

nahmslos spannenden und auf immerhin rund ein Jahr angelegten täglichen Arbeitsprogramm gesellt sich ein erheblicher Druck, am Ende auch bestehen, oder sogar mit dem ersehnten Prädikat bestehen zu müssen. Dieser Druck – wir wollen ihn hier nicht kleinreden – lässt sich unserer Meinung nach jedoch nicht ohne das ausgleichende Moment händeln!

Wie der Ausgleich im Einzelnen aussehen soll, muss natürlicher jede selbst wissen. Wozu wir hingegen raten möchten: Schafft ihn euch! Wir sehen nicht ein, warum sich zu dem erheblichen Plus an Arbeit noch ein Minus an Lebensqualität gesellen muss. Verbiestet euch nicht zu viel, schon gar nicht den Feierabend.

Natürlich wird euer Studium zu einem erheblichen Teil dadurch charakterisiert, dass ihr letztlich nie fertig seid. Fertig sein, hieße im Falle der Ausbildung ja, alles gelernt zu haben – und dies zu behaupten, wird sich kaum einer trauen! Jedoch: Nehmt das Gefühl „nie fertig zu sein“ nicht mit in den Feierabend, jeder Lerntag hat ein

Ende. Sechs Stunden<sup>9</sup> konzentrierten Lernens haben sich für uns als ausreichend und angemessen erwiesen.

Gebt euer Leben nicht an der Türschwelle zum Examen ab. Oder, um Franz Kafka zu begegnen: Ernährt euch nicht zu einseitig.

### Literatur zur Examensvorbereitung:

*Thorsten Deppner u. a.*, Examen ohne Repetitor : Leitfaden für eine selbstbestimmte und erfolgreiche Examensvorbereitung, 3. Auflage, 2011.

*Phillip ter Haar u. a.*, Prädikatsexamen: der selbstständige Weg zum erfolgreichen Examen, 3. Auflage, 2012.

<sup>9</sup> Es hat sich als aufschlussreich erwiesen, einmal die tatsächliche, wenn man es so nennen will „Netto“-Lernzeit zu messen. Klarheit darüber, wie viele Stunden eines 8-Stunden „Lerntages“ tatsächlich nur gelernt wird, vermag dem ein oder der anderen zu einer besseren Tagesstruktur verhelfen!

Olaf Muthorst\*

## Der Originalexamensfall im Bürgerlichen Recht: Mangelhafte Häuser

*Wer sich auf das Juristische Staatsexamen vorbereitet, sieht sich komplexen Aufgaben und einer immensen Stofffülle gegenüber. Beides zwingt dazu, sich frühzeitig auf die Prüfungssituation einzustellen und sich darüber klar zu werden, was in Examensklausuren zu leisten ist. Der folgende Beitrag will das am Beispiel einer Originalexamensklausur aus dem Bürgerlichen Recht aufzeigen. Eine ausführliche Lösungsskizze ist unter [www.hamburger-rechtsnotizen.de](http://www.hamburger-rechtsnotizen.de) abrufbar.*

### Sachverhalt

E ist Eigentümer von zwei nebeneinander liegenden Grundstücken in der X-Straße (Hausnummer 9a und

9b) in Hamburg-Volksdorf, die beide jeweils mit einem Einfamilienhaus bebaut sind. E veräußerte mit notariellem Kaufvertrag vom 22.11.2010 das Grundstück X-Straße 9a an den K. Als Kaufpreis vereinbarten E und K im Kaufvertrag einen Betrag von 520.000 €. Da K kein Eigenkapital zur Verfügung stand, finanzierte er den gesamten Kaufpreis bei seiner Hausbank (B). E und K hatten außerdem mündlich am Tag vor Abschluss des Kaufvertrages vereinbart, dass E dem K einen Teil des im Notarvertrag angegebenen Kaufpreises in Höhe von 40.000 € als „Rückvergütung“ nach Vertragsschluss zurückzahlen sollte. Auf Weisung und im Namen des K zahlte die B am 15.3.2011 den Kaufpreis in Höhe von 520.000 € auf das Konto des E aus. Am darauf folgenden Tag wurde das Grundstück an K übergeben. Danach zahlte E an K die vereinbarte „Rückvergütung“. E und K erklärten am 2.5.2011 in gebotener Form die Auflassung. Am 12.6.2011 wurde K als Eigentümer des Grundstücks X-Straße 9a im Grundbuch eingetragen.

Bereits im April 2011 hatte K nach Übernahme des Grundstücks folgende Mängel festgestellt: Die auf dem Grundstück von dem Rechtsvorgänger des E errichteten

\* Dr. iur., Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausuraufgabe, die vom Justizprüfungsamt beim Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg im Jahr 2011 gestellt wurde und die auf zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs beruht (BGH NZM 2011, 197 und BGH NJW 2011, 2953). Die Redaktion dankt dem Justizprüfungsamt herzlich für die Erlaubnis, die Aufgabe hier zum Gegenstand einer Besprechung machen zu dürfen. Dieser Text ist nicht als amtliche Stellungnahme zu verstehen, sondern gibt allein die Meinung des Autors wieder.

