Bearbeitet von stud. jur. Ingrid Mattern, Greifswald*

Zwischenprüfung im Zivilrecht

Sachverhalt:

Der V ist Eigentümer eines Hauses in der X-Straße. Im Erdgeschoss befindet sich ein Feinkostladen, den der M von V gemietet hat. Punkt 12 des Mietvertrages (MV) enthält folgende Regelung: „Äußere Einwirkungen durch Dritte, wie z. B. Verkehrsumleitungen, Straßensperren, Geräusch-, Geruchs- und Staubelastungen begründen unabhängig vom Ausmaß keinen Fehler des Mietgegenstandes, sofern sie nicht vom Vermieter zu vertreten sind."

Im Mai 2006 wurde der zufällig an dem Haus vorbeigehende Passant P durch die herabstürzende Markise vor dem Geschäft des M an der Schulter verletzt. Abgelenkt durch das Klingeln des Telefons hatte der M die Markise nach dem Öffnen nicht ordnungsgemäß festgestellt. Die Verankerung hatte sich im Laufe der Jahre gelockert und dem jähen Fall der Markise nicht standgehalten. Zum Ausgleich für den erlittenen Körperschaden verlangt P von V Erstattung der Heilungskosten und Schmerzensgeld i. H. v. insgesamt angemessenen 800 €. V zahlt, da er sich als Hauseigentümer dazu für verpflichtet hält.

Im Jahr 2006 wurde die X-Straße im Auftrag der Gemeinde komplett erneuert. Im Zuge der Straßenbaumaßnahmen wurde die Straße vor dem Haus des V für die Zeit vom 01.07. bis 31.07.2006 vollständig gesperrt, so dass der Zugang zu dem Geschäft des M für die Kundschaft nicht möglich war. Deswegen zahlt der M für den Monat Juli 2006 die Miete i. H. v. 1200 € nicht.

Im September 2006 endete das Mietverhältnis zwischen M und V vereinbarungsgemäß. Im August 2007 verlangt V die Zahlung des Mietzinses für den Monat Juli 2006,

* *Ingrid Mattern* studiert im 5. Semester Rechtswissenschaft an der Universität Greifswald. Die vorliegende Hausarbeit wurde im Wintersemester 2008/2009 für die Zwischenprüfung im Zivilrecht am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht *(Prof. Dr. Hans-Werner Eckert)* mit 14 Punkten bewertet.

da die Zugangsversperrung keinen Fehler der Mietsache darstelle, was jedenfalls die Regelung unter Punkt 12 des MV zeige. Zudem verlangt V von M Schadensersatz, weil er von P wegen dessen Schulterverletzung in Anspruch genommen wurde. M verweigert jegliche Zahlung und meint, selbst wenn Ansprüche des V gegen ihn bestanden hätten, seien diese bereits verjährt.

Zu allem Überfluss hat der M auch noch Ärger mit dem Möbelhaus des K. Dort hatte er im Januar 2007 eine Luxuseinbauküche „Landhaus edel" zu einem Gesamtpreis i. H. v. 21.500 € (Kaufpreis: 19.500 €, Montage: 2000 €) für sein Privathaus bestellt, welche im März von K geliefert, eingebaut und an das Wasser- und Elektronetz angeschlossen worden ist. Nach dem Einbau der Küche stellte M fest, dass die Griffe nicht dem Modell „Landhaus edel", sondern dem Modell „Landhaus klassisch" entsprachen und rügte dies umgehend. K erwiderte, dass ein Austausch der Griffe zwar grundsätzlich mit geringem Aufwand möglich sei. Jedoch seien die ursprünglich zu dem von M bestellten Küchenmodell gehörenden Griffe nicht mehr verfügbar, da die Produktion eingestellt sei. Auch hätten die gelieferten und die bestellten Griffe den gleichen Preis, so dass dem M wertmäßig keine Einbußen entstünden. K verlangt von M Zahlung der 21.500 €. M verweigert die Zahlung, da er bei einer so teuren Küche wohl erwarten könne, dass diese genau seinen Vorstellungen entspreche. Er fühle sich an den Vertrag nicht mehr gebunden. K solle die Küche umgehend abholen.

Prüfen Sie gutachterlich, ob die von V und K gegen M geltend gemachten Ansprüche bestehen.

Gutachten

A. V verlangt von M Zahlung des Mietzinses für den Monat Juli 2006

V könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung der Julimiete für den Feinkostladen in Höhe von 1200 € gem. § 535 II BGB haben.

I. Anspruchsentstehung

Der Anspruch müsste entstanden sein. Dafür müssten V und M einen wirksamen Mietvertrag geschlossen haben. Dies liegt vor, wenn zwischen den Parteien gemäß den allgemeinen Vorschriften[1] (§§ 145 ff. BGB) zwei korrespondierende Willenserklärungen über Art und Umfang[2] der Vermietung abgegeben worden sind. Hier wird ein Feinkostladen überlassen. Bei der Nutzung eines ausgestatteten Ladens zum Zweck der Gewinnerzielung[3] ist an einen Pachtvertrag gem. § 581 I, II BGB zu denken. Dem Sachverhalt ist jedoch deutlich zu entnehmen, dass es sich zwischen M und V um ein Mietverhältnis handelt, bei dem sie sich über den Mietpreis, die Mietzeit und den Mietgegenstand geeinigt haben. Unwirksamkeitsgründe sind nicht ersichtlich. Folglich wurde ein wirksamer Mietvertrag gem. § 535 BGB geschlossen. Der Anspruch ist entstanden.

II. Kein Anspruchsuntergang

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein.

1. Minderung gem. § 536 I BGB

Der Anspruch könnte aufgrund einer gesetzlich geregelten Minderung aus § 536 I BGB als rechtsvernichtende Einwendung in vollem Umfang untergegangen sein. Die Mietsache müsste mit einem Mangel behaftet sein, der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch einschränkt.

a) Mietvertrag

Ein Mietvertrag liegt vor, s. o.

b) Mangel

Ein Mangel im Sinne von § 536 I BGB müsste gegeben sein. Dafür muss eine nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache vom vertraglich geschuldeten vorliegen.[4] Vertraglich geschuldete Sollbeschaffenheit der Mietsache ist demnach ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch, wozu insbesondere ihre Eignung zu dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck gehört.[5] Hier führt die öffentliche Hand Straßenbaumaßnahmen durch, die den Kunden den Zugang zum Mietobjekt verwehren. Der ungehinderte Zugang zu den Mieträumen ist Voraussetzung für eine vertragsgemäße Nutzung insbesondere dann, wenn Gewerberäume, in denen Gewinn erzielt werden soll, vermietet wurden und das dort betriebene Gewerbe auf Kundenverkehr angewiesen ist.[6] Bei einem Feinkostladen macht der Inhaber Gewinn damit, dass Personen zu Feinköstlichkeiten gelangen *[?]*, diese kaufen und mit ihnen den Laden verlassen können. Die Zugangsbehinderung stellt daher einen Mangel dar. Unerheblich ist, ob der Vermieter die Bauarbeiten hervorgerufen hat oder beeinflussen konnte.[7] *[Genauer!] [GreifRecht: Diese Frage ist umstritten. Siehe: Paul Jendrik, in: Harm Peter Westermann (Hrsg.), Erman BGB Handkommentar, 12. Aufl. 2008 § 536 Rn. 10 a. E.*

1 *Jörn Eckert* in: Reiner Schulze (Hrsg.), BGB Handkommentar, 5. Aufl. 2007, § 535 Rn. 1; *Walter Weidenkaff* in: Otto Palandt (Hrsg.), BGB Kommentar, 68. Aufl. 2009, § 535, Rn. 1; *Oliver Elzer* in: Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich, BGB Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 535 Rn. 17.

2 *Ute Jung*, Zustandekommen eines Vertrages, JuS 1999, 28 (28); *Othmar Jauernig* in: Othmar Jauernig (Hrsg.) BGB Kommentar, 12. Aufl. 2007, Vor. § 145 Rn. 2; *Wolfgang Kallwass*, Privatrecht, 19. Aufl. 2007, S. 45; *Jürgen Ellenberger* in: Palandt (Fn. 1), Einf. § 145 Rn. 3.

