

## **Fall 1:**

Rentner R beschließt, dass es Zeit ist, die Fassade seines Hauses neu zu verputzen. Zu diesem Zwecke sucht er das Baustofffachgeschäft des V auf und lässt sich von diesem beraten. R wählt schließlich den Edelputz „High Class 100“ für Gebäudefassaden und erwirbt vier Säcke zu einem Preis von 500 €.

Kurz darauf wird die Fassade des Hauses verputzt und R ist überglücklich. Seine Freude währt jedoch nicht lange, da R am darauffolgenden Tag erkennen muss, dass der Putz bereits an einigen Stellen von der Wand bröckelt. In seiner Verzweiflung ruft R einen Malermeister, der sich mit Fassadenputz auskennt, zur Hilfe. Dieser teilt R allerdings nach kurzer Begutachtung mit, dass der Putz nicht mehr zu retten sei und vollständig entfernt sowie neu aufgetragen werden müsse. Der Malermeister begründet dies mit einem Fehler bei der Herstellung des Edelputzes. Diesem sei vom Hersteller versehentlich eine Chemikalie hinzugefügt worden, die eine feste Verbindung mit der Hauswand verhindere. Allerdings sei der Fehler im unverarbeiteten Zustand nicht erkennbar. Diese Begründung trifft zu. Über den schlechten Putz verärgert lässt R vom Malermeister den Putz von der Fassade des Hauses entfernen. Der Malermeister berechnet R hierfür – objektiv erforderliche – Kosten in Höhe von 3.000 €.

Daraufhin wendet sich der noch immer erboste R an V. Er verlangt von ihm die Lieferung von vier neuen – fehlerfreien – Säcken Edelputz. Zudem verlangt R den Ersatz der 3.000 € für die Entfernung des Putzes durch den Malermeister sowie einen Vorschuss für das Auftragen des neuen Putzes i.H.v. (objektiv erforderlichen) 2.000 €. V weigert sich und wendet ein, der Herstellungsfehler des Edelputzes sei für ihn nicht erkennbar gewesen. Des Weiteren hätte R ihm die Möglichkeit geben müssen, den fehlerhaften Putz selbst von der Hauswand zu entfernen.

**Stehen R die geltend gemachten Ansprüche gegen V zu?**

---

### **Bearbeitervermerk für Fall 1:**

- Das Verputzen der Fassade erfolgte ordnungsgemäß und ist *nicht* die Ursache für das Abbröckeln des Putzes.
- Unterstellen Sie, dass die Lieferung von fehlerfreiem Putz grundsätzlich möglich ist.
- Ansprüche aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag sind *nicht* zu prüfen.

## **Fall 2:**

R hat seine kleine Eigentumswohnung (Wohnzimmer, Schlafzimmer, Küche und Bad) mit Mietvertrag vom 01.04.2014 wirksam an M zu einem monatlichen Mietzins von 600 € vermietet. Dieser Mietvertrag endete durch wirksame Vereinbarung am 31.03.2018, wobei eine stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses ausgeschlossen wurde.

Ende März 2018 beschließt M – entgegen seiner ursprünglichen Planung – nun doch nicht mehr aus der Wohnung auszuziehen. Dementsprechend zieht er am 31.03.2018 nicht aus der Wohnung aus. Obwohl R den M mehrfach um einen Auszug bittet und auch vehement rechtliche Schritte gegen diesen androht, bleibt M standhaft und zieht nicht aus der Wohnung aus. Stattdessen teilt er dem R am 10.04.2018 mit, dass der Strom im Bad und im Wohnzimmer schon seit einer Woche nicht mehr funktioniere. Dies trifft zu und ist auf einen technischen Defekt der Stromkabel zurückzuführen. R ist über M verärgert, sodass er hinsichtlich des Stroms nichts unternimmt.

Am 31.05.2018 zieht M schließlich aus der Wohnung aus und übergibt sie R.

R verlangt nun von M Zahlung der Mieten für April und Mai 2018.