Carportstellplätze sind baurechtlich nicht genehmigt und auch nicht genehmigungsfähig und müssen daher beseitigt werden. Die bislang vom Eigentümer ebenfalls zu Wohnzwecken vermieteten Räume im Souterrain weisen erhebliche Feuchtigkeitsschäden auf, so dass die Räume nicht mehr ohne Gesundheitsgefährdung für Wohnzwecke genutzt werden können. Diese bereits bei Kaufvertragsschluss vorhandenen Mängel waren weder dem E noch dem K bei Abschluss des notariellen Kaufvertrages bekannt. Der Verkehrswert des Grundstücks ohne Mängel beträgt ausweislich eines von K eingeholten, zutreffenden Gutachtens 600.000 €, unter Berücksichtigung der fehlenden Nutzbarkeit des Souterrains und des Fehlens eines Carports 500.000 €. K forderte E am 15.7.2011 dazu auf, binnen eines Monats die Mängel zu beseitigen, was E definitiv verweigerte.

K macht nunmehr geltend, der vereinbarte Kaufpreis sei zu mindern und fordert von E die Rückzahlung eines Teilbetrages des Kaufpreises in Höhe von 80.000 €. E verweist demgegenüber darauf, dass K doch wegen der „Rückvergütung“ ohnehin schon weniger bezahlt habe als den tatsächlichen Wert des Grundstücks. Außerdem sei dem K zum allein relevanten Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch schon längst bekannt gewesen, dass das Grundstück Mängel aufweise. K fordert von E neben der Minderung den Ersatz weiterer Positionen: K macht geltend, ihm entgingen allein im Jahr 2011 für die Souterrainräume Mieteinnahmen in Höhe von 5.000 €. Für den erforderlichen Abriss des Carports müsse er 4.000 € aufwenden.

Frage 1: Kann K von E Zahlung von 80.000 € verlangen? Kann K zusätzlich von E Zahlung weiterer 9.000 € (Abrißkosten und entgangene Mieteinnahmen) verlangen?

Das andere Einfamilienhaus auf dem Grundstück X-Straße 9b vermietete E mit Mietvertrag vom 5.12.2009 zu Wohnzwecken an den M. E und M vereinbarten einen monatlichen Mietzins von 3.000 €, wobei die Miete jeweils zum dritten Werktag des Monats fällig sein sollte. M zahlte nach Mietbeginn die Monatsmieten zunächst vollständig und pünktlich. Mitte April 2011 entdeckte M erstmals, dass sich aufgrund eines bis dahin – auch von E – unbemerkten Wassereintruchs im Souterrain des Hauses großflächig gesundheitsgefährdender Schwarzsimmel gebildet hatte. M teilte hiervon dem E zunächst nichts mit. Er ärgerte sich aber sehr über die Schimmelbildung und zahlte daher die Miete für die Monate Mai und Juni 2011 nicht.

E wollte das Ausbleiben der Zahlung nicht hinnehmen. Er bat die von ihm mit der Verwaltung seines Grundvermögens beauftragte Verwalterin X, dem M zu kündigen, wobei die X wiederum ihre Mitarbeiterin Y mit dieser Aufgabe betraute. Mit Schreiben vom 15.6.2011,

welches am selben Tag dem M zuzuging, kündigte Y im Namen des E das Mietverhältnis mit M wegen Zahlungsverzuges fristlos und forderte M auf, sofort auszuziehen. Dem Schreiben war eine Kopie der von E der X erteilten Vollmacht beigelegt. M antwortete mit Schreiben vom 30.6.2011. Er weigerte sich auszuziehen und rügte den ordnungsgemäßen Nachweis der Vollmacht der Y. Zudem informierte M den E erstmals über die Schimmelbildung. Dieser Mangel berechtigt ihn zu einer 30%-igen Minderung der Miete. Ab Juli 2011 zahlte M unter Vorbehalt wieder die volle Miete.

E erhob daraufhin Räumungsklage beim zuständigen Amtsgericht, die M am 10.7.2011 zugestellt wurde. Im Prozess machte M – beraten durch den örtlichen Mieterverein – nunmehr im Hinblick auf seinen „Instandhaltungsanspruch“ ein Zurückbehaltungsrecht an allen Mieten seit April 2011 geltend. Von einem Verzug mit der Mietzahlung könne daher nicht die Rede sein. E wies dies zurück. Die Schimmelbildung hätte sich – was tatsächlich zutrifft – von einem Fachunternehmen rückstandsfrei innerhalb eines Tages endgültig beseitigen lassen. Da M die Sache schließlich doch etwas heikel wurde, überwies er am 10.9.2011 auf das Konto des E auf den Mietrückstand 5.800 €, auf dem der Betrag am 11.9.2011 gutgeschrieben wurde.

Frage 2: Kann E von M Räumung des Einfamilienhauses verlangen?

#### Bearbeitervermerk

1. Der Bearbeitung ist die Rechtslage auf dem Stand der zugelassenen Hilfsmittel zugrunde zu legen. Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfsgutachten – einzugehen.
2. Es ist davon auszugehen, dass K den Minderungsbetrag von 80.000 € rechnerisch zutreffend ermittelt hat.

### Analyse

#### A. Überblick

Bereits beim ersten Lesen des zur Bearbeitung gestellten Sachverhaltes fällt auf, dass er aus zwei Teilen besteht, die rechtlich überhaupt nichts miteinander zu tun haben. Jeweils wird nach konkreten Ansprüchen gefragt.

