

BGH, Urteil vom 19.11.2021, V ZR 104/20 = [juris](#)[byhemmer](#)

1 Unerheblicher Rechtsmangel: Trotzdem komplettes Leistungsverweigerungs- recht aus § 320 I BGB!

+++ Behebbarer und unerheblicher Mangel +++ Verweigerung der Kaufpreiszahlung gem. § 320 BGB +++ §§ 433, 311b, 435, 320 BGB +++

Sachverhalt (abgewandelt): V verkauft im Jahr 2011 mit notariellem Vertrag ein Grundstück an K. Dabei handelt es sich um einen Skihang mit einem daneben befindlichen Hotelgebäude. Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises war u.a. die Löschung der in Abteilung II. und III. des Grundbuchs eingetragenen, vom Käufer nicht zu übernehmenden Belastungen. Das Grundstück wurde noch im Lauf des Jahres 2011 an K übergeben.

Im Jahr 2014 kam es zur Eintragung eines Wegerechts zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Nachbargrundstücks. Dieses hatte V dem Eigentümer N des Nachbargrundstücks zugesagt. Ende 2014 wurde K als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, die Belastungen in Abteilungen II. und III. wurden – abgesehen von dem 2014 neu eingetragenen Wegerecht – gelöscht. K verlangt von V die sofortige Löschung auch dieses Wegerechts.

V begehrt die Zahlung des Kaufpreises, da die eingetragenen Rechte gelöscht worden seien. K erwidert, auch das 2014 eingetragene Wegerecht müsse zunächst gelöscht werden. V meint, das berechnete K aber jedenfalls nicht, den kompletten Kaufpreis einzubehalten. Schließlich sei er ja Eigentümer geworden und könne das Grundstück bereits nutzen.

Besteht ein durchsetzbarer Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises? Es ist zu unterstellen, dass N bereit wäre, der Aufhebung des Wegerechts gegen Zahlung eines angemessenen Geldbetrages zuzustimmen, der ca. 10 % des Kaufpreises betragen würde.

A) Sounds

1. Weist die Kaufsache einen behebbaren Mangel auf, ist der Käufer grds. selbst dann berechtigt, gem. § 320 I BGB die Zahlung des Kaufpreises insgesamt zu verweigern, wenn es sich um einen geringfügigen Mangel handelt.

2. Etwas anderes gilt evtl. dann, wenn sich aus besonderen Umständen ergibt, dass das Zurückbehaltungsrecht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise ausgeübt wird.

Die Vorschrift setzt einen erfüllbaren Gegenanspruch voraus.

In diesem Fall ist der Käufer aber auch nicht schutzwürdig, weil er bei unmöglicher Nacherfüllung ohne Fristsetzung gem. §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 326 V, 323 I BGB vom Vertrag zurücktreten oder gem. §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 I, 326 V, 323 I BGB den Kaufpreis mindern kann. Er hat also die Wahl, ob er sich von der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung durch Gestaltenserklärung vollständig oder teilweise befreit.

B) Problemaufriss

Der Fall kreist um die Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang der Käufer die Kaufpreiszahlung gem. § 320 I BGB verweigern kann, wenn der Kaufgegenstand mangelhaft ist. Für die Beurteilung dieser Frage sind verschiedene Faktoren maßgeblich. Zunächst einmal ist die Frage zu klären, ob der Mangel behebbar ist. Ist die Nacherfüllung unmöglich, besteht kein (modifizierter) Erfüllungsanspruch des Käufers (mehr), so dass § 320 I BGB nicht anwendbar ist.

hemmer-Methode: Umstritten ist, ob dem Käufer in dieser Phase bis zur Ausübung eines Gestaltungsrechts ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen sollte. Eine gesetzliche Bestimmung fehlt für diesen Fall. Der BGH hat gleichwohl – ohne konkrete dogmatische Begründung – eine Einrede gewährt. Überzeugender erscheint es demgegenüber, dem Käufer nach § 242 BGB eine angemessene Überlegungszeit einzuräumen, um sich zwischen Rücktritt und Minderung zu entscheiden.

