

06/2020

23. JAHRGANG
SEITEN 367 - 438



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Kauf von Miteigentumsanteil ist ein Sachkauf; die Mängelrechte sind daher anwendbar
- Verkehrssicherungspflichten gegenüber Minderjährigen auf einer Freizeitveranstaltung
- Wohnheitsrecht kann nicht im Zwei-Personen-Verhältnis entstehen
- kompakt: Rechtsmangel beim Erwerb eines gestohlenen Kfz erst mit Eintragung in das Schengener Informationssystem (SIS)
- kompakt: Ersatz fiktiver Reparaturkosten: Wie wirken sich Preissteigerungen nach Unfall auf die Höhe des Ersatzanspruchs aus?
- kompakt: Rückzahlung von Behandlungskosten bei Verstoß gegen § 630c III S. 1 BGB
- kompakt: Funktionale Auslegung einer Grunddienstbarkeit zur Anlagennutzung
- Recht skurril: Verbrannte Kohle? Kein Ersatz für verbranntes Geld nach Inbetriebnahme des Heizkessels

STRAFRECHT

- Mittäterexzess und seine Folgen
- Unmittelbares Ansetzen des mittelbaren Täters beim Betrug

ÖFFENTLICHES RECHT

- Trotz Corona-Krise: kein Gottesdienstverbot ohne Ausnahmen
- Die steuerliche Behandlung von Erstausbildungskosten ist nicht verfassungswidrig

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Umweltschutz und Verfassungsrecht – ein systematischer Überblick

GRUNDFÄLLE

- Schutzpflichtverletzung beim Werkvertrag
- Blutige Würstchen

HEMMER.LIFE

- Mit Vorbildern zum Erfolg!
Über die Initiative breaking.through und eine besondere Hilfsaktion in Zeiten von Corona



E-BOOK LIFE&LAW JUNI 2020

Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger

INHALTSVERZEICHNIS

ZIVILRECHT

1 KAUF VON MITEIGENTUMSANTEIL IST EIN SACHKAUF; DIE MÄNGELRECHTE SIND DAHER ANWENDBAR

A) Sounds

B) Problemaufriss

- I. Die sachenrechtliche Übertragung von Miteigentumsanteilen
- II. Miteigentum ist eine Unterart der Bruchteilsgemeinschaft, §§ 741 ff. BGB
- III. Die §§ 1008 ff. BGB

C) Lösung

- I. Wirksamer gegenseitiger Vertrag
- II. Nichtleistung innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist
- III. Fälliger Anspruch des V auf Zahlung des Kaufpreises, § 433 II BGB?
 1. Kein fälliger Anspruch, wenn Einrede gem. § 320 BGB besteht
 2. Mängleinrede nach § 320 BGB wegen Nacherfüllungsanspruch des K?
 3. Problem: Ist das Sachmängelrecht beim Kauf eines Miteigentumsanteils überhaupt anwendbar?
 - a) Meinungsstand in der Literatur zum Kauf von Wohnungseigentum nach WEG
 - b) **BGH**: Beim Kauf eines Miteigentumsanteils bezieht sich der Nacherfüllungsanspruch des Käufers auf die Sache selbst
 - aa) Kauf von Miteigentumsanteil ist als Sachkauf i.S.d. § 433 I BGB zu behandeln
 - (1) Kauf von Wohnungseigentum wird auch als Sachkauf behandelt
 - (2) Kauf von Miteigentumsanteil umstritten
 - (3) Ansicht des BGH: Kauf von Miteigentumsanteil ist Sachkauf
 - bb) Inhalt des Erfüllungsanspruches des Käufers
 4. Mängleinrede nach § 320 I BGB setzt einen behebbaren Mangel voraus
- IV. Endergebnis

D) Kommentar

E) hemmer-background

- I. Nach e.A. steht dem Käufer analog § 438 IV S. 2, V BGB eine Einrede zu
- II. Nach h.L. besteht vor Verjährung keine Einrede
- III. Mittelmeinung schlägt Kompromiss über § 242 BGB vor
- IV. „Obiter dictum“ des BGH: Käufer hat Mängleinrede auch bei Unmöglichkeit

F) Wiederholungsfrage

G) Zur Vertiefung

2 VERKEHRSSICHERUNGSPFLICHTEN GEGENÜBER MINDERJÄHRIGEN AUF EINER FREIZEIT-

VERANSTALTUNG

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 241 II Var. 2 BGB

1. Schuldverhältnis

- a) Vertragstyp
- b) Wirksamer Vertragsschluss

2. Pflichtverletzung, § 241 II Var. 2 BGB

- a) Anwendbarkeit der §§ 280 I, 241 II BGB
- b) Schutzpflichtverletzung, § 241 II Var. 2 BGB
 - aa) Eigene Pflichtverletzung des V wegen des fehlenden Hinweises auf den Umgang mit Messern?
 - bb) Zurechenbare Pflichtverletzung des M gem. §§ 241 II Var. 2, 278 S. 1 Alt. 2 BGB
 - (1) Grundsätze zur Beaufsichtigung von Kindern im Alter von ca. 9 Jahren
 - (2) Pflichtverletzung mangels Belehrung über den Umgang mit dem Messer

3. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S.2 BGB

4. Vorliegen eines kausalen Schadens

- a) Kausalität
- b) Schadensumfang, §§ 249 ff. BGB
 - aa) Heilbehandlungskosten
 - bb) Geminderte Erwerbsfähigkeit wegen des Dauerschadens am rechten Auge
 - cc) Schmerzensgeld
- c) Keine Kürzung wegen Mitverschuldens, §§ 254 I, 282 III BGB analog

5. Ergebnis

II. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 823 I, II BGB, 229 StGB

III. Anspruch auf Schadensersatz aus § 832 II, I S. 1 BGB i.V.m. § 31 BGB

IV. Anspruch auf Schadensersatz aus § 831 I S. 1 BGB i.V.m. § 31 BGB

V. Endergebnis

D) Kommentar

E) hemmer-background

I. Kein Aufwendungsersatzanspruch aus GoA, §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

II. Kein Anspruch aus §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II Alt. 1 BGB

III. Kein Regressanspruch gem. § 426 I S. 1 bzw. §§ 426 II S. 1, 280 I BGB

IV. Aber: Anspruch der M gegen V aus abgetretenem Recht

F) Wiederholungsfragen

G) Zur Vertiefung

3 GEWOHNHEITSRECHT KANN NICHT IM ZWEI-PERSONEN-VERHÄLTNIS ENTSTEHEN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus § 1004 I S. 2 BGB

1. Beeinträchtigung i.S.d. § 1004 I S. 1 BGB

2. Besorgung weiterer Beeinträchtigungen

3. Duldungspflicht, § 1004 II BGB

a) Duldungspflicht aus Gewohnheitsrecht

b) Duldungspflicht aus § 917 BGB

aa) Notlage des Grundstücks, wenn nur der hintere Teil nicht über öffentliche Straße zugänglich?