3 *Arndt Teichmann* in: Jauernig (Fn. 2), § 581 Rn. 2; *Dirk Harke* in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar BGB, Band 3, 5. Aufl. 2008, § 581 Rn. 11.

4 BGH, NJW 2006, 899 (900); *Weidenkaff* in: Palandt (Fn. 1), § 536 Rn. 16; *Volker Emmerich* in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar BGB, Buch 2, §§ 535–563 d, 2006, § 536 Rn. 5.

5 BGH, NJW 1982, 696 (696); *Wolf-Rüdiger Bub/Gerhard Treier*, Handbuch der Geschäfts-und Wohnraummiete, 2. Aufl. 1994, S. 1176; *Weidenkaff* in: Palandt (Fn. 1), § 535 Rn. 34.

6 BGH, NJW 1981, 2405 (2405).

7 LG Berlin GE 2003, 669 (669); LG Hamburg NZM 2004, 948 (949).

m. w. N; Verena Buch, Zugangsbehinderungen als „Umwelt-Fehler", NZM 2000, 693–695.] Ein Mangel i. S. d. § 536 I BGB liegt vor.

c) Maßgeblicher Zeitpunkt

Die §§ 536 ff. BGB sind nach der Gebrauchsüberlassung anwendbar. Unproblematisch liegt der Mangel im Juli 2006 nach der Überlassung des Gebrauchs vor.

d) Kein Ausschluss gem. § 536 I 3 BGB

Der Mangel muss danach die Gebrauchstauglichkeit erheblich einschränken. Der Nutzwert der angemieteten Geschäftsräume ist ohne eine zahlende Kundschaft nicht unerheblich eingeschränkt, ein Ausschlussgrund gem. § 536 I 3 BGB liegt nicht vor.

e) Kein Ausschluss gem. § 536 c II 2 Nr. 1 BGB

Der Mangel muss, wenn er vom Mieter festgestellt wurde, angezeigt werden. Es ist anzunehmen, dass sich der M sogleich bei V über die Straßensperrung beschwert hat, nachdem er davon Kenntnis erlangt hatte. Zumindest hat V nicht dargelegt, dass er aufgrund eines Anzeigeunterlassens nicht in der Lage war, Abhilfe zu schaffen. Dementsprechend liegt auch kein Ausschluss gem. § 536 c II 2 Nr. 1 BGB vor.

f) Kein Ausschluss gem. § 536 b BGB oder aus dem Rechtsgedanken des § 326 II BGB

Der Mangel darf danach dem Mieter nicht bei Vertragsschluss bekannt oder grob fahrlässig unbekannt gewesen sein oder durch ein Verschulden des Mieters hervorgerufen worden sein. Für solche Annahmen finden sich im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. *[GreifRecht: In einem Satz ablehnen.]*

g) Kein vertraglicher Ausschluss

Eine Mietminderung kann bei einer Geschäftraummiete, anders als bei einer Wohnraummiete, vertraglich eingeschränkt werden. *[Schön!]* Dies folgt aus dem Umkehrschluss zu § 536 IV BGB.[8] In Betracht kommt ein Haftungsausschluss gem. Punkt 12 des Mietvertrags. Dieser müsste wirksam sein. Wenn es sich bei diesem Ausschluss um eine AGB handelt, muss er der Inhaltskontrolle i. S. d. §§ 305 ff. BGB standhalten.

aa) Begrifflicher Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB

Es müsste überhaupt eine AGB vorliegen. AGB sind in § 305 I BGB legal definiert. Voraussetzung ist eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, die eine Vertragspartei der anderen Partei bei Abschluss eines Vertrages stellt.

(1) Vertragsbedingung

Die AGB müssen kraft rechtsgeschäftlicher Vereinbarung den Inhalt des Vertrages gestalten. Hier liegt zwischen V und M ein Mietvertrag vor, die Bedingungen betreffen das Mietverhältnis, es handelt sich um allgemeine Vertragsbedingungen.

8 *Norbert Eisenschmid* in: Wolfgang Schmidt-Futterer (Hrsg.), Handbuch zum Wohn- und Gewerbemietrecht, 9. Aufl. 2007, § 536 BGB Rn. 426.

(2) Vorformulierung

Die Vertragsbedingungen müssen gem. § 305 I BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein. Dieses formale Element setzt voraus, dass die Bedingung nicht ad hoc entworfen wurde, sondern als Rahmen für gleichartige Rechtsverhältnisse mit verschiedenen Kunden aufgestellt wurde.[9] Ob der Vermieter bereits Mieter hatte, hat oder vorhat, zu haben, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Die Formulierung der Bedingung ist so klar und allgemein gehalten, dass sie sich als Grundlage für weitere Mietverhältnisse eignet. Da es auf eine tatsächliche mehrfache Verwendung nicht ankommt[10], erscheint diese Bedingung als eine Vorformulierung i. S. d. § 305 I BGB.

(3) Vertragsvielzahl

Die Vertragsbedingung müsste dem Zweck nach für eine unbestimmte Anzahl künftiger Rechtsgeschäfte formuliert sein, die untere Grenze liegt bei drei bis fünf Verwendungen[11]. Es ist anzunehmen, dass der V die Bedingung künftig ausreichend verwenden will. Die geforderte Vertragsvielzahl liegt vor.

(4) Einbeziehungsveranlassung; keine Individualabrede

Der Verwender müsste die Bedingung bei Vertragsabschluss gestellt haben. Es ist anzunehmen, dass der V eine Einbeziehung im Rahmen seines Mietangebotes verlangt hat. AGB können zu Individualabreden werden, wenn sie im Einzelnen zwischen den Parteien ausgehandelt wurden, § 305 I 3 BGB. Dies ist nicht ersichtlich.

bb) Sachlicher Anwendungsbereich

Ein bestimmter Vertrag gem. § 310 BGB, der den sachlichen Anwendungsbereich aus §§ 305 ff. BGB ausdrücklich ausschließen würde, liegt nicht vor.

cc) Persönlicher Anwendungsbereich

Eingeschränkte Anwendung finden die §§ 305 ff. BGB gem. § 310 I 1 BGB gegenüber Unternehmern. M als Inhaber eines Feinkostladens könnte ein Unternehmer sein. Unternehmer gem. § 14 BGB ist, wer am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen anbietet. Der M bietet für die Dauer des Mietverhältnisses Feinkost an. Anhaltspunkte dafür, dass der M erst mit Abschluss des Vertrages eine unternehmerische Tätigkeit aufnimmt und damit eventuell als Verbraucher gem. § 13 BGB gilt, gibt der Sachverhalt nicht her. M ist Unternehmer gem. § 14 BGB. Ob für die Anwendung des § 310 I 1 BGB auch der Verwender der AGB ein Unternehmer ist, ist unerheblich.[12] Die § 305 II, III BGB sowie die §§ 308, 309 BGB bleiben somit außer Betracht.

9 *Jan Kropholler*, Studienkommentar BGB, 11. Aufl. 2008, § 305 Rn. 1; *Jürgen Basedow* in: Kurt Rebmann et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar BGB Band 2, 5. Aufl. 2007, § 305 Rn. 13; *Christian Grüneberg* in: Palandt (Fn. 1), § 305 Rn. 8.

10 *Basedow* in: Münchener Kommentar (Fn. 9), § 305 Rn. 13; *Klaus Peter Berger* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 1), § 305 Rn. 5.

11 BGH, NJW 1981, 2344, 2344; *Grüneberg* in: Palandt (Fn. 1), § 305 Rn. 9.

12 *Basedow* in: Münchener Kommentar (Fn. 9), § 310 Rn. 4; *Hans Schulte-Nölke* in: Reiner Schulze (Hrsg.) (Fn. 1), § 310 Rn. 2.

dd) Einbeziehung

Aufgrund von § 310 I 1 BGB gelten allgemeine Regeln über das Zustandekommen von Verträgen. Indem M den Mietvertrag unterschrieb, brachte er sein Einverständnis auch bezüglich der Klausel zum Ausdruck. Die AGB als Bestandteil des Mietvertrages wurde wirksam einbezogen.

ee) Inhaltskontrolle

Eine Inhaltskontrolle bezüglich der objektiven Angemessenheit der AGB ist gem. den §§ 307 ff. BGB vorzunehmen. Die §§ 308, 309 BGB bleiben allerdings wegen § 310 I 1 BGB außer Betracht, so dass die Kontrolle nur anhand der Generalklausel erfolgt.