Ist die Nacherfüllung möglich, der Nacherfüllungsanspruch allerdings verjährt, bleibt zwar wegen § 215 BGB die Einrede aus § 320 I BGB erhalten. Jedoch steht in diesem Fall dem Käufer die Mängelreue gem. § 438 IV S. 2 BGB (als „lex specialis“ zu § 320 BGB) zu.

hemmer-Methode: Das Gesetz stellt dadurch eine „Waffengleichheit“ her, da für den Käufer die kurze Verjährungsfrist des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 438 I Nr. 3 BGB gilt, während für den Anspruch aus § 433 II BGB die Regelverjährung der §§ 195, 199 BGB läuft.

Diese Gefahr besteht im vorliegenden Fall nicht, da es um einen Rechtsmangel i.S.d. § 438 I Nr. 1 b) BGB geht. § 438 IV S. 2 BGB ist in diesen Fällen bedeutungslos, so dass – soviel kann gesagt werden – § 320 BGB die maßgebliche Einrede im vorliegenden Fall sein wird.

Eine weitere erforderliche Differenzierung ist die zwischen einem erheblichen und einem unerheblichen Mangel. Liegt ein erheblicher Mangel vor, der es dem Käufer letztlich vorübergehend unmöglich macht, die Kaufsache überhaupt vertragsgemäß nutzen zu können, besteht unstreitig ein Totalverweigerungsrecht: Der vollständige Kaufpreis ist nur Zug-um-Zug gegen Behebung des Mangels zu leisten.

Was aber gilt, wenn der behebbare Mangel unerheblich ist? Sollte dann zumindest ein Teil des Kaufpreises einrededfrei geschuldet sein? Gilt dann § 320 II BGB?

hemmer-Methode: Aufhänger für diese Fragestellung könnte in der Klausur auch das Verzugsrecht sein. Verzug setzt die Einrededfreiheit des Anspruchs voraus. Würde man den § 320 BGB also auf einen Teil des Kaufpreises beschränken, läge im Übrigen ein durchsetzbarer Anspruch vor: Der Weg wäre insoweit frei für den Verzugsseintritt.

Bereits im Jahr 2016 hatte der BGH diese Frage bzgl. eines unerheblichen Sachmangels entschieden.¹

§ 320 BGB will dem Käufer ein Druckmittel an die Hand geben, um den Verkäufer zeitnah dazu zu bewegen, den Mangel zu beheben. Würde man § 320 BGB auf einen unerheblichen Teil des Kaufpreises beschränken, würde dieses Druckmittel seiner eigentlichen Funktion nicht mehr gerecht werden können. Nur ausnahmsweise kann der Einbehalt des vollen Kaufpreises treuwidrig sein.

Mit dieser Entscheidung überträgt der BGH seine Rechtsprechung auf den Rechtsmangel.

¹ BGH, Life&LAW 04/2017, 229 ff. = jurisbyhemmer.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob dem V gegen K ein durchsetzbarer Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für das mittlerweile übereignete Grundstück aus § 433 II BGB zusteht.

I. Anspruch aus § 433 II BGB

Voraussetzung wäre, dass der Anspruch entstanden, nicht wieder entfallen und durchsetzbar ist.

1. Anspruch entstanden, nicht erloschen

V und K haben einen wirksamen Grundstückskaufvertrag geschlossen; insbesondere ist dieser nicht formnichtig gem. § 125 S. 1 BGB, da die Form des § 311b I S. 1 BGB gewahrt wurde.

Rechtsvernichtende Einwendungen sind nicht ersichtlich. Auch wenn K nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung vom Vertrag zurücktreten könnte, hat er jedenfalls den Rücktritt vorliegend noch nicht erklärt.

hemmer-Methode: Das Verlangen nach sofortiger Mängelbeseitigung stellt nach ganz h.M. trotz der unbestimmten Ausdrucksweise eine Fristsetzung dar.² Von der Frage der Fristsetzung zu trennen ist die Frage, ob im Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts auch eine angemessene Zeit verstrichen ist. Das hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

2. Durchsetzbarkeit, § 320 I S. 1 BGB

Fraglich ist, ob der Zahlungsanspruch des V auch durchsetzbar ist. Problematisch ist, dass dem K hinsichtlich des eingetragenen Wegerechts ein Nacherfüllungsanspruch zustehen könnte. Möglicherweise kann die Zahlung daher nur Zug-um-Zug gegen Beseitigung des Wegerechts verlangt werden, §§ 320 I S. 1, 322 I BGB.

hemmer-Methode: Die Einrede des § 320 I S. 1 BGB besteht nur dann, wenn der Schuldner nicht vorleistungspflichtig ist.