bb) Ordnungsgemäße Benutzung bei gewerblich genutztem Grundstück

cc) Vorliegend jedoch privat genutztes Grundstück

II. Anspruch aus § 862 I S. 2 BGB

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

4 KOMPAKT: RECHTSMANGEL BEIM ERWERB EINES GESTOHLenen KFZ ERST MIT EINTRAGUNG IN DAS SCHENGENER INFORMATIONSSYSTEM (SIS)

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Vorliegen eines Rechtsmangels, § 435 BGB

II. Maßgeblicher Zeitpunkt

1. Grundsatz: Eigentumserwerb

2. Ausnahmsweise Gefahrübergang, wenn Eigentumserwerb nicht feststeht

3. Hier lag der Gefahrübergang bzw. der Eigentumserwerb lange vor Eintragung

III. Ergebnis

5 KOMPAKT: ERSATZ FIKTIVER REPARATURKOSTEN: WIE WIRKEN SICH PREISSTEIGERUNGEN NACH UNFALL AUF DIE HÖHE DES ERSATZANSPRUCHS AUS?

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Variante a): Erfüllung tritt vor Preiserhöhung ein

II. Variante b): Erfüllung nicht vollständig vor Preissteigerung

III. Variante c): Meint vollständige Erfüllung alle Schadenspositionen aus dem einheitlichen Unfallgeschehen?

6 KOMPAKT: RÜCKZAHLUNG VON BEHANDLUNGSKOSTEN BEI VERSTOSS GEGEN § 630C III S. 1

BGB

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus §§ 630c III S. 1, 280 I BGB

1. Problem: Pflichtverletzung

2. Problem: kausaler Schaden

II. Ergebnis

7 KOMPAKT: FUNKTIONALE AUSLEGUNG EINER GRUNDDIENSTBARKEIT ZUR ANLAGENNUTZUNG

A) Sound

B) Lösung

I. Grundsätze zur Auslegung des Inhalts einer Grunddienstbarkeit

II. Beschränkung der Grunddienstbarkeit auf den Heizungskessel zur Zeit der Eintragung ist fernliegend

III. Ergebnis

8 RECHT SKURRIL: VERBRANNTES KOHLE? KEIN ERSATZ FÜR VERBRANNTES GELD NACH INBE-TRIEBNAHME DES HEIZKESSELS

Lösung:

I. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 662 BGB

II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB

1. Äquivalenz

2. Einschränkungen der Kausalität über die Lehre der „Adäquanz“

3. Lehre vom Schutzzweck der Norm

III. Ergebnis

STRAFRECHT

9 MITTÄTEREXZESS UND SEINE FOLGEN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Strafbarkeit des M

1. Strafbarkeit des M wegen Mordes gem. §§ 212 I, 211 StGB

a) Tatbestand

- aa) Objektiver Tatbestand
- bb) Subjektiver Tatbestand
- b) Rechtswidrigkeit
- c) Schuld

2. Ergebnis

II. Strafbarkeit des A

1. Strafbarkeit des A wegen Mordes in Mittäterschaft gem. §§ 212 I, 211, 25 II StGB
2. Strafbarkeit des A wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB
 - a) Tatbestand
 - b) Rechtswidrigkeit
 - c) Schuld

III. Gesamtergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

10 UNMITTELBARES ANSETZEN DES MITTELBAREN TÄTERS BEIM BETRUG

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Strafbarkeit wegen versuchten Betruges in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 I, 22, 23 I, 25 I Alt. 2 StGB
 1. Vorprüfung
 2. Tatentschluss
 3. Unmittelbares Ansetzen
- II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

ÖFFENTLICHES RECHT

11 TROTZ CORONA-KRISE: KEIN GOTTESDIENSTVERBOT OHNE AUSNAHMEN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Zulässigkeit
 1. Statthaftigkeit
 2. Antrag

3. Antragsberechtigung

4. Keine Vorwegnahme der Hauptsache

5. Form und Frist

II. Begründetheit

1. Keine offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit in der Hauptsache

2. Abwägung nach der Doppelhypothese unter Einbeziehung der summarischen Prüfung der Hauptsache

a) Folgen ohne den Erlass der einstweiligen Anordnung

b) Folgen bei Erlass der einstweiligen Anordnung

c) Folgenabwägung unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

12 DIE STEUERLICHE BEHANDLUNG VON ERSTAUSBILDUNGSKOSTEN IST NICHT VERFASSUNGSWIDRIG

A) Sounds

B) Problemaufriss

I. Steuerliche Behandlung von Aufwendungen des Steuerpflichtigen

II. Steuerliche Behandlung von „Aufwendungen für Bildung“

III. Vereinbarkeit mit Art. 3 I GG

C) Lösung

I. Zulässigkeit der konkreten Normenkontrolle

Zuständigkeit des BVerfG

Tauglicher Vorlagegegenstand

Vorlagegrund

II. Begründetheit der konkreten Normenkontrolle

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

a) Inhalt des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG)

Gleiches nicht ungleich und Ungleiches nicht gleich behandeln!

b) Gleich- bzw. Ungleichbehandlung

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

aa) Keine erhöhten Anforderungen an den sachlichen Grund

bb) Vorliegen eines sachlichen Grundes

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

UMWELTSCHUTZ UND VERFASSUNGSRECHT – EIN SYSTEMATISCHER ÜBERBLICK

A) Einführung

B) Umweltschutz im Grundgesetz

I. Staatszielbestimmung Art. 20a GG

1. Rechtsnatur und Relevanz in der Klausur
2. Relevanz in der Klausur
3. Tatbestandsmerkmal „natürliche Lebensgrundlage“
4. Aktuelle Rechtsprechung: „Küken-Urteil“

II. Grundrechte

1. Grundrechte als Abwehrrechte
2. Grundrechte als Schutzpflichten
3. Aktuelle Rechtsprechung
 - a) Zulässigkeit von „Klimaklagen“?
 - b) Begründetheit von „Klimaklagen“?