Eine Inhaltskontrolle findet gem. § 307 III BGB gegenüber Bedingungen statt, die von einer gesetzlichen Regelung abweichen oder diese ergänzen. Punkt 12 Mietvertrag (MV) beschränkt unzweifelhaft das Gewährleistungsrecht des Mieters, eine Inhaltskontrolle ist deswegen grundsätzlich vorzunehmen.

Ein Verstoß gegen § 307 I BGB liegt bei einer unangemessenen Benachteiligung, die den Geboten von Treu und Glauben widerspricht, vor.

(1) Benachteiligung

Eine Benachteiligung ist gegeben, wenn die Interessen des Vertragspartners gegenüber denen des Verwenders so zurückgedrängt sind, dass kein vollständiger Interessenausgleich stattfinden kann.[13] Das Interesse des M, Gewinn durch Verkauf zu erzielen, ist durch die Straßensperre zurückgedrängt und wird durch den Haftungsausschluss nicht ausgeglichen. Eine Benachteiligung auf Seiten des M liegt durch die Klausel vor.

(2) Unangemessenheit

Die Benachteiligung müsste unangemessen sein. Dafür müsste der Verwender mit der Klausel nur seine eigenen Interessen verfolgt haben und keine Rücksicht auf die Interessen seines Vertragspartners nehmen.[14] Fraglich ist, ob die sachlich berechtigten Interessen des Vertragspartners anhand eines generell überindividuellen Prüfungsmaßstabes ausreichend berücksichtigt wurden. Ein gewöhnlicher Ladeninhaber, der mangels Kunden keinen Gewinn erzielen kann, ist derart eingeschränkt, dass der Ausschluss zugunsten des Vermieters nur dann zulässig erscheint, wenn es sich um Schäden handelt, die vertragsuntypisch und nicht vorhersehbar sind. Die Zugangsversperrung für bestimmte Haustüren aufgrund einer öffentlichrechtlichen Straßensperrung ist ungewöhnlich, aber durchaus nicht untypisch und unvorhersehbar. Ein Verstoß gegen die §§ 308, 309 BGB, der auch gegenüber einem Unternehmer ein starkes Indiz im Rahmen der Interessenabwägung wäre, ist nicht ersichtlich.

Der § 307 II BGB konkretisiert die Unangemessenheit anhand von Regelbeispielen, die widerlegbare Vermutungen begründen. Nach § 307 II Nr. 2 BGB dürfen wesentliche Rechte, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, nicht so eingeschränkt sein, dass das Erreichen des Vertragszwecks gefährdet ist. Hier ist der vertragsgemäß geeignete Zustand der Mietsache durch die Straßensperrung beeinträchtigt. Vertragszweck ist die Nutzung von Geschäftsräumen. Dieser Zweck erscheint für die Dauer der Zugangsversperrung gefährdet. Zudem kommt § 307 II Nr. 1 BGB in Betracht, wonach die Bestimmung mit den Grundgedanken der abgewichenen gesetzlichen Regelung vereinbar sein muss. Zu den wesentlichen Grundgedanken des Schuldrechts gehört das Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. *[GreifRecht: Für diese abstrakte Aussage fehlt eine belegende Fußnote.]* Ein formularmäßiger Ausschluss der Gewährleistung ist nur wirksam, wenn dem Mieter andere Möglichkeiten verbleiben, das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen.[15] Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass ein Zugang geschaffen werden kann. Somit kann kein Gleichgewicht hergestellt werden. Die Einschränkung stellt eine einseitige Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses zu Lasten des Mieters dar.

Der Einwand, die partielle Verlagerung der Vergütungsgefahr auf den Mieter stelle keine Missachtung des Prinzips der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung dar, denn das BGB kenne vergleichbare Verlagerungen der Vergütungsgefahr auf den Leistungsgläubiger in §§ 446, 447, 644, 645, 326 II BGB[16], überzeugt nicht. Diesen gesetzlichen Ausnahmeregelungen ist ebenso wie den Ausnahmeregelungen in §§ 536 b, 536 c II BGB, in denen die Minderung ausgeschlossen ist, gemeinsam, dass sie eine Verlagerung der Vergütungsgefahr auf den Leistungsgläubiger nur in Fällen vorsehen, in denen dies aus Gründen, die dem Leistungsgläubiger zuzurechnen sind, interessengerecht ist.[17]

Diese Klausel in einem Geschäftsraummietvertrag benachteiligt den Mieter mithin unangemessen und ist unwirksam[18]. *[GreifRecht: Bessere Strukturierung des gesamten Textes unter (b) empfehlenswert.]*

ff) Zwischenergebnis

V kann sich nicht auf die unwirksame Regelung aus Punkt 12 MV berufen. Ein vertraglicher Ausschluss der Minderung liegt nicht vor.

h) Rechtsfolge

Die Minderung tritt gem. § 536 BGB kraft Gesetzes ein. Von welchem Betrag bei der Errechnung der Minderung auszugehen ist, ist umstritten. Nach wohl h. M. errechnet sich die Mietminderung aus der Bruttomiete.[19] So wurde die Mietminderung von M vorgenommen. Eine andere Auffassung vertritt, dass die Mietminderung allein aus

13 *Astrid Stadler* in: Jauernig (Fn. 2), § 307 Rn. 4; *Eva Kieninger* in: Münchener Kommentar (Fn. 9), § 307 Rn. 31.

14 BGHZ 74, 383 (390); *Grüneberg* in: Palandt (Fn. 9), § 307 Rn. 8.

15 OLG München ZMR 1987, 16 (16); LG Hamburg NZM 2004, 948; *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer (Fn. 8) § 536 Rn. 426.

16 OLG Hamburg ZMR 2004, 432 (433); *Christopher Woitkewitsch*, Der Haftungsausschluss für durch Dritte bewirkte Mietmängel – ein Fall der Drittschadensliquidation?, ZMR 2004, 401 (402).

17 BGH, NJW 2008, 2497 (2498).

18 KG Berlin NJW-RR 2008, 1042 (1044); *Hubert Blank/Ulf Börstinghaus*, Mietrecht Kommentar, BeckOnline, 2. Aufl. 2004, § 536 Rn. 117.

19 OLG Frankfurt WuM 1986, 19 (19); OLG Düsseldorf WuM 1994, 324 (325); OLG Hamm NJWE-MietR 1996, 80 (82).

der Nettomiete zu berechnen sei i. S. d. § 441 III BGB analog[20], wenn die jeweiligen Nebenleistungen durch den Mangel nicht beeinträchtigt sind. Auszugehen ist davon, dass der M die Nebenleistungen in Anspruch genommen hat, demnach müsse der M die Nebenkosten für den besagten Monat noch nachzahlen. Würde man der zweiten Ansicht folgen, hätte der Vermieter die Möglichkeit, durch eine hohe Nebenkostenpauschale die Minderung zum Nachteil des Mieters zu beeinflussen. Auch der BGH schließt sich der überwiegenden ersten Auffassung ausdrücklich an.[21] Die Höhe der Minderung beträgt folglich eine volle Monatsmiete, so wie von M vorgenommen. Dies ist unter Berücksichtigung des Umstandes, dass keiner den Mangel beeinflussen konnte oder herbeiführte, auch angemessen i. S. d. § 536 I 2 BGB. Der geminderte Betrag war angemessen.

2. Zwischenergebnis

Der Anspruch des V ist durch das Minderungsrecht des M untergegangen.

III. Anspruchsdurchsetzbarkeit

Hilfsgutachterlich ist fraglich, ob der Anspruch durchsetzbar gewesen wäre.

1. Verjährung

M könnte gegen den Anspruch des V zudem die rechtshemmende Einrede der Verjährung haben. Ansprüche auf rückständige Miete verjähren regelmäßig gem. § 195 BGB nach drei Jahren. M hat zwar eine Verjährungserklärung abgegeben, der Anspruch ist jedenfalls aber, da das Ereignis weniger als ein Jahr zurückliegt, offensichtlich noch nicht verjährt. Die kürzere Verjährung aus § 548 BGB findet hier keine Anwendung. M kann die Einrede der Verjährung nicht erheben.