Der zu Teil 1 gestellte Sachverhalt erzählt zunächst von der Veräußerung eines Wohnhauses von E an K (1. Absatz), schildert dann verschiedene Mängel der Kaufsache (2. Absatz), deretwegen der Käufer Gewährleistungsrechte geltend macht, die der Verkäufer verweigert (3. Absatz). Die Fallfrage bezieht sich einmal auf die Zahlung von 80.000 €, die der Käufer als Minderung verlangt –

rechnerisch ist dieser Betrag laut Bearbeitervermerk richtig ermittelt –, zum anderen auf die Zahlung weiterer 9.000 € als „Ersatz weiterer Positionen“.

Der als 2. Teil gestellte Sachverhalt schildert Mängel eines von E an M vermieteten Wohnhauses, aufgrund derer der Mieter zwei Monatsmieten nicht gezahlt hat (1. Absatz). Der Mieter weist die durch einen Vertreter ausgesprochene Kündigung zurück und verteidigt sich mit seinem Minderungsrecht (2. Absatz). Im Räumungsprozess macht er ein Zurückbehaltungsrecht geltend und zahlt die ausstehende Miete dann bis auf einen Restbetrag (3. Absatz). Gefragt ist nach dem Räumungsanspruch des Vermieters.

## B. Frage 1 (erster Teil): Zahlungsanspruch wegen Minderung des Kaufpreises

In der ersten Frage geht es zunächst um einen Zahlungsanspruch wegen Minderung des Kaufpreises.

### I. Anspruchsgrundlage

Die Minderung (§ 441 BGB) ist gemäß § 437 Nr. 2 BGB einer der Rechtsbehelfe des Käufers bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Sie ist ein Gestaltungsrecht. Übt der Käufer das Gestaltungsrecht aus, führt dies dazu, dass der vertraglich vereinbarte Kaufpreis um einen bestimmten Betrag herabgesetzt ist. Hat der Käufer bereits den vollen Kaufpreis entrichtet, kann er vom Verkäufer teilweise Rückzahlung verlangen. Die richtige Anspruchsgrundlage dafür ist §§ 441 IV, 346 I BGB, d. h. das Kaufgewährleistungsrecht verweist auf das im Gesetz für den Rücktritt normierte Rückgewährschuldverhältnis.

### II. Voraussetzungen im Überblick

Dieser Rückgewähranspruch resultiert dem Grunde nach aus der wirksamen Ausübung eines Gestaltungsrechts, verlangt also Gestaltungslage und wirksame Gestaltungserklärung.

Die Gestaltungslage ist gegeben, wenn dem Käufer das Minderungsrecht zusteht. Dieses setzt einen wirksamen Kaufvertrag voraus (andernfalls sind §§ 433 ff. BGB nicht anwendbar) sowie, dass der Käufer wegen eines Sachmangels zum Rücktritt berechtigt ist („statt zurückzutreten“, § 441 I 1 BGB). Dazu ist es gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB erforderlich, dass die Kaufsache bei Gefahrübergang mangelhaft ist (§§ 434, 435 BGB), dass eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde (§ 323 I BGB) oder entbehrlich ist (§§ 323 II, 440 BGB) und dass kein Gewährleistungsausschluss greift (vertraglich oder gesetzlich). Ist die Kaufsache bei Gefahrübergang mangelhaft, die Nacherfüllung aber unmöglich, so dass der Schuldner nach § 275 I BGB also nicht zu leisten hat, besteht – wenn wiederum kein Gewährleistungsausschluss greift – das Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB ohne Fristsetzung.

Die Gestaltungserklärung liegt vor, wenn der Käufer die Minderung erklärt.

Der Höhe nach hängt der Rückgewähranspruch vom Minderungsbetrag ab. Dieser ergibt sich gemäß § 441 III 1 BGB durch die proportionale Anpassung des für mangelfreie Leistung versprochenen Kaufpreises an den Wert der Sache im mangelhaftem Zustand. Laut Bearbeitervermerk war die Höhe des Minderungsbetrages nicht zu prüfen.

### III. Schwerpunkte der Prüfung

Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen müssen die vom Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen analysiert werden. Teilweise lassen sich diese Rechtsfragen erkennen, indem man sich klar macht, in welcher Hinsicht der Sachverhalt Besonderheiten aufweist, die ihn von anderen Fällen dieser Art unterscheiden. Dabei sind hier die vereinbarte „Rückvergütung“ auffällig sowie die Verteidigung des E, dass der K schon weniger als den tatsächlichen Wert des Grundstücks gezahlt und zum maßgeblichen Zeitpunkt die Mängel gekannt habe.

Offenkundig kein Schwerpunkt liegt hingegen auf den Fragen, ob überhaupt Sachmängel vorliegen – sowohl die Baurechtswidrigkeit der Carportstellplätze als auch die Feuchtigkeitsschäden lassen sich zwanglos unter § 434 BGB subsumieren – und ob eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden ist bzw. hätte gesetzt werden müssen: Jedenfalls hat E die Mängelbeseitigung verweigert (vgl. § 323 II Nr. 1 BGB) bzw. diese war im Hinblick auf das Carport von Anfang an unmöglich.