C) Annex: EU-Recht

D) Fazit und Ausblick

GRUNDFÄLLE

SCHUTZPFLICHTVERLETZUNG BEIM WERKVERTRAG

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

I. Anspruch des B gegen F auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 631 I, 241 II BGB

1. Schuldverhältnis, § 631 BGB
2. Pflichtverletzung des Schuldners
 - a) Anwendbarkeit des § 278 BGB auf die Zurechnung von Pflichtverletzungen
 - b) L als Erfüllungsgehilfe
 - c) Pflichtverletzung
 - d) Zwischenergebnis
3. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 I S. 2 BGB
4. Ersatzfähiger Schaden
5. Ergebnis

II. Schadensersatzanspruch des B gegen F aus § 831 I S. 1 BGB

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

BLUTIGE WÜRSTCHEN

A) Sound

B) Lösung

I. Versucher Mord bzw. Totschlag, §§ 212 I, 211, 22, 23 I StGB

1. Vorprüfung

2. Tatentschluss

3. Unmittelbares Ansetzen

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

5. Kein Rücktritt, § 24 StGB

a) Kein fehlgeschlagener Versuch

b) Beendeter oder unbeendeter Versuch

6. Ergebnis

II. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und Nr. 5 StGB

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

4. Ergebnis

III. Konkurrenzen

IV. Gesamtergebnis

C) Zusammenfassung

D) Zur Vertiefung

HEMMER.LIFE

ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 14.02.2020, V ZR 11/18 = JURISBYHEMMER

1 KAUF VON MITEIGENTUMSANTEIL IST EIN SACHKAUF; DIE MÄNGELRECHTE SIND DAHER ANWENDBAR

+++ Miteigentumsanteil +++ Abgrenzung Sach-/Rechtskauf +++ Anwendbarkeit der Mängelrechte +++ Mängelreede +++ Fälligkeit des Kaufpreises +++ Mängelreede +++ Umfang des Anspruches auf Nacherfüllung +++ §§ 320, 323, 346, 433, 437, 741 ff., 1008 ff. BGB +++

Sachverhalt (abgewandelt und vereinfacht): A und V sind Miteigentümer eines Grundstücks zu je ½.

Mit notariellem Vertrag verkaufte V im Dezember 2019 seinen Miteigentumsanteil an K für 600.000,- € und räumte diesem den Mitbesitz am Grundstück ein.

V forderte unter Fristsetzung den K zur Zahlung des Kaufpreises auf. Da K nicht zahlte, trat V im März 2020 vom Kaufvertrag zurück.

K wendet sich gegen den Rücktritt u.a. unter Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts auf Grund tatsächlich vorhandener Mängel (u.a. Schwammbefall, Brandschutzmängel, Mängel an der Grundleitung des Gebäudes, unzureichende Wärmedämmung an verschiedenen Bauteilen, unzureichende Abdichtung der Wände). Das Gesamtvolumen der Nachbesserung beläuft sich laut Gutachten auf 563.000,- €.

A wäre bereit, den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen zuzustimmen und die entstehenden Kosten entsprechend seinem Miteigentumsanteil zu tragen.

War der Rücktritt des V wirksam?

A) Sounds

1. Der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück unterliegt unmittelbar den Regelungen über den Sachkauf. Bezugspunkt etwaiger Nacherfüllungsansprüche ist kein Recht, sondern das Grundstück, dessen Miteigentümer der Erwerber werden will.

2. Auch der Käufer eines Miteigentumsanteils hat nach § 433 I S. 2 BGB einen Anspruch darauf, dass das Grundstück insgesamt frei von Sach- und Rechtsmängeln ist. Ihm steht vorbehaltlich eines Unvermögens des Verkäufers ein Anspruch auf volle Nacherfüllung zu.

3. Der Verkäufer eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück wird nach § 275 I Var. 1 BGB von seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung frei, wenn es dem Käufer nicht gelingt oder nur im Klagewege gelingen könnte, die übrigen Miteigentümer dazu zu bewegen, den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen zuzustimmen und die dafür entstehenden Kosten entsprechend ihrem Miteigentumsanteil zu tragen.

4. Schon das Bestehen, nicht erst die Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB schließt die Durchsetzbarkeit der im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der nicht erfüllten Gegenforderung stehenden Forderung und damit einen Rücktritt nach § 323 I BGB aus. Das gilt auch bei der Mängelreede.

5. Der Käufer darf den Kaufpreis auch dann insgesamt zurückhalten, wenn ein Mangel der Sache erst nach der Lieferung bzw. Übergabe bemerkt wird.

B) Problemaufriss

Der im Original weitaus kompliziertere Fall befasst sich mit einer Reihe interessanter Fragen. Aufhänger des Falles ist

die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB, die auch bei behebbaren Sachmängeln als sog. Mängel einrede besteht. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung schließt schon das bloße Bestehen und nicht erst die Erhebung der Einrede des § 320 BGB die Durchsetzbarkeit der im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der nicht erfüllten Gegenforderung stehenden Forderung und damit den Schuldnerverzug aus. Diese Rechtsprechung überträgt der BGH in diesem Urteil auf das Rücktrittsrecht des § 323 I BGB.

Die viel interessantere und bislang noch nicht höchstrichterlich entschiedene Frage betrifft die Rechtsnatur des Kaufs eines Miteigentumsanteils.

Handelt es sich dabei um einen Rechtskauf i.S.d. § 453 I Alt. 1 BGB oder um einen Sachkauf i.S.d. § 433 I BGB? Der BGH bejaht das Vorliegen eines Sachkaufes und erstreckt den Nacherfüllungsanspruch des Käufers auf das gesamte Grundstück.

Anmerkung: Da vielen Studenten die rechtliche Behandlung von Miteigentum wenig vertraut ist, werden im Problemaufriss die wichtigsten Fragen zum Thema Miteigentum besprochen.

I. Die sachenrechtliche Übertragung von Miteigentumsanteilen

Unnötige Schwierigkeiten bereitet den Studenten häufig die ganz einfach zu beantwortende Frage, wie ein Miteigentumsanteil sachenrechtlich übertragen wird.

Nach nahezu allgemeiner Meinung werden Miteigentumsanteile wie das Vollrecht übertragen.

Bei beweglichen Sachen erfolgt die Veräußerung nach § 929 BGB durch dingliche Einigung und Übergabe durch Einräumung des Mitbesitzes.

Miteigentumsanteile an Grundstücken werden übertragen nach §§ 873 I Var. 1, 925 BGB durch dingliche Einigung (= Auflassung) und Eintragung des Miteigentumsanteilerwerbs im Grundbuch.

hemmer-Methode: Einen interessanten Fall zum gutgläubigen Erwerb eines Miteigentumsanteils hatte der BGH am 29.06.2007 zu entscheiden.¹

Sachverhalt: M und F hatten von einem unerkannt Geschäftsunfähigen ein Grundstück je zur Hälfte als Miteigentümer erworben. Später übertrug M seinen Anteil auf die gutgläubige F.

Der BGH bejahte den gutgläubigen Erwerb der F gem. §§ 873, 925 i.V.m. § 892 I S. 1 BGB.

Bei § 892 BGB muss das Rechtsgeschäft nach einhelliger Ansicht ein sogenanntes Verkehrsgeschäft sein.² Ein Verkehrsgeschäft liegt nicht vor, wenn Veräußerer und Erwerber rechtlich oder wirtschaftlich identisch sind.

Umgekehrt liegt immer dann ein Verkehrsgeschäft vor, wenn auf Erwerberseite mindestens eine Person beteiligt ist, die nicht zu den Veräußerern gehört. Nach zutreffender Ansicht des BGH lag hier ein Verkehrsgeschäft vor, da das Miteigentum keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität zwischen Veräußerer und Erwerber begründet.