2. Zurückbehaltungsrecht

M könnte gem. § 320 BGB ein Zurückbehaltungsrecht als rechtshemmende Einrede haben. Diese Einrede gilt neben den Rechten aus §§ 536, 536 a BGB.[22] Allerdings ist die Leistung des V nur durch Beantragen einer Fußgängerbrücke möglich, was mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Ein Zurückbehaltungsrecht ist daher nicht unverhältnismäßig.

IV. Ergebnis

V hat gegen M aufgrund der rechtsvernichtenden Einwendung der Minderung keinen Zahlungsanspruch aus § 535 II BGB.

20 OLG Koblenz ZMR 2002, 744 (744).

21 BGH, NJW 2005, 1713 (1713).

22 BGHZ 84, 42 (45); *Weidenkaff* in: Palandt (Fn. 1), § 536 Rn. 6.

B. V verlangt von M Schadensersatz für an P geleistete Zahlungen

I. § 536 c II BGB

V könnte gegen M einen vertraglichen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Anzeigepflicht gem. § 536 c II BGB haben.

1. Mietvertrag

Ein Mietverhältnis liegt vor, s. o.

2. Mangel

Weiterhin ist erforderlich, dass ein Mangel der Mietsache vorgelegen hat. Ein Mangel i. S. d. § 536 c I BGB liegt bei jeder nicht unerheblichen Verschlechterung des Mietobjektes ohne Rücksicht darauf vor, ob die Brauchbarkeit der Mietsache eingeschränkt wurde.[23] Zum Mietobjekt gehören auch alle zum Gebrauch überlassenen und zur Mietsache gehörenden Anlagen.[24] Die Markise wurde M zur Benutzung überlassen und die Lockerung der Verankerung stellt, da die Markise herunterfiel, eine erhebliche Verschlechterung der Mietsache dar. Ein Mangel lag vor.

3. Anzeigepflicht

M müsste eine Pflicht zur Anzeige eines Mangels verletzt haben. Der Mieter müsste den Mangel zunächst erkannt oder ihn infolge grober Fahrlässigkeit übersehen haben.[25] Grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn die verkehrsübliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt worden ist und wenn dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.[26] Es ist anzunehmen, dass M die Markise fast täglich benutzte und ihm deshalb die Instabilität durch die Lockerung der Verankerung an der Markise hätte auffallen können. Die Pflicht, ein Gebäude im Hinblick auf die von ihm ausgehenden Gefahren zu sichern, besteht grundsätzlich für den, der die alleinige Sachherrschaft über die Mietsache ausübt.[27] Zum Geschäftsbereich des Feinkostladens gehört die Markise vor dem Laden. Dementsprechend gehört die Wartung der Markise zu der verkehrsüblichen Sorgfaltspflicht des M. Ihn trifft eine Pflicht zur Gefahrenabwehr. Diese beinhaltet, dass der Mieter im Rahmen des Zumutbaren dazu verpflichtet ist, Schäden zu verhindern.[28] M hat Personen, die sich vor seinem Schaufenster aufhalten, vor von dem Gebäude ausgehenden Gefahren zu schützen. Bei einer über einer Straße angebrachten Markise gilt grundsätzlich eine jährliche Prü-

23 BGHZ 68, 281 (283); *Weidenkaff* in: Palandt (Fn. 1), § 536 c Rn. 7.

24 *Bub/Treier* (Fn. 5), Rn. 971.

25 BGHZ 68, 281 (283); BGH, NJW-RR 2006, 1157 (1158).

26 BGHZ 10, 14 (16).

27 *Blank/Börstinghaus* (Fn. 18), § 535 Rn. 252; *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 III Rn. 3a; *Johannes Hager* in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar BGB, Buch 2, §§ 823–825, 1999, § 823 Rn. 57; *Eckhard Wolf/Hans-Georg Eckert*, Handbuch Mietrecht, 7. Aufl. 1995, Rn. 797.

28 BGH, NJW 2007, 762 (762); VersR 2006, 803 (804); *Hartwig Sprau* in: Palandt (Fn. 1), § 823 Rn. 46.

fungspflicht.[29] Je nach Stand der Bautechnik können sich die Überprüfungszeiträume verlängern. Hinsichtlich der Unterhaltung und der nötigen Überprüfung hängt deren Intensität wiederum von den Sicherheitserwartungen des Verkehrs ab[30], insbesondere ist auch die Publikumsgeneigtheit der Umgebung zu berücksichtigen[31]. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass sich die Markise über Jahre hinweg lockern konnte. Die Markise hängt über einer öffentlichen Straße, auf der ein reger Fußgängerverkehr zu herrschen scheint. Jedenfalls ist anzunehmen, dass sich die jährliche Überprüfung nicht so weit verlängert, dass hier im Laufe der Jahre nicht zumindest eine Überprüfung hätte stattfinden müssen. Eine regelmäßige Überprüfung wäre notwendig gewesen. Demnach kann dem M mindestens grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen werden. Ihn trifft, wenn er den Mangel nicht selbst behebt, eine Pflicht zur Anzeige. *[Das ist alles zutreffend, nur etwas zu lang ausgeführt. Trotzdem eine sehr ansprechende Prüfung.]*

4. Schaden

Schaden ist eine unfreiwillige Vermögenseinbuße[32], hier der Wiederherstellungswert der Markise. Jedenfalls macht der V aber nur einen Schaden durch das von ihm an P gezahlte Geld geltend und nicht den Sachschaden an der Markise. P verlangt keinen Ersatz für die Markise.

5. Ergebnis

V hat gegen M keinen Schadensersatzanspruch aus § 536 c II BGB.

II. §§ 280 I, 241 II BGB

V könnte gegen M einen vertraglichen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Sorgfaltspflicht aus §§ 280 I, 241 II BGB haben.

[Das können Sie dann ruhig so bezeichnen: §§ 280 I, 535, 241 II.]

1. Schuldverhältnis

Das Schuldverhältnis gem. § 311 I BGB *[Besser: § 535 BGB]* ist hier der Mietvertrag.

2. Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung könnte hier bei einer Nebenpflicht vorliegen. Eine Nebenpflicht gem. § 241 II BGB ist nach bisheriger Rechtsprechung die Rücksichtnahme bezüglich der Rechte und sonstigen Rechtsgüter der Gegenpartei.[33] *[Genauer: Mietvertragliche Obhutspflicht]* Nebenpflichtverletzung des M aus dem Mietverhältnis ist jedenfalls die Nichtüberwachung seines Besitzes (s. o.) und eventuell das nicht ordnungsgemäße Feststellen der Markise. Selbst wenn ein Nichtfeststellen nach dem Öffnen unter normalen Umständen lediglich zu einem leichten Abfall führt, ist ein Markisenbenutzer grundsätzlich dazu angehalten, diese festzustellen. Das liegt auch daran, dass schon ein leichtes Absinken zu dauerhafter Instabilität führt und zudem i. V. m. einer weiteren, nicht vorhersehbaren Belastung zum vollständigen Herunterfallen führen kann. Die Verschlechterung der Mietsache entstand hier nicht gem. § 538 BGB durch vertragsgemäßen Gebrauch. M hätte die Markise feststellen und die Verankerung überprüfen müssen (s. o.). Eine Nebenpflichtverletzung liegt vor.

3. Verschulden

In § 280 I 2 BGB besteht eine Verschuldensvermutung gegenüber dem Anspruchsgegner. Zu vertreten ist gem. § 276 I, II BGB grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit. M handelte, wie oben festgestellt, zumindest grob fahrlässig bezüglich der nicht behobenen Lockerung der Verankerung. Vorsatz ist im Zivilrecht nach der Vorsatztheorie das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges.[34] *[Das brauchen wir hier gar nicht. Weglassen!]* Bezüglich des Nichtfeststellens ließ sich der M zudem von einem Telefonklingeln ablenken. Diesen Arbeitsvorgang unterbrach er zumindest, da sich für einen Eventualvorsatz im Sachverhalt keine Anhaltspunkte finden, auch fahrlässig. M kann sich von diesen Vermutungen nicht befreien, er handelte mithin schuldhaft.