#### 1. „Rückvergütung“

Die Abrede über die „Rückvergütung“ ist mündlich getroffen worden, obwohl Kaufverträge über Grundstücke formbedürftig sind (notarielle Beurkundung, § 311b I 1 BGB). Wird die Form nicht eingehalten, ist der Kaufvertrag nichtig (§ 125 S. 1 BGB). Nicht eingehalten ist die Form nicht nur dann, wenn überhaupt keine notarielle Beurkundung stattgefunden hat, sondern auch dann, wenn nicht alles das notariell beurkundet wurde, worauf sich das Formerfordernis bezieht. Demnach muss man überlegen, ob auch die Vereinbarung einer „Rückvergütung“ notariell beurkundet werden muss. Dafür spricht, dass sich erst aus der Vereinbarung der „Rückvergütung“ ergibt, welchen Preis der Verkäufer nach dem schuldrechtlichen Geschäft für das Grundstück erzielt. Die Rückvergütungsvereinbarung ist also Teil des schuldrechtlichen Geschäfts. Daher hätte sie beurkundet werden müssen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 6); vgl. bereits BGHZ 54, 56 (62 f.); NJW-RR 2006, 1292 (Rn. 10); *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 311b Rn. 31; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 311b Rn. 36; *Schumacher*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 311b Rn. 162.

Daraus folgt, dass der Kaufvertrag zunächst nichtig gewesen ist (§ 125 S. 1 BGB). Damit ist das letzte Wort über das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrages aber nicht gesprochen, denn gemäß § 311b I 2 BGB kann der Formmangel durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch geheilt werden. Da beides stattgefunden hat, ist der Kaufvertrag also wirksam.

In der Einordnung der „Rückvergütung“ als Problem der Form wird man übrigens bestärkt, wenn man auf ein Detail im dritten Absatz des Sachverhaltes achtet: Wo es um die Kenntnis des Käufers vom Mangel geht, äußert der Verkäufer die Rechtsansicht vom „allein relevanten Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung“, obwohl doch in § 442 BGB von „bei Vertragsschluss“ die Rede ist. Diese Rechtsansicht ist nur vor dem Hintergrund einer Heilung durch Auflassung und Eintragung verständlich, die ex nunc wirkt<sup>2</sup> (wobei allerdings umstritten ist, ob es deshalb für den Gewährleistungsausschluss auf den Zeitpunkt der Heilung ankommt oder ob „Vertragsschluss“ nicht trotzdem der Abschluss des formnichtigen Vertrages ist; dazu sogleich näher).

## 2. Gewährleistungsausschluss wegen Kenntnis

Ein Gewährleistungsausschluss könnte sich – so macht es der E geltend – daraus ergeben, dass der Käufer bei Vertragsschluss den Mangel kannte (§ 442 I 1 BGB). Da E und K die Mängel nicht bei Beurkundung, sondern erst bei Eintragung in das Grundbuch bekannt waren, hat diese Verteidigung nur Erfolg, wenn – wie E es ebenfalls geltend macht – es hier auf den Zeitpunkt der Heilung durch den dinglichen Vollzug und nicht den der vertraglichen Einigung ankommt.

Die h. M.<sup>3</sup> – und mit ihr der Bundesgerichtshof<sup>4</sup> – hält mit Recht das Letztere für zutreffend. Jedenfalls wenn dem Käufer die Unwirksamkeit des Vertrages gar nicht bekannt ist, kann ihm seine Kenntnis im Zeitpunkt des dinglichen Vollzuges ohnehin nicht zum Nachteil gereichen.<sup>5</sup> Aber auch wenn dem Käufer die Unwirksamkeit bekannt ist – er also weiß, dass der Kaufvertrag erst durch Vollzug des dinglichen Geschäfts wirksam wird –, entspricht es dem Normzweck des § 442 I 1 BGB, auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. § 442 I 1 BGB beruht nämlich auf der Wertung, dass der Mangel dem Käufer kein Unrecht zufügt, wenn der Kauf in Kenntnis des Mangels zu dem vereinbarten Kaufpreis getätigt wurde.<sup>6</sup> Getätigt

hat der Käufer den Kauf aber im Zeitpunkt der vertraglichen Einigung. Selbst wenn er wissentlich an der Heilung eines unwirksamen Vertrages mitwirkt, so kommt darin nur zum Ausdruck, dass der Käufer trotz des Formmangels am ursprünglichen Geschäft festhalten will.<sup>7</sup> Der Käufer handelt aber nicht widersprüchlich, wenn er auf die Geltendmachung des Formmangels verzichtet, sich jedoch die Rechte wegen einer vertragswidrigen Leistung vorbehält. Umgekehrt wäre nicht einleuchtend, weshalb der Verkäufer für dem Käufer bei Vertragsschluss unbekannt Mängel nur dann haften sollte, wenn diese dem Käufer erst nach (und nicht: vor) Heilung eines etwaigen Formmangels bekannt werden.<sup>8</sup> Denn es entspricht im Allgemeinen – auch wenn die Heilung selbst ex nunc wirkt – dem Parteiwillen, wenn die Parteien im Fall der Heilung einander so zu stellen haben, als wäre der Vertrag von Anfang an wirksam gewesen.<sup>9</sup>

