerdings, ob dieser Zeitpunkt für § 442 I S. 1 BGB relevant sein kann.

### bb) Aber: teleologische Reduktion des § 442 I S. 1 BGB: maßgeblich ist Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung

Vielmehr muss eine teleologische Reduktion des § 442 I S. 1 BGB dahingehend vorgenommen werden, dass auf die **Abgabe der Genehmigungserklärung** abzustellen ist, denn ein treuwidriges Verhalten liegt nicht vor, wenn der Vertretene nach Abgabe der Genehmigungserklärung, aber noch vor deren Zugang Kenntnis vom Mangel erlangt.

**hemmer-Methode: Gleiches gilt bei sog. Stufenbeurkundung: Wird zunächst nur das Angebot des Käufers beurkundet und kommt sodann der Vertrag dadurch zustande, dass später die Annahme des Verkäufers beurkundet wird, ist eine zwischenzeitlich eingetretene Kenntnis des Käufers unschädlich.<sup>6</sup>**

Der Vorschrift des § 442 I S. 1 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass der Käufer nicht in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht wird, wenn er den Kauf trotz des Mangels gewollt hat. Er ist dann nicht schutzwürdig, denn mit der Geltendmachung von Mängelansprüchen stellt er sich in Widerspruch zu seinem vorangegangenen Verhalten, nämlich dem Vertragsabschluss in Kenntnis des Mangels.

Wird der Käufer eines Grundstückskaufvertrages durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten, kommt es für seine Kenntnis vom Mangel auf den Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung an.

Denn er ist nach Sinn und Zweck des § 442 I S. 1 BGB in gleicher Weise schutzwürdig wie im Falle einer Stufenbeurkundung (dazu die h.M. oben), wenn ihm der Mangel erst nach Abgabe der Genehmigungserklärung bekannt wird.

### **c) Übertragung auf den Fall**

Im Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung hatte K Kenntnis vom Mangel, so dass nach obigen Grundsätzen die Mängelrechte ausgeschlossen wären.

#### **aa) Rückwirkung der Genehmigung irrelevant**

K kann sich auch nicht auf die Rückwirkung der Genehmigung gem. § 184 I BGB berufen, denn vor der Genehmigung gibt es keine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung des Käufers. Dieser hat vielmehr den Vertragsschluss noch in der Hand, solange er nicht genehmigt hat. Genau aus diesem Grund wird analog § 166 II BGB auch auf die Kenntnis des K abgestellt.

#### **bb) Auch vorherige Beglaubigung ändert nichts**

Fraglich ist, ob sich aufgrund der Tatsache, dass im vorliegenden Fall bereits die Genehmigungserklärung beglaubigt worden war, bevor K Kenntnis vom Mangel erlangte, etwas anderes ergibt.

K hat die Erklärung in der Erwartung beglaubigen lassen, ein Grundstück mit einer vermietbaren Fläche von 1.700 qm zu erhalten.

Abgegeben ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, wenn sie mit Willen des Erklärenden in den Rechtsverkehr gebracht worden ist.<sup>7</sup>

Solange der Käufer die Genehmigungserklärung nicht in den Verkehr gebracht hat, muss er neu gewonnene Kenntnisse über Mängel der Kaufsache gegen sich gelten lassen. Denn ansonsten verhielte er sich widersprüchlich. Er ließe den Vertrag in Kenntnis des Mangels zustande kommen, obwohl er das hätte verhindern können.

Nach der Wertung des § 442 I S. 1 BGB kann der Käufer nicht sehenden Auges einen mangelhaften Gegenstand kaufen, um anschließend Ansprüche aus Sachmängelhaftung geltend zu machen. Das entspricht dem Verhalten, das nach § 442 I S. 1 BGB zum Ausschluss von Mängelrechten führen soll.

**hemmer-Methode: Das ist auch der entscheidende Unterschied zu der im Problemaufriss zitierten Entscheidung des BGH zur Heilung des Kaufvertrages gem. § 311b I S. 2 BGB.**

**Dort hat der Käufer seine auf Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung bereits vor Kenntniserlangung abgegeben und gibt lediglich zu erkennen, dass er sich nicht auf den Formmangel berufen möchte, so dass eine zwischen Vertragsschluss und Wirksamwerden des Kaufvertrages erlangte Kenntnis von Mängeln grundsätzlich nicht schadet.**

#### **cc) Auch Wortlaut der Genehmigungserklärung irrelevant**

Sofern man aufgrund der Formulierung der Genehmigungserklärung davon ausgeht, dass K dachte, bereits an den Vertrag gebunden zu sein, so dass eventuell doch keine Treuwidrigkeit gegeben ist, kann dies nicht maßgeblich sein.

Denn eine solche Vorstellung des K basierte lediglich auf einer rechtsirrigen Annahme einer falschen Rechtslage. Der geäußerte Vorbehalt kann sich daher auch nicht über die Wirkung des § 442 I S. 1 BGB hinwegsetzen.

Damit greift § 442 I S. 1 BGB ein, da K im maßgeblichen Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung Kenntnis von der Mangelhaftigkeit hatte.

## II. Endergebnis

K hat gegen V keinen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB.

## D) Kommentar

**(cda).** Die sauber begründete Entscheidung des BGH überzeugt auf ganzer Linie. Maßgeblich ist demnach stets, ob im Zeitpunkt der Abgabe der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung die Kenntnis von der Mangelhaftigkeit vorliegt. Die maßgebliche Willenserklärung ist bei Vertretung ohne Vertretungsmacht nicht die eigene Willenserklärung des Vertreters, sondern die Genehmigungserklärung des Vertretenen!

## E) Wiederholungsfrage

- **Warum wird für § 442 I S. 1 BGB bei einem durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrag auf die Abgabe der Genehmigungserklärung durch den Käufer abgestellt?**

Zwar kommt der Vertrag erst mit dem Zugang der Erklärung zustande. Aufgrund der Intention des § 442 I S. 1 BGB, treuwidriges Verhalten zu sanktionieren, kann es im Wege einer teleologischen Reduktion jedoch nur auf den Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung ankommen; danach eintretende Kenntnis ist irrelevant.

## F) Zur Vertiefung

### Zu § 442 BGB

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Skript Schuldrecht BT I, Rn. 354 ff.