## **Zu Recht?**

---

### **Bearbeitervermerk für Fall 2:**

- Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286, dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis oder dem Bereicherungsrecht sind *nicht* zu prüfen.

## Lösungsskizze

### Fall 1:

#### Stehen R die geltend gemachten Ansprüche gegen V zu?

##### A. Lieferung von vier neuen Säcken Edelputz

Anspruchsgrundlage: § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB

- I. Kaufvertrag zwischen R und V (+)
- II. Mangel bei Gefahrübergang?

Der Edelputz beinhaltet eine Chemikalie, die eine feste Verbindung mit der Wand verhindert und somit zu einem Abbröckeln des angebrachten Putzes führt. Dies entspricht offensichtlich nicht der Beschaffenheit, die bei Sachen gleicher Art üblich ist. Zudem eignet sich der Putz auch nicht für die gewöhnliche Verwendung, sodass ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB anzunehmen ist.

Dieser Mangel lag auch schon bei Gefahrübergang i.S.d. § 446 S. 1 BGB vor, da die chemische Verunreinigung auf einem Fehler des Herstellers beruht und somit der Sache bereits ab der Herstellung anhaftete.

**Anm.:** Die Annahme eines Sachmangels nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB liegt hier zwar nicht unbedingt nahe, dürfte gleichwohl mit entsprechender Begründung noch vertretbar sein. Hingegen kann ein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB nicht angenommen werden, da sich dem Sachverhalt die Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung nicht entnehmen lässt.

- III. Rechtsfolge

Dem Käufer steht gemäß § 439 Abs. 1 BGB ein Wahlrecht zwischen der Nachbesserung und der Nachlieferung zu. Dieses hat R hier dahingehend ausgeübt, dass er von V die Lieferung von neuem Putz verlangt.

Ergebnis: R hat einen Anspruch auf Nachlieferung von vier neuen Säcken Edelputz gegen V aus § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB.

##### B. Ersatz der 3.000 € für die Entfernung des Putzes

- I. Aufwendungsersatz nach § 439 Abs. 3 S. 1 Var. 1 BGB
  1. Kaufvertrag zwischen R und V (+) s.o.
  2. Mangel bei Gefahrübergang (+) s.o.
  3. Einbau des mangelhaften Putzes bzw. Anbringen des mangelhaften Putzes?

Ein Einbau liegt nach allgemeiner Verkehrsanschauung bei der körperlichen Verbindung der Kaufsache mit einer anderen Sache dergestalt vor, dass die Kaufsache unselbstständiger Bestandteil der anderen Sache wird (*Höpfner*,

in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.06.2018, § 439 Rdn. 56; Höpfner/Fallmann, NJW 2017, 3745).

Hingegen ist von einem Anbringen auszugehen, wenn die Kaufsache nach der körperlichen Verbindung von außen zugänglich bleibt (Höpfner, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.06.2018, § 439 Rdn. 56; Höpfner/Fallmann, NJW 2017, 3745).

Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft für das Anbringen Dachrinnen, Leuchten, Farben und Lacke (BT-Drs. 18/11437, S. 40).

Im vorliegenden Fall stellt das Verputzen der Fassade eine körperliche Verbindung des Edelputzes mit der Hauswand dar. Ob diese Verbindung dazu führt, dass der Putz als unselbstständiger Bestandteil des Hauses zu werten ist (dann Einbau), oder weiterhin von außen zugänglich ist (dann Anbringen) bedarf im Ergebnis keiner Entscheidung. Beide Begriffe sind nicht trennscharf voneinander abzugrenzen, was wegen ihrer Gleichstellung in § 439 Abs. 3 BGB aber auch nicht nötig ist (Faust, in: BeckOK-BGB, 45. Edition – Stand: 01.03.2018, § 439 Rdn. 90; Höpfner/Fallmann, NJW 2017, 3745). Dementsprechend ist der Edelputz vorliegend eingebaut bzw. angebracht worden.