Dies wird im Hinblick auf die Begleichung des Kaufpreises bei Grundstückskaufvertrag regelmäßig vereinbart:

² Vgl. BGH, Life&LAW 06/2020, 367 (374 f.) = jurisbyhemmer. Beim Verbrauchsgüterkauf ist für die Behebung eines Mangels überhaupt keine Fristsetzung erforderlich; § 475d I Nr. 1 BGB macht die Fristsetzung entbehrlich, wenn eine angemessene Frist abgelaufen ist, die durch Unterrichtung vom Mangel in Gang gesetzt wird, vgl. Hemmer/Wüst/Tyroller/d'Alquen, Das Neue Schuldrecht 2022, Rn. 52 ff.

Die Kaufpreiszahlung (nach Eintragung einer Vormerkung) ist danach oft Voraussetzung für die Erteilung der Bewilligung des Verkäufers zur Eintragung des Käufers als neuer Eigentümer im Grundbuch. Vorliegend kann von einer Vorleistungspflicht jedoch nicht ausgegangen werden, da die Fälligkeit des Kaufpreises davon abhängen sollte, dass die eingetragenen Rechte in Abteilungen II. und III. gelöscht werden.

a) Bestehender, durchsetzbarer Gegenanspruch auf Mängelbeseitigung

Voraussetzung für die Einrede aus § 320 I S. 1 BGB wäre das Bestehen eines fälligen und durchsetzbaren Gegenanspruchs des K gegen V.

In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB i.V.m. § 435 BGB. Der Nacherfüllungsanspruch ist der modifizierte Erfüllungsanspruch aus § 433 I S. 1 BGB und nimmt genau wie dieser am vertraglichen Synallagma des Kaufvertrages teil. Voraussetzung hierfür wäre die Mangelhaftigkeit der Kaufsache. In Betracht kommt vorliegend allenfalls ein Rechtsmangel gem. § 435 BGB. Danach ist die Kaufsache rechtsmangelfrei, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können.

Das Wegerecht war im Kaufvertrag nicht übernommen worden. Aus dem Umstand, dass im Kaufvertrag die Löschung der in Abteilungen II. und III. bereits eingetragenen Rechte geregelt war, kann nicht der Umkehrschluss abgeleitet werden, dass K andere Rechte übernehmen würde.

Fraglich ist jedoch, auf welchen Zeitpunkt es für die Haftung ankommt.

Die Sachmängelhaftung greift nur dann ein, wenn die Sache bei Gefahrübergang nicht den Anforderungen des § 434 I BGB genügt. Gefahrübergang ist dabei in aller Regel die Übergabe der Kaufsache, § 446 S. 1 BGB. § 435 BGB normiert demgegenüber keinen Zeitpunkt, der für die Beurteilung der Mängelhaftung maßgeblich sein soll. Würde es gleichwohl auch hier auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs ankommen, läge kein Rechtsmangel vor, für den V einstandspflichtig wäre. Denn die Übergabe erfolgte bereits im Jahr 2011. Die Eintragung des Wegerechts fand jedoch erst im Jahr 2014 statt.

Nach h.M. kommt es für die Rechtsmängelhaftung nicht auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs, sondern auf den Zeitpunkt an, in dem sich der Eigentumserwerb vollzieht, da sich erst dann entscheidet, ob der Käufer die Inanspruchnahme durch einen Dritten befürchten muss.³

³ H.M., vgl. etwa Grüneberg, § 435, Rn. 7; MüKo, § 435 Rn. 6. Das gilt nach überwiegend vertretener Ansicht auch

hemmer-Methode: Die Rechtsmangelhaftigkeit würde auch dann nicht entfallen, wenn der Anspruch des K auf Übereignung durch eine Vormerkung gesichert worden wäre. Dann wäre zwar die Bestellung des Wegerechts eine vormerkungswidrige Verfügung i.S.d. § 883 II BGB, die es dem K erlauben würde, gem. § 888 I BGB selbst gegen N vorzugehen. Das würde an der Haftung des V für diesen Rechtsmangel jedoch nichts ändern.