Außerdem ist der Erwerber - anders als bei der Übertragung von Gesamthandsvermögen auf einen Gesamthänder - auch nicht auf Seiten des Veräußerers an der Verfügung beteiligt.

Die Miteigentümer stehen sich vielmehr als Dritte gegenüber. Denn gemäß § 747 S. 1 BGB kann jeder Miteigentümer ohne Mitwirkung der anderen Gemeinschaftler über seinen Anteil verfügen.

Der einzelne Miteigentumsanteil wird so zu einem selbständigen Gegenstand des Rechtsverkehrs, dessen rechtliches Schicksal von dem der übrigen Anteile unabhängig ist.

II. Miteigentum ist eine Unterart der Bruchteilsgemeinschaft, §§ 741 ff. BGB

Das Miteigentum nach Bruchteilen (vgl. zu dieser Begrifflichkeit § 1008 BGB) ist eine Unterart der Bruchteilsgemeinschaft, die in den §§ 741 ff. BGB geregelt ist.

Diese Vorschriften regeln das Innenverhältnis der Miteigentümer zueinander.

Hervorzuheben sind zum einen die Vorschriften der §§ 744, 745 BGB zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes und die §§ 749 ff. BGB zur Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft.

¹ **BGH, Life&Law 11/2007, 741 ff.**

² **Hinweis:** Das ungeschriebene Erfordernis eines Verkehrsgeschäfts ergibt sich aus dem Normzweck des § 892 I BGB, der den Verkehr mit Grundstücken in dem Vertrauen auf die Verlässlichkeit des Grundbuchs schützen soll. § 892 BGB dient nicht dazu, dass sich der Nichtberechtigte das zu Unrecht gebuchte Recht selbst verschafft, sondern ermöglicht den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch einen Dritten. Letztlich geht es auch darum, drohendem Missbrauch vorzubeugen und Manipulationen der Gutglaubensvorschrift des § 892 BGB zu verhindern.

Nach § 749 I BGB kann jeder Miteigentümer jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Wurde das Recht zur Aufhebung für immer oder eine bestimmte Zeit ausgeschlossen, so kann die Aufhebung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verlangt werden, § 749 II BGB.

Die Aufhebung erfolgt durch Teilung in Natur, wenn sich der gemeinschaftliche Gegenstand in gleichartige, den Anteilen entsprechende Teile ohne Wertminderung zerlegen lässt, § 752 BGB.

Ist dies nicht möglich, so erfolgt die Teilung durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und Teilung des Erlöses, § 753 BGB.

Wichtig ist auch die Vorschrift des § 747 BGB, der die Verfügungsbefugnis der Miteigentümer regelt. Über den jeweiligen Miteigentumsanteil kann jeder Miteigentümer alleine verfügen, § 747 S. 1 BGB. Dieses Recht kann vertraglich nicht mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden, § 137 S. 1 BGB.

hemmer-Methode: Daher kann es dazu kommen, dass sich auf einmal ein Miteigentümer in der Bruchteilsgemeinschaft befindet, mit dem man den Gegenstand nicht zusammen erworben hätte.

Dies ist der Grund, dass beim Erwerb eines gemeinschaftlichen Gegenstandes häufig die Gründung einer GbR nach § 705 BGB sinnvoller ist, die dann den gemeinschaftlichen Gegenstand erwirbt.

Da bei einer GbR die Gesellschafter gem. § 719 I HS 1 BGB nicht befugt sind, über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen zu verfügen, ist sichergestellt, dass man sich den gemeinsam erworbenen Gegenstand nicht auf einmal mit einer Person teilen muss, die man sich als „Partner“ gar nicht ausgesucht hätte.

Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen können die Miteigentümer hingegen nur gemeinsam verfügen, § 747 S. 2 BGB. Werden die Miteigentümer auf Übereignung verklagt, so sind sie im Prozess notwendige Streitgenossen aus materiell-rechtlichen Gründen, § 62 I Alt. 2 ZPO. Werden nicht alle Miteigentümer verklagt, so ist die Klage mangels passiver Prozessführungsbefugnis unzulässig.³

Verkauft ein Miteigentümer ohne Zustimmung des anderen den gemeinschaftlichen Gegenstand, so ist diesem die Erfüllung anfänglich unmöglich (§ 275 I BGB), sodass er sich gegenüber dem Käufer gem. § 311a II BGB schadensersatzpflichtig macht.

hemmer-Methode: Gibt sich der Miteigentümer hingegen als Alleineigentümer aus, so kommt gem. §§ 929 S. 1, 932 I S. 1, II BGB ein gutgläubiger Erwerb in Betracht. Dies allerdings nur, wenn dem anderen Miteigentümer nicht dessen Mitbesitz gem. § 935 I S. 1 BGB abhandengekommen ist. Der verfügende Miteigentümer muss also für einen gutgläubigen Erwerb Alleinbesitzer gewesen sein.

III. Die §§ 1008 ff. BGB

Die §§ 1008 ff. BGB ergänzen die zum Eigentum geltenden Vorschriften, die natürlich auch auf das Miteigentum angewendet werden können.

Prüfungsrelevanz hat wohl lediglich die Vorschrift des § 1011 BGB.

Danach kann jeder Miteigentümer die Ansprüche aus dem Eigentum gegenüber Dritten in Ansehung der ganzen Sache geltend machen. Im Prozess handelt es sich um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft. Klagen mehrere Miteigentümer, so sind sie im Aktivprozess nur einfache Streitgenossen i.S.d. § 59 Alt. 1 ZPO.

Der Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB kann aber nur auf Herausgabe an alle Miteigentümer gem. § 432 BGB geltend gemacht werden.

C) Lösung

Der von V gem. § 349 BGB erklärte Rücktritt vom Kaufvertrag wäre wirksam, wenn dem V ein Recht zum Rücktritt zustand. Im vorliegenden Fall kommt das gesetzliche Rücktrittsrecht gem. § 323 I Alt. 1 BGB wegen Nichterbringung einer fälligen Leistung in Betracht.

I. Wirksamer gegenseitiger Vertrag

Zwischen V und K kam ein notarieller Kaufvertrag über den Miteigentumsanteil an einem Grundstück zustande. Dabei handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB.

II. Nichtleistung innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist

Obwohl V den K unter Fristsetzung zur Zahlung des Kaufpreises aufgefordert hat, wurde dieser von K nicht bezahlt.

III. Fälliger Anspruch des V auf Zahlung des Kaufpreises, § 433 II BGB?

Fraglich ist allerdings, ob dem V gegenüber K ein fälliger und einredefreier Anspruch auf Kaufpreiszahlung zustand.

1. Kein fälliger Anspruch, wenn Einrede gem. § 320 BGB besteht

Dies wäre nicht der Fall, wenn dem K die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 I BGB zugestanden hätte.

Da allein schon das Bestehen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB die Durchsetzbarkeit der im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der nicht erfüllten Gegenforderung stehenden Forderung ausschließt, wäre es daher unschädlich, dass K diese Einrede nicht vor der Erklärung des Rücktritts seitens des V erhoben hat.