#### 4. Einbau/Anbringen gemäß Art und Verwendungszweck des Putzes?

Die Art und der Verwendungszweck sind grundsätzlich objektiv zu bestimmen, wobei maßgebend ist, ob die Kaufsache bestimmungsgemäß verwendet wurde (BT-Drs. 18/8486, S. 39).

Hier wurde der Edelputz „High Class 100“ für Gebäudefassaden zum Verputzen der Fassade von R's Haus verwendet. Mithin wurde der Putz gemäß seiner Art und seines Verwendungszwecks eingebaut/angebracht.

#### 5. Erforderliche Aufwendungen des R?

Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer. R hat hier die Kosten für die Entfernung des mangelhaften Putzes durch den Malermeister getragen und somit Aufwendungen getätigt. Diese sind laut Sachverhalt auch erforderlich.

#### 6. Ausschluss des Anspruchs?

Ein Ausschluss des Anspruchs kommt unter zwei Gesichtspunkten in Frage:

##### a) Unterlaufen des Rechts zur zweiten Andienung

Möglicherweise könnte der Anspruch des R ausgeschlossen sein, da er die Entfernung des Putzes durch den Malermeister vornehmen ließ und V somit nicht die Gelegenheit zur zweiten Andienung gegeben hat.

Allerdings lässt der Wortlaut des § 439 Abs. 3 BGB im Gegensatz zu den in § 437 Nr. 2 und 3 genannten Rechten (soweit diesbezüglich keine Unmöglichkeit vorausgesetzt wird) kein Fristsetzungserfordernis erkennen. Auch die Gesetzgebungsgeschichte spricht dafür, dass der Käufer dem Verkäufer keine Gelegenheit geben muss, den Einbau oder Ausbau selbst vorzunehmen. In der Entwurfsfassung des § 439 Abs. 3 BGB war ein Wahlrecht des Verkäufers vorgesehen, ob er den Ein- und Ausbau selbst vornehmen oder stattdessen Wertersatz leisten möchte

(BT-Drs. 18/11437, S. 40). Dieses Recht des Verkäufers, den Ein- und Ausbau selbst vorzunehmen, wurde aber gestrichen (BT-Drs. 18/11437, S. 40).

Im Ergebnis durchbricht § 439 Abs. 3 BGB damit das Recht zur zweiten Andienung (*Faust*, in: BeckOK-BGB, 45. Edition – Stand: 01.03.2018, § 439 Rdn. 113).

**Ann.:** Die Gesetzgebungsgeschichte muss den Kandidaten natürlich nicht bekannt sein. Allerdings kann das Aufwerfen und die Diskussion des Problems erwartet werden, da V die Selbstvornahme des R ausdrücklich rügt.

b) §§ 439 Abs. 3 S. 2 i.V.m. 442 Abs. 1 BGB

(-), es sind keine Anhaltspunkte im Sachverhalt ersichtlich, dass R beim Einbau/Anbringen des Putzes die Mangelhaftigkeit desselben bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen wären.

Ergebnis: R hat einen Anspruch auf Ersatz der 3.000 € für die Entfernung des Putzes gegen V aus § 439 Abs. 3 S. 1 Var. 1 BGB.

II. §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 433 BGB

**Ann.:** Es handelt sich hier um einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung, da R den Ersatz eines Mangelfolgeschadens begehrt und eine hypothetische Nacherfüllung die Kosten für die Entfernung des Putzes nicht mehr beseitigen würde.

1. Kaufvertrag (+) s.o.
2. Sachmangel bei Gefahrübergang (+) s.o.
3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Grundsätzlich wird das Vertretenmüssen des V gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Jedoch wird er sich hier wohl exkulpieren können. V wusste nichts von der chemischen Verunreinigung des Putzes und hatte mithin keinen Vorsatz. Ferner ist nicht ersichtlich, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vernachlässigt und somit fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB gehandelt hätte.

Zwar hätte er durch eine Nachfrage beim Hersteller des Putzes von der Mangelhaftigkeit erfahren können, jedoch erscheint es nicht zumutbar, dass ein Verkäufer – ohne weitere Anhaltspunkte – für jedes von ihm verkaufte Produkt regelmäßig beim Hersteller nachfragt, ob Fehler o.ä. bekannt geworden sind. Vielmehr kann er davon ausgehen, entsprechend informiert zu werden.