## 3. Kaufpreis unter Wert

Der Sachverhalt gibt noch einen weiteren Einwand des Verkäufers vor: K stehe ein Minderungsrecht deshalb nicht zu, weil er doch wegen der „Rückvergütung“ ohnehin schon weniger bezahlt habe als den tatsächlichen Wert des Grundstücks. Dieses Argument ist juristisch wenig substanziell, weil das Minderungsrecht nach dem Gesetz nicht davon abhängt, dass der Käufer einen Kaufpreis versprochen hat, der über dem tatsächlichen Wert der mangelhaften Sache liegt. Umgekehrt ist der Zweck der Minderung, das Verhältnis von Kaufpreis und Wert unangetastet zu lassen, indem man dem niedrigeren Wert einen geminderten Kaufpreis zuordnet. Die vertraglich vereinbarte Rückvergütung kann die Gewährleistungsrechte des Käufers daher nicht schmälern, sondern sie reduziert den für eine mangelfreie Kaufsache geschuldeten Kaufpreis.<sup>10</sup>

## C. Frage 1 (zweiter Teil): Zahlungsanspruch wegen Schadensersatzes

Im zweiten Teil der ersten Frage geht es um einen Zahlungsanspruch wegen zwei weiterer Positionen: K verlangt 9.000 € als Ersatz seiner Abrisskosten und entgangener Mieteinnahmen. In beiden Fällen handelt es sich um Schäden, die K infolge der Mangelhaftigkeit der Kaufsache erlitten hat.

### I. Schwerpunkte der Prüfung

Gemäß § 437 Nr. 3 BGB steht dem Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache Schadensersatz zu, und zwar in Verbindung mit den jeweiligen Anspruchsgrundlagen des Allgemeinen Schuldrechts (§§ 280 ff., 311a BGB).

<sup>2</sup> BGHZ 54, 56 (63); NJW 1983, 1543 (1545); *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 311b Rn. 37; *Kanzleiter*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 311b Rn. 86.

<sup>3</sup> *Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 442 Rn. 10; *Grunewald*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 442 Rn. 8; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 442 Rn. 8; *Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 442 Rn. 7; ebenso *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2014, § 442 Rn. 15.

<sup>4</sup> BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 13). Vgl. ferner BGHZ 193, 326 (Rn. 21 ff.).

<sup>5</sup> So bereits BGH NJW 1989, 2050 (2050 f.).

<sup>6</sup> BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 13).

<sup>7</sup> BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 14).

<sup>8</sup> BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 15).

<sup>9</sup> BGHZ 54, 56 (63 f.); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 311b Rn. 56; kritisch *Kanzleiter*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 311b Rn. 86.

<sup>10</sup> BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 9).

Dementsprechend stellen sich für den zweiten Teil der ersten Frage zwei Aufgaben: Zunächst ist die einschlägige Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Schadensersatz zu identifizieren. Sodann ist darauf zu achten, ob der Schadensersatzanspruch neben der Minderung verlangt werden kann, denn dem Käufer darf nicht eine Einbuße ersetzt werden, die bereits durch die Ausübung anderer Gewährleistungsrechte abgegolten ist. Die Fallfrage macht auf diesen Punkt aufmerksam, indem sie in ihrem zweiten Teil hervorhebt, dass K den Schadensersatz „zusätzlich“ verlangt.

## II. Schadensersatzanspruch wegen der Abrisskosten

### 1. Anspruchsgrundlage

Der Sachmangel, der in der Baurechtswidrigkeit der Carportstellplätze besteht, hatte zur Folge, dass K den Carport abreißen musste. Die dafür notwendigen Kosten sind daher keine bloßen Aufwendungen, sondern unfreiwillige Vermögensopfer, also ein Schaden. Hinsichtlich des Sachmangels, auf dem dieser Schaden beruht, war die Nacherfüllung von Anfang an unmöglich. Deshalb ließe sich ein Schadensersatzanspruch auf §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB stützen.<sup>11</sup> Demnach steht dem Käufer bei anfänglich unmöglicher Nacherfüllung Schadensersatz statt der Leistung zu, es sei denn, dass der Verkäufer das Leistungshindernis bei Vertragsschluss weder kannte noch seine Unkenntnis zu vertreten hat. Schadensersatz statt der Leistung umfasst nach überwiegender Ansicht auch solche Einbußen, die nicht unmittelbar im mangelbedingten Minderwert der Kaufsache liegen, sondern bei denen es sich um Folgeschäden handelt.<sup>12</sup> Da E die Mangelhaftigkeit und Unbehebbarkeit bei Vertragsschluss nicht kannte – die Carportstellplätze waren vom Rechtsvorgänger des E errichtet worden –, muss man allerdings diskutieren, ob insoweit Fahrlässigkeit zu bejahen ist.