4. Schaden

Auch hier entspricht der Sachschaden jedoch nicht dem von V geltend gemachten Schaden. *[Der Schaden wäre hier durchaus zu subsumieren!] [GreifRecht: Im Idealfall hätte hier inzident geprüft werden müssen, ob die Nebenpflichtverletzung des M zu einem ersatzfähigen, kausalen Schaden des V führt. Demnach wären hier Schadensersatzansprüche des P gegen V zu prüfen. Diese werden vorliegend zumindest unter II. 4. a) bb) (2) geprüft.]*

5. Ergebnis

V hat gegen M keinen Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB.

III. §§ 670, 683 BGB

V könnte gegen M einen Ersatzanspruch wegen Aufwendungen aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 670, 683 BGB haben.

Hier glaubt der V jedoch, ein eigenes Geschäft zu besorgen. Demnach liegt eine irrtümliche Eigengeschäftsführung als unechte Geschäftsführung vor, wonach eine Haftung aus GoA gem. § 687 I BGB ausgeschlossen ist. V hat also gegen M keinen Anspruch aus §§ 670, 683 BGB.

IV. § 426 II 1 BGB

V könnte gegen M einen Schadensersatzanspruch aus der Zahlung einer Gesamtschuld des V gegenüber P auch für M gem. § 426 II 1 BGB haben.

29 RG JW 1931, 194 (195).

30 BGH, NJW 1993, 1782 (1783); NJW-RR 1990, 1423 (1425); NJW 1985, 1076 (1076).

31 OLG Köln VersR 2005, 512 (513); *Gerald Spindler* in: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, Kommentar zum BGB, Beck-Online, Edition 8, Stand: 01.01.2008, § 836 Rn. 20ff.

32 *Helmut Heinrichs* in: Palandt (Fn. 1), vor § 249 Rn. 8; *Hartmut Oetker* in: Münchener Kommentar (Fn. 9), § 249 Rn. 14.

33 *Heinrichs* in: Palandt (Fn. 1), § 241 Rn. 6.

34 BGH, NJW 1965, 962 (962); *Heinrichs* in: Palandt (Fn. 1), § 276 Rn. 10.

1. Entstehung

Eine Gesamtschuld entsteht aus allgemeinen Grundsätzen oder kraft Gesetzes.

[GreifRecht: Vorzuziehen ist, zunächst eine Prüfung der gesetzlichen Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung vor der Herleitung aus allgemeinen Grundsätzen.]

a) Aus allgemeinen Grundsätzen

Bei mehreren Schuldnern, von denen jeder auf das Ganze verpflichtet ist, entsteht sie nach allg. Grundsätzen gem. §§ 421 ff. BGB. Dann müsste der P Schadensersatzansprüche gegen M und V haben.

P könnte gegen M einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 311 I, 241 II BGB haben. Allerdings ist eine Vertragsanbahnung gem. § 311 II BGB, da der P nur unter der Markise durchgeht, ohne sich die Ware des M anzuschauen und zu überlegen, ob er etwas kaufen will, nicht ersichtlich, so dass ein vorvertraglicher Anspruch des P gegen M nicht in Betracht kommt.

Für Ansprüche des P gegen V aus §§ 536 a I Alt. 1, 536 BGB i. V. m. den Grundsätzen zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter fehlt die Schutzwürdigkeit aufgrund eigener gleichwertiger Ansprüche. Ebenso fehlt die Schutzwürdigkeit bei einem Schadensersatzanspruch von P gegen V aus §§ 535 I, 537 BGB i. V. m. einer Drittschadensliquidation.

Eine Gesamtschuld aus allgemeinen Grundsätzen zwischen V und M gegenüber P liegt mithin nicht vor.

b) Aus gesetzlicher Anordnung

Eine gesamtschuldnerische Haftung wird auch bei mehreren allein Verantwortlichen für denselben Schaden aus unerlaubter Handlung gem. § 840 I BGB gesetzlich angeordnet.

aa) P gegenüber M

Ein deliktischer Schadensersatzanspruch des P gegen M müsste vorliegen.

(1) § 823 I BGB

P könnte gegen M einen Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten und des Schmerzensgeldes i. H. v. angemessenen 800 € gem. § 823 I BGB haben.

(a) Haftungsbegründender Tatbestand

Der begründende Tatbestand müsste erfüllt sein.

(aa) Rechtsgutsverletzung

Dazu müsste ein enumeriertes Rechtsgut des P aus § 823 I BGB verletzt worden sein. Eine Körperverletzung ist eine Beeinträchtigung der äußeren körperlichen Unversehrtheit.[35] Eine Gesundheitsschädigung ist eine negative Abweichung von den normalen körperlichen Funktionen des Körpers.[36] Die Schulterverletzung des P und seine Schmerzen durch einen äußeren Eingriff auf die Integrität und die dadurch hervorgerufene Funktionsstörung sind sowohl eine Körperverletzung als auch eine Gesundheitsschädigung. Verletzungen des Körpers und Schädigung der Gesundheit gehen ineinander über.[37] Rechtsgutsverletzungen liegen vor.

(bb) Handlung

Die Rechtsgutsverletzung müsste auf ein relevantes Handeln des M zurückzuführen sein. Es müsste ein vorwerfbares Tun oder Unterlassen des M vorliegen. Eine Handlung ist eine willensgetragene Körperbewegung[38] durch einen Menschen, die eine nachteilige Beeinträchtigung eines Rechtsgutes bewirkt. Ein Unterlassen ist dem positiven Tun gleichzusetzen, wenn eine Pflicht zum Handeln aus einer Garantenstellung besteht, die erforderlich und zumutbar ist.[39] Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen erfolgt am Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bezüglich des sozialen Sinngehaltes.[40] Durch das Nichtfeststellen nach dem Öffnen lag die Verletzung durch das Herunterfallen direkt im Ablauf des Handelns. Durch die Lockerung der Verankerung, die nicht gewartet wurde, hat der M eine Gefahr geschaffen. *[Hier war eher auf das Nichtfeststellen der Markise als Tun abzustellen.]* In Frage kommt ein Unterlassen bzgl. des Feststellens und des Überprüfens.

Eine Pflicht zum Handeln könnte hier in Form einer allgemeinen Verkehrssicherungspflicht gegeben sein. Nach der ständigen Rechtsprechung begründet derjenige eine Verkehrssicherungspflicht, der in seiner eigenen Verantwortungssphäre eine Gefahrenlage schafft oder unterhält.[41] Die Lockerung der Markisenverankerungen ist eine Gefahrenquelle seitens des M, die er unterhält (s. o.). Eine Verkehrssicherungspflicht lag mithin vor. Verletzt ist eine Verkehrssicherungspflicht, wenn nicht alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zum Schutze Dritter getroffen wurden, um die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten. Die Wartung der Markise gehört zu der verkehrsüblichen Sorgfaltspflicht des Mieters M (s. o.). Ein Unterlassen liegt als Verletzungshandlung vor.

(cc) Haftungsbegründende Kausalität

Weiterhin muss eine haftungsbegründende Kausalität vorliegen, das bedeutet, dass die Handlung kausal für die Rechtsgutsverletzung sein muss. Streitig ist, woran diese Kausalität festzumachen ist.

Fraglich ist zunächst, ob die Schäden äquivalent kausal durch die Pflichtverletzung entstanden sind.[42] Dieses ist der Fall, wenn das Unterlassen eine *conditio sine qua non,* also eine Bedingung darstellt, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schadenserfolg entfiele.[43] Hätte M die Verankerung gewartet, hätte die Markise nicht herunterfallen können. Auslöser für konkret den Schadenserfolg an P ist zudem das Nichtfeststellen durch M nach Öffnen der Markise. Dass der V eventuell ebenfalls eine Pflicht zur Wartung hat und damit eine kumulative Kausalität vorliegen könnte, ist unabhängig für die Kausalität des M. Das Unterlassen war kausal für die Verletzung im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel.

---

35 *Teichmann* in: Jauernig (Fn. 2), § 823 Rn. 3; *Sprau* in: Palandt (Fn. 1), § 823 Rn. 4.

36 BGH, NJW 1991, 1948 (1949); NJW 2005, 2614 (2615); *Sprau* in: Palandt (Fn. 1), § 823 Rn. 4.

37 *Teichmann* in: Jauernig (Fn. 2), § 823 Rn. 3; *Sprau* in: Palandt (Fn. 1), § 823 Rn. 4.