Somit hat V die Mangelhaftigkeit der Kaufsache nicht zu vertreten.

**Ann.:** Eine Zurechnung über § 278 BGB scheidet aus, da der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist (BGH NJW 2008, 2837).

Ergebnis: R hat keinen Anspruch auf Ersatz der 3.000 € für die Entfernung des Putzes gegen V aus §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 433 BGB.

- III. Gesamtergebnis  
R hat einen Anspruch auf Ersatz der 3.000 € für die Entfernung des Putzes gegen V aus § 439 Abs. 3 S. 1 Var. 1 BGB.

### **C. Vorschuss für das Auftragen des neuen Putzes i.H.v. 2.000 €**

Anspruchsgrundlage: §§ 439 Abs. 3 S. 1 Var. 2 i.V.m. 475 Abs. 6 BGB

- I. Ersatzanspruch des R aus § 439 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB?

(+) siehe Ausführungen zu § 439 Abs. 3 S. 1 Var. 1 BGB entsprechend.

- II. Verbrauchsgüterkauf, § 474 Abs. 1 S. 1 BGB

R hat die Edelputz-Säcke – bewegliche Sachen – erworben, um die Fassade seines Hauses zu renovieren. Er verfolgte hierbei also einen rein privaten Zweck, sodass er Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist.

V betreibt hingegen ein Baustofffachgeschäft und hat R den Edelputz im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit veräußert, sodass er Unternehmer i.S.d. § 14 BGB ist.

Ein Verbrauchsgüterkauf liegt mithin vor.

- III. Höhe des Vorschusses

Die Höhe des Vorschusses orientiert sich an der Höhe des Aufwendungsersatzes, den der Verkäufer nach § 439 Abs. 3 BGB zu leisten hat (*Faust*, in: BeckOK-BGB, 45. Edition – Stand: 01.03.2018, § 475 Rdn. 65).

Laut Sachverhalt sind die von R begehrten 2.000 € objektiv für das Anbringen des neuen Putzes erforderlich, sodass sich dementsprechend auch der Vorschuss auf 2.000 € bemisst.

Ergebnis: R hat einen Anspruch auf Zahlung des Vorschusses für das Auftragen von neuem Putz gegen V i.H.v. 2.000 € aus §§ 439 Abs. 3 S. 1 Var. 2 i.V.m. 475 Abs. 6 BGB.

## Fall 2:

**Anm.:** Ein Anspruch aus § 535 Abs. 2 BGB kann geprüft werden, jedoch sollte dann erkannt werden, dass dieser aufgrund der wirksamen Aufhebungsvereinbarung zwischen R und M ausscheiden muss. Ebenso kommt keine stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses in Betracht, da in der Aufhebungsvereinbarung ein Ausschluss dieser Rechtsfolge vereinbart wurde und somit ein entgegenstehender Wille i.S.d. § 545 S. 1 BGB erkennbar ist. Aus diesem Grund scheidet auch ein konkludenter Mietvertragsschluss durch das weitere Wohnen des M.

### A. Anspruch auf Nutzungsentschädigung gemäß § 546a BGB

I. Wirksames, aber beendetes Mietverhältnis zwischen R und M (+)

II. Rückgabepflicht des M (+), § 546 Abs. 1 BGB

III. Vorenthaltung der Mietsache

M gibt vorliegend die Wohnung nicht an R heraus, obwohl ihm dies möglich wäre. Gleichzeitig besitzt R einen Rücknahmewillen und ist auch rücknahmebereit, was im Sachverhalt dadurch deutlich wird, dass er den M mehrfach um Herausgabe der Wohnung bittet. (Zu den Kriterien der Vorenthaltung: *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 7. Aufl. 2016, § 546a Rdn. 4ff.)

IV. Umfang der Nutzungsentschädigung

Grundsätzlich sieht § 546a Abs. 1 BGB vor, dass der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete oder die Miete verlangen kann, die für vergleichbare Sachen ortsüblich ist.