### 2. Verhältnis zur Minderung

Die zweite Frage, ob die Abrisskosten bereits durch die Minderung des Kaufpreises abgegolten sind, muss unter zwei Aspekten gesehen werden: So wird diskutiert, ob neben der Minderung überhaupt noch Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden kann.<sup>13</sup> Soweit es sich um Folgeschäden handelt, spricht aber grundsätzlich nichts

dagegen. Dann muss aber zweitens erwogen werden, ob der Folgeschaden nicht bereits durch die Minderung des Kaufpreises abgegolten ist. Das würde allerdings voraussetzen, dass die Beseitigungskosten bei der Bemessung des Minderungsbetrages berücksichtigt worden sind.<sup>14</sup> So liegt es laut Sachverhalt aber nicht: Der bei Bemessung des Minderungsbetrages angesetzte Verkehrswert des Grundstücks wurde unter Berücksichtigung nur des Fehlens eines Carports ermittelt. Nicht berücksichtigt wurde demnach, dass K infolge der Baurechtswidrigkeit den vorhandenen Carport zu beseitigen hatte.

## III. Schadensersatzanspruch wegen entgangener

### Mieteinnahmen

#### 1. Anspruchsgrundlage

Hinsichtlich der entgangenen Mieteinnahmen kommt als Anspruchsgrundlage nur §§ 437 Nr. 3, 280 I oder II BGB in Betracht: Die im Verlust der Mieteinnahmen im Jahr 2011 liegende Einbuße ist kein Schaden statt der Leistung, denn auch eine Nacherfüllung würde ihn nicht entfallen lassen. Ob es sich (zumindest ab dem Zeitpunkt der möglichen Nacherfüllung) um einen Schaden wegen Verzögerung der Nacherfüllung handelt, ist umstritten. Überwiegend wird angenommen, der in der verspäteten Nutzungsmöglichkeit der Kaufsache liegende Schaden sei ein nach § 280 I BGB ohne Rücksicht auf Verzugsvoraussetzungen oder Nacherfüllungsfrist zu ersetzender „sonstiger“ Schaden.<sup>15</sup>

#### 2. Verhältnis zur Minderung

Die entgangenen Mieteinnahmen sind allerdings nur der marktmäßige Ausdruck für die fehlende Nutzbarkeit des Souterrains zu Wohnzwecken. Die fehlende Nutzbarkeit ist gerade die durch die Minderung des Kaufpreises kompensierte Vermögenseinbuße. Hinsichtlich derselben Vermögenseinbuße schließen sich aber Minderung und Schadensersatz statt der Leistung aus.<sup>16</sup> Nichts anderes kann bei Vermögenseinbußen gelten, die als „sonstiger“ Schaden zu ersetzen wären. Die fehlende Nutzbarkeit ist durch die Minderung abgegolten, so dass K hier keinen darüber hinausgehenden Schaden geltend macht.

## D. Frage 2: Räumungsanspruch

### I. Anspruchsgrundlage und Voraussetzungen im Überblick

Der Räumungsanspruch ergibt sich als mietvertraglicher Anspruch aus § 546 I BGB, wenn ein Mietvertrag be-

<sup>11</sup> Teilweise wird angenommen, § 311a II BGB gelte unmittelbar, während Sachmängelrecht unanwendbar sei, da wegen § 275 I BGB kein Primäranspruch bestehe, vgl. *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 280 Rn. 12.

<sup>12</sup> *Ernst*, in: *MüKo*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 311a Rn. 65 und 89; vgl. auch zu § 281 Rn. 1 sowie *Westermann* bei § 437 Rn. 22; ferner *Recker*, NJW 2002, 1247. *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 311a Rn. 7, zieht § 280 I hinzu, *Ehmann/Sutschet*, Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen – Verschuldens- und/oder Garantiehaftung, JZ 2004, 62 (69 f.), beschränken § 311a II BGB auf das Erfüllungsinteresse. Vgl. ferner *Grunewald*, in: *Erman*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 437 Rn. 13.

<sup>13</sup> Zum Streitstand BGH NJW 2011, 1217 (Rn. 34) m. w. N.; ferner *Matusche-Beckmann*, in: *Staudinger*, BGB, Neub. 2014, § 441 Rn. 40; *Weidenkaff*, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 441 Rn. 19; *Grunewald*, in: *Erman*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 441 Rn. 14.

<sup>14</sup> Dabei handelt es sich um eine notwendige, keine hinreichende Bedingung: Da K zu einem Kaufpreis unterhalb des Wertes im mangelfreien Zustand erworben hat, führt eine Verringerung des Wertes im mangelhaften Zustand nicht zu einer Erhöhung des Minderungsbetrages im gleichen Maße. Deshalb wäre der Folgeschaden durch die Minderung ohnehin nur insoweit abgedeckt, wie sich der Minderungsbetrag durch den geringeren Wertansatz erhöht hätte.

<sup>15</sup> BGHZ 181, 317 (Rn. 12); *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 280 Rn. 4; *Weidenkaff*, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 437 Rn. 36.

<sup>16</sup> BGH NJW 2011, 2953 (Rn. 16). Mit dem oben dargestellten Argument kann man dem freilich nur eingeschränkt zustimmen.

stand und das Mietverhältnis beendet ist. Daneben steht der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB, wenn dem Besitzer kein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) mehr zusteht. Ein Recht zum Besitz ergibt sich für den Mieter aus dem Mietvertrag mit dem Eigentümer, wenn das Mietverhältnis nicht beendet ist. Für beide Anspruchsgrundlagen kommt es also auf die wirksame Beendigung des Mietverhältnisses an, mit anderen Worten darauf, ob E den Mietvertrag mit dem Schreiben vom 15.6.2011 wirksam gekündigt hat.