Deswegen muss der Verkäufer, sofern nichts anderes vereinbart ist, einen Rechtsmangel der verkauften Sache auch erst im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs beseitigen, um der Mängelhaftung auszuweichen.⁴

Da N auch bereit wäre, der Aufhebung des Wegerechts zuzustimmen, ist die Nacherfüllung auch nicht unmöglich, gem. § 275 I BGB.⁵

Zwischenergebnis: Dem K steht ein Gegenanspruch auf Beseitigung des zugunsten des N eingetragenen Wegerechts aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB gegen V zu, sodass er nur Zug-um-Zug gegen Erfüllung dieses Anspruchs den Kaufpreis zahlen muss, §§ 320 I, 322 I BGB.

b) Besteht § 320 I S. 1 BGB hinsichtlich des gesamten Kaufpreises?

Fraglich ist jedoch, ob K die Begleichung des kompletten Kaufpreises verweigern kann, oder ob sich § 320 I S. 1 BGB auf einen (angemessenen) Teil des Kaufpreises beschränkt. Hindert das Recht des Dritten den Käufer in vollem Umfang an der Nutzung des Grundstücks, kann der Kaufpreis vollständig zurückgehalten werden.

Vorliegend kann K jedoch das Grundstück in vollem Umfang benutzen; es spricht nichts dafür, dass die Ausübung des Wegerechts durch N den K vollständig an der Nutzung hindern würde. Im Gegenteil ist eher davon auszugehen, dass die Beeinträchtigung nur gering ist, da ein Wegerecht typischerweise nur sporadisch zum Anlass genommen wird, bestimmte Teilflächen des Grundstücks zu überfahren.

bei beweglichen Sachen. Das bedeutet, dass beim Eigentumsvorbehalt der Zeitpunkt des Bedingungseintritts (= vollständige Begleichung des Kaufpreises) maßgeblich ist.

⁴ BGH, NJW-RR 2003, 1318 f. = [jurisbyhemmer](#).

⁵ Läge ein Fall der unmöglichen Nacherfüllung vor, müssten Sie bei den rechtsvernichtenden Einwendungen § 326 I S. 1 BGB prüfen. Im Ergebnis wäre die Norm gem. § 326 I S. 2 BGB nicht einschlägig, weil das automatische Entfallen des Anspruchs auf die Gegenleistung nicht interessengerecht wäre, wenn „nur“ die Nacherfüllung unmöglich ist. Für diesen Fall hat nämlich der Käufer die Wahl, ob er gem. § 437 Nr. 2 BGB vom Vertrag zurücktritt oder nur mindert. Im letzteren Fall würde der Anspruch auf Kaufpreiszahlung nur teilweise entfallen. Ein automatisches Entfallen des Anspruchs auf die Gegenleistung würde dieses Wahlrecht unterlaufen.

Zu klären ist daher, in welchem Umfang die Zahlung verweigert werden kann, wenn der Mangel unerheblich ist. Die Vorschrift des § 320 BGB verfolgt einen doppelten Zweck; sie will dem Gläubiger den Anspruch auf die Gegenleistung sichern und ihm ermöglichen, Druck auf den Schuldner auszuüben, um ihn zu vertragsgemäßer Leistung anzuhalten.⁶ In welchem Umfang die Gegenleistung noch aussteht, ist hierfür unerheblich, so dass der Schuldner seine Leistung grundsätzlich voll zurückhalten kann, auch wenn die Gegenleistung bereits teilweise erbracht worden ist. Nur ausnahmsweise kann es **bei Geringfügigkeit der Pflichtverletzung des Verkäufers** treuwidrig sein, sich in vollem Umfang auf § 320 BGB zu berufen. Diese Wertung ergibt sich aus dem für Teilleistungen geltenden § 320 II BGB. Indes macht auch diese Vorschrift klar, dass es selbst bei Teilleistungen grundsätzlich bei einem vollständigen Leistungsverweigerungsrecht bleibt und nur im Falle der Treuwidrigkeit anderes gelten kann.