38 *Teichmann* in: Jauernig (Fn. 2), § 823 Rn. 20.

39 *Spindler* in: Bamberger/Roth (Fn. 31), § 823 Rn. 6; *Jérome Lange/Katrin Schmidbauer* in: Maximilian Herberger/Michael Martinek/Helmut Rüßmann/Stephan Weth (Hrsg.), Juris Praxiskommentar BGB Schuldrecht Band 2.3, 3. Aufl. 2006, § 823 Rn. 47; *Karl Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 27 III lit. c.

40 BGH, NJW 1953, 1924 (1924).

41 BGH, NJW-RR 2002, 525 (526); BGHZ 14, 83 (85); *Sprau* in: Palandt (Fn. 1), § 823 Rn. 46.

42 BGHZ 2, 138 (141); *Klaus Vieweg* in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Eckpfeiler des Zivilrechts, 2008, S. 422.

43 BGHZ 34, 206 (215); *Heinrichs* in: Palandt (Fn. 1), vor § 249 Rn. 57.

Weiter müsste nach der h. M.[44], um die sehr weite Haftung einzuschränken, auch eine adäquate Kausalität vorliegen. Als adäquat kausal wird in ständiger Rechtsprechung ein Umstand definiert, der unter Berücksichtigung des im Beurteilungszeitpunkt zur Verfügung stehenden menschlichen Erfahrungswissens[45], also der *ex-ante*-Betrachtung eines „optimalen Beobachters"[46], nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolges geeignet war[47]. Verankerungen, die schwere bewegliche Gegenstände tragen, lockern sich im Laufe der Zeit. Ein Herunterfallen durch das Nichtfeststellen im Zusammenhang mit der bereits unterhaltenden Gefahrenquelle liegt nicht außerhalb jeder Lebenserwartung. Ein atypischer Kausalverlauf liegt nicht vor, die Rechtsfolge ist als adäquate Folge zurechenbar.

Als weitere Einschränkung der Kausalität müsste der eingetretene Schaden ein solcher sein, der auch vom Schutzzweck der Anspruchsgrundlage erfasst ist.[48] Es entspricht auch dem Schutzzweck von § 823 I BGB, Menschen vor Gefahren zu schützen, die von Gebäuden ausgehen.

Die haftungsbegründende Kausalität ist nach allen Meinungen gegeben.

(dd) Rechtswidrigkeit und Verschulden.

Die Rechtswidrigkeit einer Pflicht zum Handeln wird bei Verletzung durch eine Verkehrssicherungspflicht nach h. M. indiziert.[49] Es kommen keine Rechtfertigungsgründe in Betracht. Auch liegt eine von einer anderen Meinung[50] geforderte Handlungspflichtverletzung vor. Zudem liegt auch ein Verstoß gegen die Verbotsnorm vor, der bei einer fahrlässigen mittelbaren Handlung von einer Mindermeinung[51] gefordert ist. Folglich handelte M auch rechtswidrig.

M handelte fahrlässig (s. o.) i. S. d. §§ 823 I, 276 II BGB.

(ee) Zwischenergebnis

Der haftungsbegründende Tatbestand ist gegeben. *[GreifRecht: Die Ausführungen zum haftungsbegründenden Tatbestand sollten gekürzt werden.]*

(b) Haftungsausfüllender Tatbestand

Zudem muss der haftungsausfüllende Tatbestand erfüllt sein.

P müsste einen Schaden erlitten haben. Ein solcher ist hier durch die Heilungskosten, die nach § 249 I, II 1 BGB erstattungsfähig sind, und das Schmerzensgeld, welches nach § 253 II BGB verlangt werden kann, vorliegend.

Die Schadensberechnung erfolgt anhand der Differenzhypothese.[52] Danach wird der tatsächliche mit dem hypothetisch schadensfreien Verlauf verglichen.[53] Durch den Ausgleich dieser Differenz wird der Geschädigte so gestellt, als ob das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Gem. dem Sachverhalt ist eine Schadenshöhe von insgesamt 800 € angemessen.

Der Schaden müsste kausal aus der Rechtsgutsverletzung hervorgegangen sein. Dies ist nach jeder der o. g. Theorien unproblematisch der Fall.

(c) Ergebnis

Der Anspruch ist entstanden, nicht untergegangen und auch durchsetzbar. P hat gegen M einen Anspruch aus § 823 I BGB.

(2) P gegenüber M aus § 823 II BGB i. V. m. § 229 StGB

Ein deliktischer Schadensersatz des P gegen M könnte aus § 823 II BGB bestehen.

Die Voraussetzungen des Tatbestands müssten erfüllt sein.

Ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB müsste vorliegen. In Betracht kommt § 229 StGB. Es müsste dem Schutz eines Dritten dienen.[54] Der § 229 StGB soll den Einzelnen vor Verletzungen seines Körpers schützen. Die Norm dient also dem Schutz von Dritten. Ein Schutzgesetz ist gegeben.

Taterfolg ist die Körperverletzung des P. Die Tathandlung ist das Nichtfeststellen und Nichtwarten als Unterlassen gem. § 13 StGB. Die geforderte Wartung hätte den Erfolg verhindert. Das Feststellen hätte den Fall hinausgezögert. Eine Kausalität der Handlung zum Erfolg und eine objektive Zurechenbarkeit liegen mithin vor. M handelte fahrlässig bezüglich dieser Tatbestände. Mangels Rechtfertigung-, Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründen handelte M auch rechtswidrig und schuldhaft. Das Schutzgesetz wurde verletzt.

Die haftungsbegründende Kausalität und Rechtswidrigkeit bzgl. der Schutzgesetzverletzung liegen unproblematisch vor.

Ein Verschulden bezüglich der Verletzung des § 229 StGB müsste gegeben sein. Streitig ist, ob bei § 823 II BGB auf den Verschuldensmaßstab des jeweiligen Schutzgesetzes oder des § 276 BGB abzustellen ist.[55] Hier lassen jedoch beide Möglichkeiten Fahrlässigkeit genügen, so dass der Streit folglich nicht entschieden werden muss. Dass M fahrlässig gehandelt hat, wurde bereits dargelegt. Der haftungsausfüllende Tatbestand liegt ebenfalls vor.

Der Anspruch ist entstanden und zudem nicht untergegangen, auch durchsetzbar.

P hat gegen M einen Anspruch aus § 823 II BGB i. V. m. § 229 StGB.

(3) P gegenüber M aus § 836 I 1 BGB

P könnte gegen M auch einen Anspruch aus § 836 I 1 BGB haben. Dazu müsste der M gem. §§ 836 III, 872 BGB Eigenbesitzer sein. Eigenbesitzer ist, wer die tat-

44 RGZ 133, 126 (127); BGH, NJW 2002, 2232 (2233); *Gottfried Schiemann* in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar BGB, Buch 2, §§ 249–254, 2005, § 249 Rn. 15ff.

45 *Schiemann* in: Staudinger (Fn. 44), § 249 Rn. 15.

46 *Oetker* in: Münchener Kommentar (Fn. 9), § 249 Rn. 106; *Vieweg* in: Eckpfeiler (Fn. 42), S. 423; *Heinrichs* in: Palandt (Fn. 1), vor § 249 Rn. 60.

47 BGHZ 3, 261 (267).

48 BGHZ 27, 137 (140); *Schiemann* in: Staudinger (Fn. 44), § 249 Rn. 27ff.

49 BGHZ 24, 21 (25); BGHZ 79, 6 (9); *Teichmann* in: Jauernig (Fn. 2), § 823 Rn. 48.

50 *Josef Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht, Band 1, Teilband 2, S. 171f.

51 *Larenz*, (Fn. 39), § 72 I lit. c; *Christian von Bar*, Entwicklung und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrssicherungspflicht, JuS 1988, 169 (174).

52 *Friedrich Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 1ff; *Gottfried Schiemann*, „Neues" allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen?, in: Reinhard Zimmermann et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Hermann Seiler, 1999, S. 259ff.

53 *Vieweg* in: Eckpfeiler (Fn. 42), S. 401.