## II. Schwerpunkte der Prüfung

Hier wirft der Sachverhalt vier Fragen auf: (1) Ist, wie von M gerügt, die Kündigung unwirksam, weil die Vollmacht nicht ordnungsgemäß nachgewiesen wurde? (2) Fehlt es am Kündigungsgrund, weil M zur Mietminderung berechtigt war? (3) Fehlt es am Kündigungsgrund, weil M ein Zurückbehaltungsrecht hatte? (4) Ist die Kündigung unwirksam, weil M nunmehr fast den gesamten Rückstand beglichen hat?

### 1. Unwirksamkeit durch Zurückweisung gemäß § 174 S. 1 BGB

Bei Kündigung eines Mietverhältnisses ist Stellvertretung möglich. Gibt der Vertreter die Kündigungserklärung im Namen des Vertretenen mit Vertretungsmacht ab, wird sie dem Vertretenen zugerechnet (§ 164 I BGB). Gehandelt hat hier Y aufgrund der ihr von X erteilten Vollmacht, der wiederum durch E Vollmacht erteilt war.

Allerdings handelt es sich bei einer Kündigung um ein einseitiges Rechtsgeschäft: Gemäß § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Gemäß S. 2 ist die Zurückweisung zwar ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Dazu enthält der Sachverhalt aber keine genauen Angaben. Das von Y vorgelegte Dokument legitimiert allenfalls die X, nicht aber die Y, genügt aber auch schon deshalb nicht den Anforderungen, weil es sich nur um eine Kopie handelt.<sup>17</sup>

Voraussetzung der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist aber, dass es unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 I BGB), zurückgewiesen wird. Das geschieht erst durch Schreiben vom 30.6.2011, also etwa 15 Tage später. Gründe, die diese Verzögerung rechtfertigen, sind nicht bekannt. Die Kündigung scheitert also nicht an § 174 S. 1 BGB. Wer sich hier – was vertretbar

<sup>17</sup> Vgl. BGHZ 145, 343 (350); BGH NJW 1981, 1210; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 174 Rn. 5; *Schilken*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 174 Rn. 3; *Schramm*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 174 Rn. 4.

ist – anders entscheidet, müsste die weiteren Fragen im Rahmen eines Hilfsgutachtens thematisieren.

### 2. Kein Kündigungsgrund wegen Mietminderung

Ein Kündigungsgrund könnte sich nur aus § 543 I, II 1 Nr. 3 lit. a BGB ergeben. Demnach liegt ein Kündigungsgrund vor, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. Da am 15.6.2011 nicht nur die Mai-, sondern auch die Juni-Miete kalendermäßig fällig waren (vgl. § 286 II Nr. 1 BGB) und von M nicht geleistet wurden, liegen diese Voraussetzungen an sich vor.

Allerdings macht M geltend, wegen Mängeln der Mietsache zur Minderung in Höhe von 30 % berechtigt gewesen zu sein. Gezahlt hat M aber überhaupt keine Miete. Ein Minderungsrecht würde den ausstehenden Betrag zwar auf je 70 % reduzieren, aber nicht unerheblich machen (vgl. § 569 III Nr. 1 BGB). Ferner wäre zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Mietminderung überhaupt vorliegen. Gemäß § 536 I 1 und 2 BGB hat der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch wegen eines Mangels gemindert ist, nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Allerdings ist der Mieter gemäß § 536c I 1 BGB verpflichtet, einen während der Mietzeit auftretenden Mangel dem Vermieter anzuzeigen; unterlässt der Mieter die Anzeige, ist er gemäß § 536c II 2 Nr. 1 BGB nicht zur Mietminderung berechtigt, soweit der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige nicht Abhilfe schaffen konnte. Hätte M den Mangel unverzüglich – und nicht erst im Schreiben vom 30.6.2011 – angezeigt, hätte E ihn innerhalb eines Tages beseitigen können, so dass E also allein aufgrund der Unterlassung der Anzeige bis zum 30.6.2011 gehindert war, Abhilfe zu schaffen, und M folglich ein Minderungsrecht nicht zustand.

### 3. Kein Kündigungsgrund wegen Zurückbehaltungsrechts

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob M am 15.6.2011 deshalb nicht im Verzug mit den ausstehenden Mieten gewesen ist, weil ihm ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB zustand. Der Schuldner gerät nicht in Verzug, wenn er ein Zurückbehaltungsrecht hat, auch wenn er die Einrede (noch) nicht geltend gemacht hat.<sup>18</sup> Der Mietvertrag ist gegenseitiger Vertrag i. S. v. § 320 BGB. Im Gegenseitigkeitsverhältnis steht auch der Instandhaltungsanspruch des Mieters aus § 535 I 2 BGB. Anerkannt ist deshalb, dass der Mieter bei Mängeln nicht nur in angemessener Höhe von der Miete befreit ist, sondern auch darüber hinaus – jedenfalls in gewisser Höhe – die Miete zurückbehalten kann, bis der Vermieter seiner Be-

<sup>18</sup> BGHZ 116, 244 (249); *Emmerich*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 320 Rn. 37; *Hager*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 286 Rn. 22; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 286 Rn. 10.

seitigungspflicht nachgekommen ist.<sup>19</sup> Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 320 BGB ist indessen die Vertragstreue des Schuldners: Er verhält sich widersprüchlich, wenn er einerseits über § 320 BGB die Durchsetzung der Vertragserfüllung erzwingen will, sich selbst aber auf der anderen Seite vertragsuntreu verhält.<sup>20</sup> Widersprüchlich verhält sich insbesondere der Mieter, der dem Vermieter durch Unterlassen der Mangelanzeige die Abhilfe unmöglich macht, den Vermieter aber zugleich durch Zurückbehaltung der Miete zur Mangelbeseitigung zwingen will.<sup>21</sup> Ein Zurückbehaltungsrecht stand M daher nicht zu, so dass er mit den rückständigen Mieten in Verzug war.