1) Vereinbarte Miete/ortsübliche Miete für Dauer der Vorenthaltung

Die Dauer der Vorenthaltung erstreckt sich auf den Zeitraum zwischen Beendigung des Mietverhältnisses und tatsächlicher Rückgabe der Mietsache (*Wiederhold*, in: BeckOK-BGB, 45. Edition - Stand: 01.11.2017, § 546a Rdn. 9a).

Hier gibt M die Wohnung erst am 31.05.2018 an R zurück, sodass die Vorenthaltung den kompletten April und den kompletten Mai 2018 betrifft. Mithin steht dem R grundsätzlich ein Anspruch i.H.v. zwei vereinbarten Monatsmieten (1.200 €) zu.

2) Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB?

Grundsätzlich stellt eine nicht funktionierende Stromversorgung einen Mietmangel dar, der eine Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB zur Folge hat (*Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 536 Rdn. 269f.).

Fraglich ist aber, ob § 536 BGB überhaupt Anwendung findet, wenn der Mietmangel – wie hier – erst nach Beendigung des Mietverhältnisses und damit in der Zeit der Vorenthaltung entsteht.

Eine Mindermeinung bejaht die Anwendung der Norm auch während einer Vorenthaltung, da § 546a BGB nicht zu jedem Preis den Vermieter begünstigen dürfe, wenn die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung aufgrund des Mangels durchbrochen sei. Auch unter dem Gesichtspunkt der Ortsüblichkeit könne eine Mietwohnung, welche mit einem Mangel behaftet ist, nicht mehr mit einer ähnlichen, aber mangelfreien Mietwohnung konkurrieren, sodass mit ihr auf dem freien Markt nur noch ein geringerer Mietzins zu erzielen sei. Würde § 536 BGB auf die Zeit der Vorenthaltung keine Anwendung finden, führte dies letztlich zu einer Art Strafschadensanspruch (*Streyll*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 546a Rdn. 69 m.w.N.).

Richtigerweise dürfte jedoch mit dem BGH und der hM eine Anwendung des § 536 BGB zu verneinen sein, sofern der Mietmangel erst während der Vorenthaltung entstanden ist. In der Vorenthaltungszeit ist das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten nur noch auf Abwicklung gerichtet. Dieser Zweck wäre jedoch gefährdet, wenn Mängel zu einer Kürzung des Anspruchs nach § 546a BGB führen würden, da der Mieter hierdurch motiviert werden könnte, die Vorenthaltung weiterzuführen. Zudem ist aus dem Wortlaut des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB eindeutig zu entnehmen, dass der Vermieter nur *während* der Mietzeit zur Instandhaltung der Mietsache verpflichtet ist. Diese Norm korrespondiert mit § 536 Abs. 1 S. 1 BGB, in dem die Minderung aufgrund eines Mangels *zur Zeit der Überlassung* der Mietsache angeordnet wird. (Zur vorstehenden Argumentation: BGH NJW 2015, 2795; *Blank*, in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 5. Aufl. 2017, § 546a Rdn. 30; *Rolfs*, in: Staudinger, *BGB*, Neubearb. 2018, § 546a Rdn. 42).

Folglich kommt eine Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB nicht in Betracht.

**Anm.:** Beide Ansichten sind mit entsprechender Argumentation vertretbar. Entscheidend ist nur, dass die Problematik erkannt wird und sich die Bearbeiter mit ihr auseinandersetzen. Hierbei sind allerdings keine vertieften Kenntnisse zu erwarten.

## V. Ergebnis

R hat einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung gegen M aus § 546a Abs. 1 BGB i.H.v. 1.200 €.

**Ann.:** Sollten Bearbeiter eine Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB bejahen, muss eine Minderungsquote nicht zwingend gebildet werden. Vielmehr genügt es, wenn sie darauf hinweisen, dass der Anspruch des R i.H.v. 1.200 € um eine *angemessene Quote gemindert ist*.