Entschieden wurde dies vom BGH für den Eintritt des Verzugs nach § 286 BGB.⁴ Für den Rücktritt nach § 323 I BGB gilt nichts anderes.⁵ Diese Vorschrift macht den Rücktritt zwar nicht von dem Eintritt des Verzugs, sondern davon abhängig, dass der Schuldner trotz Bestimmung einer angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung durch den Gläubiger eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht hat.

Unter fälliger Leistung versteht das Gesetz in § 323 I BGB aber nichts anderes als in § 286 I BGB.⁶

2. MängelEinrede nach § 320 BGB wegen Nacherfüllungsanspruch des K?

Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Kaufpreisanspruch des V nicht fällig gewesen wäre, wenn dem K aufgrund der Mängel des Grundstücks ein Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB zustünde.

Beim Nacherfüllungsanspruch handelt es sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht um einen eigenständigen, neuen Anspruch, der durch die Lieferung einer mangelhaften Sache ausgelöst wird.

Vielmehr setzt der Nacherfüllungsanspruch den ursprünglichen Erfüllungsanspruch nach § 433 I S. 2 BGB im Sinne einer „Resterfüllung“, damit in seiner Struktur unverändert und nur mit den durch die Lieferung der mangelhaften Sache gebotenen Modifikationen versehen, fort. Mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption lediglich die Erfüllung dieser Verkäuferpflichten durchgesetzt werden; der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat.⁷

hemmer-Methode: Der Unterschied zwischen dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch und dem Nacherfüllungsanspruch besteht - neben der speziellen Verjährungsfrist des § 438 BGB und den Ausschlüssen nach §§ 442, 444 BGB - im Wesentlichen darin, dass Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs nicht mehr die erstmalige Lieferung einer mangelfreien Kaufsache ist, sondern die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache.⁸

Stünde dem K der Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB wegen des Vorliegens eines behebbaren Sachmangels zu, so würde dieser im Synallagma zu § 433 II BGB stehende Anspruch die MängelEinrede des § 320 I BGB begründen. In diesem Fall wäre der Anspruch auf Kaufpreiszahlung nicht fällig gewesen und der Rücktritt des V damit unwirksam.

4 BGH, NJW 2010, 1272 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2016, 2328 ff. = [jurisbyhemmer](#).

5 Vgl. auch MüKo, BGB, 8. Auflage, § 323 Rn. 47 sowie § 286 Rn. 25; Palandt, BGB, 79. Auflage, § 323 Rn. 11.

6 Palandt, BGB, 79. Auflage, § 323 Rn. 9.

7 BGH, NJW 2013, 220 ff. = [jurisbyhemmer](#).

8 BGH, NJW 2011, 2278 ff. = [jurisbyhemmer](#).

3. Problem: Ist das Sachmängelrecht beim Kauf eines Miteigentumsanteils überhaupt anwendbar?

Die entscheidende Frage ist nun, ob beim Kauf eines bloßen Miteigentumsanteils das Sachmängelrecht überhaupt anwendbar ist.

Die Frage, welchen Inhalt bzw. welchen Umfang ein Nacherfüllungsanspruch beim Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück hat, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht behandelt.

a) Meinungsstand in der Literatur zum Kauf von Wohnungseigentum nach WEG⁹

Erörtert wird eine vergleichbare Fragestellung aber beim Kauf einer Eigentumswohnung. Umstritten ist hier, ob dem Käufer lediglich ein auf die Quote seines Miteigentumsanteils beschränkter Anspruch auf Freistellung von Mängelbeseitigungskosten zusteht, oder ob er den Nacherfüllungsanspruch auch in Bezug auf Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums hat.

aa) Teilweise wird dem Käufer nur ein auf seine Quote beschränkter Freistellungsanspruch von den Mängelbeseitigungskosten gewährt, weil der Anspruch auf Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB nicht auf den Kauf eines Bruchteils einer Sache zugeschnitten sei.¹⁰ Beim Erwerb einer Miteigentumsquote könne der Gegenstand der Nacherfüllung nicht individualisiert werden, die Beseitigung des Mangels an der abstrakten Quote sei daher unmöglich. Wer einen Bruchteil verkaufe, hafte nicht zur Gänze auf Mängelbeseitigung. Die Nachbesserung sei ferner deshalb unmöglich, weil der Verkäufer gegenüber den weiteren Miteigentümern nicht befugt sei, deren Eigentum zur Durchführung der Mängelbeseitigung zu beanspruchen.

bb) Überwiegend wird jedoch angenommen, dass dem Käufer einer neu errichteten Eigentumswohnung ein voller Nachbesserungsanspruch zusteht.¹¹ Im Vordergrund der Betrachtung steht dabei aber regelmäßig die Fallkonstellation einer neu errichteten oder neu zu errichtenden Eigentumswohnung, in der den Erwerbern Gewährleistungsansprüche gegen den Bauträger zustehen. Die Frage nach einem Anspruch auf Nacherfüllung in Bezug auf Mängel des Gemeinschaftseigentums kann sich aber auch bei dem Kauf einer Bestandswohnung stellen.

cc) Der BGH hat die Beantwortung dieser Frage bislang offengelassen.¹²

b) BGH: Beim Kauf eines Miteigentumsanteils bezieht sich der Nacherfüllungsanspruch des Käufers auf die Sache selbst

Mit diesem Urteil entscheidet der BGH die Frage nun dahingehend, dass beim Kauf eines Miteigentumsanteils an einem nicht in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück der Bezugspunkt des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers nicht der Miteigentumsanteil als dingliche Rechtsposition, sondern das (bebaute) Grundstück ist.

aa) Kauf von Miteigentumsanteil ist als Sachkauf i.S.d. § 433 I BGB zu behandeln

Die Bestimmung des Bezugspunkts des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers hängt entscheidend davon ab, ob der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück als Rechts- oder als Sachkauf einzuordnen ist.

Im ersten Fall wäre Bezugspunkt im Grundsatz nur die dingliche Rechtsposition. Auf Mängel des Grundstücks oder des auf ihm stehenden Gebäudes käme es, ähnlich wie etwa bei einem Unternehmenskauf, nur an, wenn die Beschaffenheit etwa des Gebäudes auf dem Grundstück für den Kauf der Rechtsposition entscheidend ist.

Ist der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück dagegen als Sachkauf einzuordnen, bezieht sich der Nacherfüllungsanspruch des Käufers ohne weiteres auch auf das erworbene Grundstück und das auf ihm stehende Gebäude, an dessen Eigentum der Käufer mit dem Erwerb des Anteils beteiligt werden möchte.

(1) Kauf von Wohnungseigentum wird auch als Sachkauf behandelt

Der Kauf einer Eigentumswohnung - nach § 1 II WEG das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Grundstück - wird allgemein unausgesprochen als Sachkauf angesehen.