#### 4. Unwirksamkeit durch Befriedigung, § 569 III Nr. 2 BGB

Allerdings könnte die Kündigung unwirksam geworden sein, weil M am 10.9.2011 einen Betrag von 5.800 € an E überwies, der ihm am 11.9.2011 gutgeschrieben wurde. Hierbei deuten die detaillierten Datumsangaben auf eine Fristenproblematik hin; ferner fällt auf, dass M nicht den gesamten Mietrückstand ausgeglichen hat.

Gemäß § 569 III Nr. 2 BGB wird eine Kündigung unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf

<sup>19</sup> BGH NJW 2008, 2254 (Rn. 13); NZM 2011, 197 (Rn. 11 ff.); Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 536 Rn. 6; Lützenkirchen, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, vor § 536 Rn. 4; Emmerich, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 536 Rn. 59.

<sup>20</sup> Emmerich, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 320 Rn. 28.

<sup>21</sup> BGH NZM 2011, 197 (Rn. 12); Emmerich, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 320 Rn. 8; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 536c Rn. 10.

von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete befriedigt wird. Rechtshängig geworden ist der Räumungsanspruch mit Zustellung der Räumungsklage (vgl. §§ 253 I, 261 I ZPO), also am 10.7.2011. Die Überweisung am 10.9.2011 wäre also rechtzeitig gewesen, wenn es auf die Rechtzeitigkeit der Leistungshandlung ankommt.<sup>22</sup> Sie führt aber nur zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn dadurch sämtliche fälligen Mieten beglichen werden. Das ist nicht der Fall, da M 200 € schuldig bleibt. Dass der Rückstand für sich genommen geringfügig ist (vgl. § 569 III Nr. 1 BGB), ändert nichts daran, dass die Rechtsfolge des § 569 III Nr. 2 BGB nicht eingetreten ist.<sup>23</sup>

#### E. Schlussbemerkungen

Dieser Beitrag hat sein Ziel erreicht, wenn nachvollziehbar geworden ist, wie man mit gründlicher Analyse des Sachverhaltes und strukturierter Vorgehensweise bei Erstellung der Lösungsskizze<sup>24</sup> eine Vorstellung davon erarbeiten kann, wo die Schwerpunkte einer Klausuraufgabe liegen. Eine solche Vorstellung ist unentbehrlich, weil die wahre Hürde, die bei einer Klausuraufgabe dieses Zuschnitts zu nehmen ist, nicht die Rechtskenntnis, sondern die Zeit sein dürfte.

<sup>22</sup> Zum Streitstand Wöstmann, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 569 Rn. 15; Emmerich, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 569 Rn. 42; vgl. BGH NJW 1964, 499.

<sup>23</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2005, 217; Häublein, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 569 Rn. 31 bei Fn. 75; Emmerich, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 569 Rn. 42.

<sup>24</sup> Abrufbar unter [www.hamburger-rechtsnotizen.de](http://www.hamburger-rechtsnotizen.de).

Roland Broemel\*/Moritz Koch\*\*

## Der Originalexamensfall im Öffentlichen Recht: Zugang zu Volksfesten

*Eine gelungene Bearbeitung von (Examens-)klausuren setzt typischerweise Zweierlei voraus: ein bestimmtes Basiswissen zu den wesentlichen Begriffen und Strukturen des materiellen Rechts sowie des Prüfungsaufbaus einerseits und die Fähigkeit zu einer differenzierten, metho-*

*disch reflektierten Argumentation. Der folgende Beitrag will am Beispiel einer Originalexamensklausur aus dem Öffentlichen Recht zeigen, wie diese Anforderungen mit der Bewertung zusammenhängen können. Die Klausur*

\* Roland Broemel, Jun.-Prof. Dr., maître en droit, Juniorprofessor für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

\*\* Moritz Koch, akademischer Tutor im Projekt „Selbstorganisation und Lernstrategien“; das Vorhaben wird aus Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung unter dem Förderkennzeichen 01PL12033 gefördert. Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autoren. Der Beitrag beruht auf einer Klausuraufgabe, die vom Justizprüfungsamt beim Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg im Jahr 2011 gestellt wurde und der ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Hamburg (Beschl. v. 14.7.2010, 11 E 1778/10) und dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht (Beschl. v. 19.7.2010, 4 Bs 157/10) zugrunde lag. Die Redaktion dankt dem Justizprüfungsamt herzlich für die Erlaubnis, die Aufgabe hier zum Gegenstand einer Besprechung machen zu dürfen. Dieser Text ist nicht als amtliche Stellungnahme zu verstehen, sondern gibt allein die Meinung der beiden Autoren wieder.