54 *Jörn Eckert*, Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2005, Rn. 1679; *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker*, Besonderes Schuldrecht, 25. Aufl. 2008, § 41 Rn. 68.

55 *Spindler* in: Bamberger/Roth (Fn. 31), § 823 Rn. 164; *Andreas Spickhoff* in: Hans Theodor Soergel, BGB Schuldrecht, Band 12, §§ 823–853, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 204.

sächliche Verfügungsgewalt mit dem Willen ausübt, eine Sache als ihm gehörend zu besitzen.[56] M ist Mieter des Geschäfts. Mieter haben zwar die tatsächliche Verfügungsgewalt, wollen aber i. d. R. die Mietsache nicht als eigene, sondern nur für die Dauer des Mietverhältnisses nutzen, sie sind mithin keine Eigenbesitzer i. S. d. § 836 III BGB[57]. *[Ja!]* Folglich ist M kein Eigenbesitzer. P hat gegen M aus § 836 I 1 BGB keinen Anspruch.

(4) P gegenüber M aus § 838 BGB

Ein Anspruch des P gegen M aus § 838 BGB liegt, da der M keine Unterhaltspflicht durch Vertrag übernommen hat und eine solche Pflicht sich nicht aus mietrechtlichen Vorschriften ergibt[58], nicht vor.

(5) Zwischenergebnis

P hat gegenüber M deliktische Schadensersatzansprüche aus § 823 I und § 823 II BGB.

bb) P gegenüber V

P müsste einen deliktischen Schadensersatzanspruch gegen V haben.

(1) § 823 I BGB

P könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten und Schmerzensgeld gem. § 823 I BGB haben.

Die Rechtsgüter Körper und Gesundheit sind verletzt.

Weiterhin müsste eine Handlung des V gegeben sein. In Frage kommt ein Unterlassen. Neben der Verkehrssicherungspflicht des Mieters kann unter Umständen auch eine Pflicht des Eigentümers bestehen. Der Eigentümer hat keine Pflicht aus der tatsächlichen Sachherrschaft, aber als Vermieter aus der Eröffnung des Verkehrs zu den Geschäftsräumen. Eine vertragliche Übertragung der Verkehrssicherungspflicht auf den Mieter ist nicht gegeben. Auch für den Vermieter besteht also eine Pflicht zur Gefahrenabwehr. V wäre es auch ohne großen Kostenaufwand möglich gewesen, die Markise selber oder durch einen sachkundigen Dritten warten zu lassen. Demnach war ihm das pflichtgemäße Handeln auch zumutbar. Eine Handlung in Form eines pflichtwidrigen Unterlassens liegt vor.

Das Unterlassen ist kausal für die Verletzung, und Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

V müsste die Verletzung zu vertreten haben. Er hat jedenfalls die objektive Sorgfalt nicht eingehalten, der Sachverhalt enthält keine Entlastung für ihn. V handelte mithin fahrlässig gem. § 276 II BGB. Er verschuldete die Verletzung. *[Das Verschulden des V ist äußerst fraglich. Eine Bejahung setzt eine ausführliche Erörterung voraus. Gleiches gilt entsprechend für den folgenden Anspruch aus § 823 II BGB i. V. m. § 229 StGB.]*

Der haftungsausfüllende Tatbestand liegt zudem unproblematisch vor.

P hat gegen V einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB.

(2) § 823 II BGB i. V. m. § 229 StGB

P könnte gegen V auch einen Anspruch aus § 823 II BGB haben. Der § 229 StGB ist ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB. V hat den Tatbestand der Strafrechtsnorm durch Unterlassen kausal, rechtswidrig und schuldhaft verletzt. Die haftungsbegründende Kausalität, die Rechtswidrigkeit, das Verschulden sowie der haftungsausfüllende Tatbestand gem. § 823 II BGB liegen vor. Der Anspruch ist zudem nicht untergegangen und auch durchsetzbar. P hat gegen V einen Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB.

(3) § 836 I, III BGB

[§ 836 BGB ist ein Spezialgesetz gegenüber § 823 I BGB wegen Verkehrsichungspflichtverletzung (s. Wagner, in: Münchener Kommentar (Fn. 57), § 836 Rn. 2). Daher ist er im Gutachten vor Ansprüchen aus § 823 I BGB und § 823 II BGB zu prüfen.]

P könnte gegen V einen Anspruch aus § 836 I, III BGB haben.

(a) Anspruchsgegner

V müsste Anspruchsgegner gem. §§ 836 I, III, 872 BGB sein. Er ist Eigentümer der vermieteten Räume, also mittelbarer Eigenbesitzer, er hat auch den Eigenbesitzerwillen bezüglich aller in seinem Eigentum stehenden Anlagen. Mithin ist er richtiger Anspruchsgegner.

(b) Gebäude

Das Haus müsste ein Gebäude sein. Dies ist ein zum Aufenthalt von Menschen bestimmter umschlossener Raum.[59] Ein Gebäude liegt vor.

(c) Gebäudeteil

Die Markise müsste ein Teil des Gebäudes sein. Teil eines Gebäudes ist eine Sache, die mit dem Gebäude baulich verbunden, also an ihm angebracht worden ist.[60] Verankerte Markisen sind unproblematisch als Gebäudeteile von der Rechtsprechung angesehen worden.[61]

(d) Ablösung

Die Markise müsste sich abgelöst haben. Unter einer Ablösung ist jede Lockerung der Verbindung des Teiles von dem übrigen unversehrt bleibenden Ganzen zu verstehen.[62] Hier hatte sich die Verankerung gelockert und die Markise fiel vom Gebäude ab. Eine Ablösung liegt mithin vor.

(e) Rechtsgutsverletzung

Eine solche liegt an Körper und Gesundheit vor.

56 BGH, WM 1970, 1272 (1272); WM 1985, 1433 (1434).

57 BGH, NJW 1985, 1076 (1077); *Gerhard Wagner* in: Kurt Rebmann et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar BGB, Band 5, 4. Aufl. 2004, § 836 Rn. 27.

58 BGH, VersR 1990, 1280 (1281).

59 *Christina Borgs* in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar BGB, Buch 2, §§ 830–838, 1997, § 836 Rn. 17.; *Volker Emmerich* in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar BGB, Buch 2, §§ 535–563 d, 2006, § 536 Rn. 5.

60 RGZ 107, 337 (339); BGH, VersR 1959, 694 (695); NJW 61, 1670 (1672); OLG Celle BauR 1992, 251 (253); *Volker Kreft* in: RGRK, Kommentar BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsrechung, 12. Aufl. 2000, § 836 Rn. 16; *Rüdiger Krause* in: Soergel (Fn. 55), § 836 Rn. 9.

61 RG JW 1931, 194 (194).

62 OLG Koblenz ZMR 2003, 30 (31); *Sprau* in: Palandt (Fn. 1), § 836 Rn. 7.

(f) Vertretenmüssen

V müsste die Ablösung gem. §§ 836 S. 2, 276 BGB zu vertreten haben. Die Ablösung ist die Folge fehlerhafter Unterhaltung. V kann sich nicht exkulpieren, er hat zu vertreten. *[Schön!]*

(g) Kausalität

Diese liegt vor (s. o.).

(h) Ergebnis

P hat gegen V einen Schadensersatzanspruch aus 836 I, III BGB.

(4) § 837 BGB

P hat gegen V aus § 837 BGB keinen Anspruch, da der V der Eigenbesitzer des Grundstückes und des Gebäudes ist, wodurch § 837 BGB hinter § 836 BGB zurücktritt. *[GreifRecht: Fußnote für das Zurücktreten von § 837 BGB ist notwendig.]*

(5) Zwischenergebnis

Deliktische Ansprüche des P gegen V liegen gem. § 823 I BGB und § 823 II BGB sowie § 836 I, III BGB vor.

2. Bewirkung der Leistung

V müsste die Leistung an P bewirkt haben. V hat 800 € gezahlt. Dieser Betrag entspricht der Gesamtleistung. Soweit ein Gesamtschuldner mehr leistet als er im Innenverhältnis zu den anderen zu leisten verpflichtet ist, kann er das von den anderen gemäß § 426 I 1 BGB als Regress zurückverlangen; zur Verstärkung dieses Regressanspruchs geht auch die Teilforderung des Gläubigers gegen die anderen gem. § 426 II 1 BGB auf ihn über. Ein Haftungsprivileg für eine gestörte Gesamtschuld ist nicht gegeben. Somit hat V einen Anspruch gegenüber M auf Ausgleich in Höhe der von M zu tragenden Quote.