Auch der BGH geht, ohne die Frage zu problematisieren, davon aus, dass es sich hierbei um einen (mit Elementen eines Rechtskaufs versehenen) Sachkauf handelt.¹³

9 Wohnungseigentumsgesetz, abgedruckt im Schönfelder unter Ordnungsnummer 37.

10 Greiner, NZM 2017, 713 (716); Pause, NZBau 2017, 22 (25).

11 Vgl. BeckOK, WEG, [Stand: 01.02.2020], § 10 Rn. 720a.7; Bub/Bernhard, FD-MietR 2016, 377317; Cramer/Cziupka, RNotZ 2016, 289 (292); Dötsch, ZWE 2016, 315 (317); Häublein, ZfIR 2015, 805 (806); Vogel, ZWE 2016, 442 (446).

12 BGH, NJW 2015, 2874 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2016, 1575 ff. = jurisbyhemmer.

13 BGH, NJW 2015, 2874 ff. = jurisbyhemmer.

Ebenso wird der Kauf eines Grundstücks durch mehrere Erwerber, die daran Bruchteilseigentum erwerben wollen, soweit ersichtlich, einhellig als Sachkauf angesehen.

(2) Kauf von Miteigentumsanteil umstritten

Umstritten ist, ob das auch für den Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem bebauten, nicht in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück gilt.

- Teilweise wird hierin ein Rechtskauf gesehen.¹⁴
- Nach anderer Auffassung liegt zwar ein Rechtskauf vor; er sei aber wie ein Sachkauf zu behandeln.¹⁵
- Nach einer dritten Meinung ist der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ein Sachkauf.¹⁶

(3) Ansicht des BGH: Kauf von Miteigentumsanteil ist Sachkauf

Der BGH entscheidet die Streitfrage dahingehend, dass es sich beim Kauf eines Miteigentumsanteils um einen Sachkauf handelt.

Das Recht des Miteigentümers nach Bruchteilen ist nicht etwa ein neben dem Eigentum stehendes und dieses belastendes Bruchteilrecht. Es ist vielmehr in seinem Wesen dem Sacheigentum gleichartig, also Eigentum und ein selbständiges Recht in gleicher Art wie das Recht als Ganzes.¹⁷

Wer einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück erwirbt, erwirbt deshalb nicht ein beschränktes dingliches Recht am Grundstück, sondern eine Beteiligung am Eigentum und am (Eigen-) Besitz an dem Grundstück.

Der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück unterliegt daher unmittelbar den Regelungen über den Sachkauf.

Bezugspunkt etwaiger Nacherfüllungsansprüche ist deshalb kein Recht, sondern das Grundstück, dessen Miteigentümer der Erwerber werden will.

bb) Inhalt des Erfüllungsanspruches des Käufers

Da der Kauf eines Miteigentumsanteils damit als Sachkauf anzusehen ist, steht dem Käufer eines Miteigentumsanteils nach § 433 I S. 2 BGB ein Anspruch darauf zu, dass das Grundstück insgesamt frei von Sach- und Rechtsmängeln ist.

Danach bestimmt sich auch der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs, bei dem es sich um den modifizierten ursprünglichen Erfüllungsanspruch handelt.

4. Mängelreede nach § 320 I BGB setzt einen behebbaren Mangel voraus

Ist die Kaufsache, wie hier zu unterstellen ist, mangelhaft, steht dem K gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Beseitigung der Mängel und damit grds. die Mängelreede nach § 320 I BGB zu.

Der Mängelreede des K könnte entgegenstehen, dass dem V die Nacherfüllung subjektiv unmöglich ist, § 275 I Var. 1 BGB (sog. „Unvermögen“).

Der Verkäufer kann seiner Nacherfüllungspflicht in aller Regel nur nachkommen, wenn der Käufer daran mitwirkt. Deshalb trifft den Käufer eine Obliegenheit, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Sie beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern erfasst z.B. auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zur Verfügung zu stellen.¹⁸

Beim Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück trifft den Käufer die Obliegenheit, dem Verkäufer nicht nur selbst Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, sondern auch dafür zu sorgen, dass die anderen Miteigentümer der Durchführung der Maßnahmen, soweit erforderlich, zustimmen.

Soweit es sich um zur Erhaltung des Gegenstands notwendige Maßregeln i.S.d. § 744 II BGB oder um eine Maßnahme der Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands handelt, die i.S.v. § 745 II BGB dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entspricht, müssen sich die anderen Miteigentümer auch an der Finanzierung

14 Palandt, BGB, 79. Auflage, § 453 Rn. 4.

15 OLG Hamm, DB 1985, 2400 f. = jurisbyhemmer.

16 OLG Köln, WM 1990, 1082 (1084); MüKo, BGB, 8. Aufl., § 433 Rn. 12 a.E.; Staudinger, BGB [2014], § 433 Rn. 9.

17 BGHZ 36, 365 (368) = jurisbyhemmer; MüKo, BGB, 8. Aufl., § 1008 Rn. 1.

18 BGH, NJW 2010, 1448 ff. = jurisbyhemmer.

der Maßnahme entsprechend ihren Miteigentumsanteilen beteiligen.

Wenn es dem Verkäufer nicht oder dem Käufer nur im Wege der Klage gelingen könnte, die übrigen Miteigentümer dazu zu bewegen, den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen zuzustimmen und die dafür entstehenden Kosten entsprechend ihrem Miteigentumsanteil zu tragen, wird der Verkäufer gemäß § 275 I Var. 1 BGB von seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung frei. Dem zur Nacherfüllung bereiten Verkäufer kann nämlich nicht zugemutet werden, die Entscheidung eines solchen Rechtsstreits abzuwarten.

Da A als zweiter Miteigentümer aber bereit wäre, den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen zuzustimmen und die entstehenden Kosten entsprechend seinem Miteigentumsanteil zu tragen, ist dem V die Nacherfüllung nicht i.S.d. § 275 I Var. 1 BGB unmöglich.

Ergebnis: Wegen des behebbaren Mangels steht dem K die Mängelreede des § 320 BGB zu.

V konnte daher nicht wegen der Nichtzahlung des Kaufpreises vom Vertrag zurücktreten, da die Kaufpreisforderung wegen der Mängelreede nach § 320 I BGB nicht durchsetzbar war.

Die Mängelreede stand dem K auch zu, bevor er die Mängel geltend gemacht bzw. konkretisiert hat. Schon alleine das Bestehen der Einrede des § 320 I BGB schließt die Durchsetzbarkeit der Zahlungsverpflichtung des K und damit einen auf das Ausbleiben der Zahlung trotz entsprechender Fristsetzung gestützten Rücktritt des V aus. Dies gilt auch für das aus § 320 I BGB folgende Recht des K, die Mängelreede zu erheben.