c) Keine Ausnahme aus Gründen von Treu und Glauben, § 242 BGB

Gemessen an diesen Grundsätzen kann K vorliegend in vollem Umfang die Zahlung verweigern.

hemmer-Methode: Beachten Sie, dass die Ausnahme nur bei unerheblichen Pflichtverletzungen in Betracht kommt. In diesem Zusammenhang ist die Kenntnis der Rechtsprechung zur Erheblichkeitsprüfung im Rahmen des § 323 V S. 2 bzw. § 281 I S. 3 BGB von Bedeutung. Sofern der Mangel auf dem Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung beruht (§ 434 I Var. 1, II S. 1 Nr. 1 BGB), indiziert dies die Erheblichkeit.⁷ Dies gilt auch dann, wenn der (ggfs. objektiv geringfügige) Mangel arglistig verschwiegen wurde.⁸

Da vorliegend weder eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen worden war noch (jedenfalls nicht nachweisbar) ein arglistiges Verschweigen des V angenommen werden kann, ist eine Gesamtabwägung der Umstände vorzunehmen. Dabei fällt zu Lasten des V ins Gewicht, dass er selbst den Mangel herbeigeführt hat. Mag ihm auch bei Abschluss des Kaufvertrages mit K nicht mehr Erinnerung gewesen sein, sich ggfs. bereits zur Bestellung des Wegerechts verpflichtet zu haben, muss der Vorwurf gleichwohl als schwerwiegend bezeichnet werden.

Eine Geringfügigkeit lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass der Inhaber des Wegerechts bereit wäre, dieses für die Zahlung einer Ablöse von ca. 10 % des Kaufpreises zur Löschung zu bringen.

⁶ BGH, *Life&LAW* 04/2017, 229 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁷ BGH, *NJW* 2013, 1365 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁸ BGH, *Life&LAW* 07/2006, 439 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Der BGH geht im Rahmen der Mängelbeseitigung insoweit von Unerheblichkeit aus, wenn die Kosten weniger als 5 % des Kaufpreises betragen.⁹ Eine Begründung dafür, warum das im vorliegenden Fall sogar bei 10 % angenommen werden sollte, liefert V nicht. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Geringfügigkeit bei V liegt, denn grundsätzlich besteht die Einrede des § 320 I S. 1 BGB in vollem Umfang. Möchte der Verkäufer auf die Einschlägigkeit der Ausnahme hinaus, muss er Umstände darlegen, aus denen sich die Geringfügigkeit ergibt.

II. Endergebnis

V hat gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Behebung des Rechtsmangels, §§ 320 I S. 1, 322 BGB. Die Einrede betrifft den Kaufpreis in voller Höhe.

D) Kommentar

(cda). Der BGH führt seine Rechtsprechung zur Einrede aus § 320 I BGB bei mangelhafter Leistung überzeugend fort und dehnt sie auch auf den behebbaren Rechtsmangel aus. Das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 I S. 1 BGB würde seinen Sinn und Zweck verfehlen, wenn es nur in einem dem Umfang der Mangelhaftigkeit entsprechenden Umfang bestünde. Auf den Verkäufer könnte nicht genügend Druck ausgeübt werden, sich um die Mängelbeseitigung zu kümmern. Dies macht der vorliegende Fall deutlich, in dem die Behebung des Mangels nur Kosten in Höhe von 10 % des Kaufpreises betragen würde.

E) Wiederholungsfrage

▪ Welche Intention verfolgt § 320 I S. 1 BGB?

Die Vorschrift des § 320 I S. 1 BGB will dem Schuldner die Möglichkeit geben, auf den Gläubiger hinsichtlich der von diesem zu erbringenden Gegenleistung Druck ausüben zu können.

F) Zur Vertiefung

Zur Problematik beim Sachmangel

- BGH, *Life&LAW* 04/2017, 229 ff.

Zur Frage der Auswirkung von § 320 I S. 1 BGB auf den Verzug

- Hemmer/Wüst, *Schuldrecht AT*, Rn. 145 ff.

⁹ BGH, *Life&LAW* 09/2014, 629 ff. = [jurisbyhemmer](#).