Der Käufer darf sogar bei geringfügigen Mängeln nicht nur einen zur Mängelbeseitigung erforderlichen Teilbetrag des Kaufpreises, sondern den Kaufpreis insgesamt zurückhalten.¹⁹ Das gilt erst recht bei erheblichen Mängeln, deren Vorhandensein hier zu unterstellen ist.

Ein Sachgrund, dem Käufer dieses Recht zu verwehren, weil der Mangel der Sache nicht schon bei der Übergabe des Grundstücks, sondern erst danach bemerkt wird, ist nicht erkennbar.

Der Käufer darf daher den Kaufpreis auch dann insgesamt zurückhalten, wenn ein Mangel der Sache erst nach der Übergabe bemerkt wird.²⁰

IV. Endergebnis

Der Rücktritt des V war mangels Fälligkeit des Kaufpreisanspruches unwirksam.

D) Kommentar

(mty). Die Entscheidung des BGH zur Rechtsnatur des Kaufs eines Miteigentumsanteils bringt endlich Klarheit.

Die Argumentation des BGH, insbesondere der Vergleich mit dem Kauf von Wohnungseigentum, ist überzeugend. Dass der Verkäufer alleine beim Bestehen der Einrede des nicht bzw. nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB wegen der Nichtzahlung des Kaufpreises nach § 323 I BGB vom Vertrag zurücktreten kann, ist ein absoluter Klassiker, der die Examensrelevanz dieses Urteils natürlich erhöht.

Anmerkung: Der BGH hat in seiner Urteilsbegründung noch ausführlich erläutert, dass die zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages entwickelten Grundsätze auch für die Mängelreede gelten.

Dies begründet der BGH vor allem damit, dass der Nacherfüllungsanspruch kein besonderer, durch die mangelhafte Lieferung ausgelöster Anspruch sei, der gesondert geltend gemacht werden muss. Es handle sich vielmehr um den „modifizierten“ ursprünglichen Erfüllungsanspruch, der sich nach erfolgter Lieferung auf den noch ausstehenden Leistungsrest, nämlich die Herstellung der Mangelfreiheit reduziert und vor allem von der Lieferung an einer kürzeren Verjährungsfrist unterstellt wird. An dem Charakter des Anspruchs als Leistungsanspruch und daran, dass er den ursprünglichen Leistungsanspruch nur fortsetzt, ändert die Lieferung und Übergabe der Sache nichts.

Der BGH zieht hier einen Vergleich zur alten Rechtslage und zieht auch Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform heran, die in einer Klausur aber niemanden interessieren und daher hier weggelassen wurden.

Nach Ansicht des BGH führt die Mängelreede des Käufers auch nicht zu einem Schwebezustand, der den Verkäufer über Gebühr belastet. Denn auch die Einrede aus § 320 BGB steht unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben.

So kann etwa der Mieter wegen eines Mangels der Wohnung, von dem der Vermieter keine Kenntnis hat, ein Zurückbehaltungsrecht erst an den Mieten geltend machen, die fällig werden, nachdem der Mieter dem Vermieter den Mangel

¹⁹ BGH, Life&Law 04/2017, 229 ff. = NJW 2017, 1100 ff. = jurisbyhemmer.

²⁰ Palandt, BGB, 79. Aufl., § 320 Rn. 9 f.

angezeigt hat.²¹

Dieser Gedanke lässt sich zwar wegen der Einmaligkeit des Leistungsaustauschs nicht ohne weiteres auf das Kaufrecht übertragen. Aber auch beim Kauf steht die Einrede aus § 320 BGB unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben. Sie steht einer Partei des Kaufvertrages etwa dann nicht zu, wenn sie deutlich gemacht hat, dass sie nicht am Vertrag festhalten will.²²

Aber auch eine Kaufvertragspartei, die an dem Vertrag festhalten will, darf die Einrede aus § 320 BGB nicht dazu einsetzen, die Rechte der anderen Vertragspartei zu vereiteln. Das gilt gleichermaßen für die Mängelinrede.

Sie entfällt daher, wenn der Käufer innerhalb einer ihm dazu von dem Verkäufer gesetzten angemessenen Frist die von ihm geltend gemachten Mängel nicht konkretisiert und sich auch nicht für eines der ihm zustehenden Mängelrechte entscheidet; dies folgt aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens.²³

E) hemmer-background

In diesem Urteil findet sich ein obiter dictum des BGH, welches eine besondere Betrachtung im **hemmer-background** verdient.

Konkret geht es um folgende Frage: Hätte dem Käufer die Mängelinrede des § 320 BGB auch dann zugestanden, wenn dem Verkäufer die Nacherfüllung subjektiv unmöglich gewesen wäre?

Geht es um unbehebbar Mängel, ist diese Frage problematisch, weil § 320 BGB dann wegen § 275 I BGB nicht eingreift und § 326 I S. 2 BGB die Einwendung gem. § 326 I S. 1 BGB nach der Übergabe ausschließt.

Ob dem Käufer dennoch eine „Mängelinrede“ zusteht, ist in der Literatur sehr umstritten.

I. Nach e.A. steht dem Käufer analog § 438 IV S. 2, V BGB eine Einrede zu

In der Literatur wird teilweise dafür plädiert, dem Käufer auch bei unbehebbar Mängeln eine Einrede zuzugestehen, die bis zum Ablauf der Fristen des § 438 BGB bestehen soll. Dies wird mit einer „Erst-recht-Analogie“ zu § 438 IV S. 2, V BGB begründet, der nach Verjährung des Anspruches auf Nacherfüllung dem Käufer das Recht gewährt, die Kaufpreiszahlung zu verweigern.²⁴

II. Nach h.L. besteht vor Verjährung keine Einrede

Nach überwiegender Ansicht in der Literatur besteht vor Verjährung des Nacherfüllungsanspruches keine Einrede.²⁵

Hierfür spricht, dass der Käufer die Möglichkeit zum Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V BGB bzw. zur Minderung ohne vorherige Fristsetzung hat. Es kann ihm daher zugemutet werden, sich zu entscheiden: Entweder er tritt zurück bzw. mindert, oder er hat den Kaufpreis zu entrichten.

Dafür spricht, dass auch bei anderen Gestaltungsrechten - wie z.B. der Anfechtung - die Leistung nicht mit dem Hinweis auf die Anfechtbarkeit verweigert werden kann. Der Schuldner kann nur anfechten oder eben nicht.

Nach dieser Auffassung wäre dem Käufer bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung vor Verjährung/ Ausschluss der Mängelrechte die Mängelinrede zu versagen.

III. Mittelmeinung schlägt Kompromiss über § 242 BGB vor

Als „Kompromiss“ wird vorgeschlagen²⁶, dass der Verkäufer rechtsmissbräuchlich handelt, wenn er dem Käufer nicht eine angemessene Frist zur Ausübung der Mängelrechte einräumt.

Diese Ansicht übersieht jedoch, dass der Käufer sich nicht „sofort“ entscheiden muss. Sollte der Käufer nicht zahlen

21 BGH, NJW-RR 2011, 447 f. = jurisbyhemmer.

22 BGH, NJW-RR 2013, 1458 ff. = jurisbyhemmer.

23 BGH, NJW 2010, 1272 ff. = jurisbyhemmer.

24 Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kapitel 13, Rn. 153.

25 Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 501; Lorenz, NJW 2002, 2497 - 2505 (2498, Fn. 13).

26 Hofmann/Pammler, „Die Mängelinrede beim Kauf – die Lage nach der Schuldrechtsreform“, in ZGS 2004, 293 [296]

wollen, so muss doch der Verkäufer aktiv werden und den Käufer beispielsweise verklagen. Bis zur letzten mündlichen Verhandlung vergeht aber eine geraume Zeit, sodass in der Praxis der Käufer ab Vertragsschluss in der Regel immer über ein Jahr Zeit haben wird, sich für die Auswahl seiner Rechte zu entscheiden.

Die verlängerte Frist für die Geltendmachung der Mängelrechte hat auch nicht den Sinn, dass der Käufer zwei Jahre lang überlegen können soll, welche Rechte er ausübt, sondern dass der Käufer davor geschützt wird, in Unkenntnis des Mangels seine Rechte zu schnell zu verlieren. Von einem Käufer, der vom Mangel Kenntnis hat, kann auch erwartet werden, dass er sich für eines seiner Mängelrechte entscheidet.

IV. „Obiter dictum“ des BGH: Käufer hat Mängelreede auch bei Unmöglichkeit

Der BGH löst diese Frage aus dem Blickwinkel der Wirksamkeit des Rücktritts des Verkäufers wegen der Nichtzahlung des Kaufpreises.

Der BGH führt dazu bei der Frage der subjektiven Unmöglichkeit der Nacherfüllung Folgendes aus:

„Ein solches Unvermögen des Klägers hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Für die Wirksamkeit seines Rücktritts kommt es hierauf aber nicht an.“

Im weiteren Verlauf der Urteilsbegründung nimmt der BGH zu Auswirkungen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung Stellung.

Diese führt nicht zu einem teilweisen Erlöschen der Kaufpreiszahlungspflicht nach §§ 326 I S. 1 HS 2, 441 III BGB. Diese Regelung gilt nämlich nach § 326 I S. 2 BGB nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 I-III BGB nicht zu erbringen braucht.

Mit dieser differenzierenden Regelung wollte der Gesetzgeber - so der BGH - dem Umstand Rechnung tragen, dass die gesetzliche Teilbefreiung nur bei der Teilleistung im voraussichtlichen Interesse des Gläubigers liegt, der Rücktritt indessen in § 437 Nr. 2, § 441 BGB als ein fakultativer Rechtsbehelf ausgestaltet ist.

Dem möglichen Interesse des Käufers, sich von dem Vertrag zu lösen, sollte das Rücktrittsrecht nach § 326 V BGB Rechnung tragen.

Der Käufer ist deshalb im Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung nach § 326 V BGB zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt.

Diese Rücktrittsberechtigung führt - vorbehaltlich der im Kommentar beschriebenen Obliegenheit des Käufers zur Konkretisierung der geltend gemachten Mängel - **zum Fortbestand der Mängelreede**. Der Ausschluss einer gesetzlichen Befreiung von der Gegenleistung bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung dient dazu, dem Gläubiger der Sachleistung, beim Kaufvertrag also dem Käufer, das an sich bestehende Wahlrecht zwischen den einzelnen Rechtsbehelfen zu erhalten. Gäbe es die Regelung in § 326 I S. 2 BGB nicht, träte in solchen Fällen nämlich kraft Gesetzes eine Minderung ein, auch wenn der Käufer eigentlich einen anderen Rechtsbehelf wählen möchte. Dieses Ergebnis soll mit den Regelungen in § 326 I S. 2, V BGB vermieden werden.

Das lässt sich aber nur erreichen, wenn - vorbehaltlich der beschriebenen Obliegenheit zur Konkretisierung der Mängel - **bis zum Rücktritt bzw. dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung** (vgl. § 281 IV BGB) **auch die Mängelreede gilt**.

hemmer-Methode: Diese Ansicht des BGH ist so pauschal nicht überzeugend. Der BGH erklärt auch überhaupt nicht, worauf er diese „Mängelreede“ stützen möchte. § 320 BGB ist bei Unmöglichkeit unvertretbar.

Richtig an den Ausführungen des BGH ist aber, dass der Verkäufer wegen der Nichtbezahlung des Kaufpreises nicht vom Vertrag nach § 323 I BGB zurücktreten darf, wenn der Käufer gem. §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB zurücktreten bzw. gem. §§ 437 Nr. 2, 441 I, 326 V BGB mindern kann und er die Mängel gegenüber dem Verkäufer auch konkretisiert hat.

Dies lässt sich auch mit § 242 BGB begründen, wonach es treuwidrig wäre, das Wahlrecht des Käufers dadurch zu umgehen, dass der Verkäufer nach § 323 I BGB zurücktritt.

Es bleibt spannend, wie die Literatur zu diesem Urteil des BGH Stellung nehmen wird.

F) Wiederholungsfrage

- Welche Rechtsnatur hat der Kauf eines Miteigentumsanteils?

Nach Ansicht des BGH handelt es sich beim Kauf eines Miteigentumsanteils um einen Sachkauf.

Das Recht des Miteigentümers nach Bruchteilen ist nicht etwa ein neben dem Eigentum stehendes und dieses belastendes Bruchteilrecht. Es ist vielmehr in seinem Wesen dem Sacheigentum gleichartig, also Eigentum und ein selbständiges Recht in gleicher Art wie das Recht als Ganzes. Wer einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück erwirbt, erwirbt deshalb nicht ein beschränktes dingliches Recht am Grundstück, sondern eine Beteiligung am Eigentum und am (Eigen-) Besitz an dem Grundstück.

Der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück unterliegt daher unmittelbar den Regelungen über den Sachkauf. Bezugspunkt etwaiger Nacherfüllungsansprüche ist deshalb kein Recht, sondern das Grundstück, dessen Miteigentümer der Erwerber werden will.

- **Welche Rechtsfolge hat das Bestehen der MängelEinrede?**

Wegen der MängelEinrede nach § 320 I BGB ist die Kaufpreisforderung nicht durchsetzbar und damit nicht fällig.

Die MängelEinrede stand dem Käufer auch zu, bevor er die Mängel geltend gemacht bzw. konkretisiert hat. Alleine das Bestehen der Einrede des § 320 I BGB schließt die Durchsetzbarkeit der Zahlungsverpflichtung des Käufers und damit einen auf das Ausbleiben der Zahlung trotz entsprechender Fristsetzung gestützten Rücktritt des Verkäufers aus.

G) Zur Vertiefung

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

- Hemmer/Wüst, BGB-AT III, Rn. 727 ff.

Die MängelEinrede des Käufers

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 256 ff.