3. Rechtsfolge

Die Gesamtschuld ist im Innenverhältnis zu teilen – gem. § 426 I BGB im Zweifel zur Hälfte. Etwas anderes kann durch Parteivereinbarung, durch Gesetz oder durch allgemeine Rechtsgrundsätze bestimmt sein.

a) Parteivereinbarung

Eine Vereinbarung zur Gesamtschuld gibt es nicht.

b) Gesetzliche Regelung

Bezüglich der Teilung im Innenverhältnis könnte eine gesetzliche Regelung vorliegen. Gem. § 840 III BGB ist die Haftung aus vermutetem Verschulden gem. § 836 BGB im Innenverhältnis zur Haftung nach § 823 BGB sekundär. § 840 III BGB gilt nicht, wenn dem aus vermutetem Verschulden Haftenden gleichzeitig eine Haftung aus bewiesenem Verschulden nachgewiesen werden kann.[63] *[Dies trifft nach Ihrer Lösung zu. Wie oben erwähnt, ist das Verschulden des V hier jedoch sehr zweifelhaft. Bei einer Verneinung des Verschuldens würde § 840 Abs. 3 BGB eingreifen und M die Haftung im Innenverhältnis zuweisen.]* Hier richten sich Ansprüche gegen V aus § 823 I BGB und § 823 II BGB. Von den verbleibenden Ansprüchen dürfte keiner nur unerheblich sein. Unerheblichkeit ist nicht ersichtlich. Die gesetzliche Regelung des § 840 III BGB schließt die Haftung aus vermutetem Verschulden aus. So bleiben jeweils in gleicher Anzahl Ansprüche des P aus § 823 I BGB und § 823 II BGB gegenüber M und V. Danach wäre eine Teilung je zur Hälfte angemessen.

c) Regelung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Nach ständiger Rechtsprechung kann das Prinzip des Mitverschuldens aus § 254 BGB analog herangezogen werden.[64] Entscheidend sind die Verursachungs- und Verschuldensbeiträge, die gegeneinander abzuwägen sind.[65]

M hat eine Überwachungspflicht bezüglich der Verankerungen als Sachherr. Der V hat eine Überwachungspflicht als Vermieter. Diesbezüglich trifft beide in gleichem Maß ein Verschuldensbeitrag.

Zusätzlich hat M durch das nicht ordnungsgemäße Feststellen der Markise ein leichtes Abfallen und damit das vollständige Herunterfallen ausgelöst. Es ist anzunehmen, dass sich die Markise im Laufe der Jahre selbständig vom Gebäude gelöst hätte. Die Relevanz von sog. hypothetischer, überholender oder abgebrochener Kausalität wird seit jeher diskutiert. Während das Reichsgericht[66] den Einwand als generell unbeachtlich einstufte, sieht die neuere Rechtsprechung[67] mit einem Teil der Literatur[68] grundsätzliche Beachtung, wobei stark anhand von Einzelfällen argumentiert wird. Rechtsprechung und Lehre verneinen die Möglichkeit einer einheitlichen Lösung.[69] Weitgehende Übereinstimmung herrscht bei den Fällen, in denen der beschädigten Sache bereits zum Zeitpunkt der Erstschädigung eine sog. Schadensanlage innewohnt, die ohne den Eintritt der Zweitschädigung mit Sicherheit[70] zu dem eingetretenen Schaden geführt hätte. Hier wäre die Markise mangels notwendiger Wartungen irgendwann im geöffneten Zustand aufgrund des Gewichts aus Altersschwäche heruntergefallen. Da die Markise nur dann geöffnet ist, wenn das Geschäft für Kunden zugänglich ist, erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass ein Schaden an einem Körper entstanden wäre. Eine Sicherheit dafür liegt jedoch nicht vor.

Gegen die Beachtlichkeit spricht, dass selbst die h. M. von der grundsätzlichen Beachtlichkeit dann eine Ausnahme macht, wenn der hypothetische Schadenseintritt einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten begründet hätte.[71] Hier ist es wahrscheinlich, dass wenn ein Mensch

63 *Klaus Vieweg* in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar BGB, Buch 2, §§ 840–853, 2007, § 840 Rn. 83.

64 BGH, NJW 1955, 1314 (1315); NJW 1972, 1802 (1803).

65 RGZ 169, 84 (95); BGH, NJW 1963, 1447 (1449); WM 1999, 2255 (2256); *Günter Kuckuk* in: Harm Peter Westermann (Hrsg.), Erman BGB Handkommentar, 11. Aufl. 2004, § 254 Rn. 86.

66 RGZ 102, 390 (391); 144, 80 (84).

67 BGH, NJW 1984, 1397 (1399); NJW 2000, 661 (663).

68 *Kuckuk* in: Erman (Fn. 65), vor § 249 Rn. 87 f.; *Bernt Lemhöfer*, Die überholende Kausalität und das Gesetz, JuS 1966, 337 (338); *Heinrichs* in: Palandt (Fn. 1), vor § 249 Rn. 105; *Oetker* in: Münchener Kommentar (Fn. 9), vor § 249 Rn. 215.

69 *Dirk Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, Rn. 910; *Heinrichs* in: Palandt (Fn. 1), vor § 249 Rn. 98; *Oetker* in: Münchener Kommentar (Fn. 9), § 249 Rn. 203.

70 Bereits *Mommsen* (Fn. 52), S. 146.

71 BGH, NJW 1967, 551 (552); *Larenz* (Fn. 39), S. 526; *Lemhöfer* (Fn. 68), JuS, 1966, 337 (340); *Looschelders* (Fn. 69), Rn. 912; *Heinrichs* in: Palandt (Fn. 1), vor §§ 249 Rn. 100; *Oetker* in: Münchener Kommentar (Fn. 9), § 249 Rn. 208.

getroffen worden wäre, es sich nicht um V oder M gehandelt hätte. Nach allen Ansichten ist hier nicht von einer Beachtlichkeit einer Reserveursache auszugehen.

Allerdings ist das Unterlassen des Feststellens gegenüber dem Nichtwarten in der Wertigkeit verschwindend gering.

Die Tatsache, dass sich der V zunächst für allein schuldig hält, ist nicht relevant. Insgesamt scheint eine Teilung der Gesamtschuld nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Hälfte angemessen.

4. Kein Anspruchsuntergang

Der entstandene Anspruch dürfte nicht untergegangen sein. Als rechtsvernichtende Einwendung könnte eine Aufrechnung gem. §§ 387, 389 BGB vorliegen. Ein Ausschluss der Aufrechnung gegen eine Forderung aus unerlaubter Handlung gem. § 393 BGB liegt, da die Handlung des V nicht vorsätzlich war, nicht vor. Gläubiger der einen Forderung müsste also der Schuldner der anderen Forderung sein und umgekehrt.[72] M müsste gegen V eine Forderung haben. In Betracht kommt ein Anspruch aus dem Mängelrecht des Mieters gem. §§ 536, 536a BGB. Jedoch liegt jedenfalls, da dem M der Mangel grob fahrlässig unbekannt gewesen ist, ein Ausschluss des Mängelrechts gem. § 536b S.2 BGB vor. Eine Aufrechnungslage ist nicht gegeben. Der Anspruch ist nicht untergegangen.

5. Anspruchsdurchsetzbarkeit

Der Anspruch müsste durchsetzbar sein.

a) Zurückbehaltungsrecht

Der M könnte ein Recht aus § 273 BGB haben. Allerdings beruht ein eventueller Anspruch des M gegen V nicht auf dem rechtlichen Verhältnis zwischen M und P, so dass ein Zurückbehaltungsrecht nicht in Betracht kommt.

b) Verjährung

Dem Anspruch könnte eine Verjährung entgegenstehen. Maßgebend bei einem Delikt sind grundsätzlich die §§ 195, 199 I BGB, die Frist beträgt drei Jahre. V hat zwar eine Verjährungserklärung abgegeben, der Anspruch ist aber jedenfalls, da das Ereignis weniger als ein Jahr zurückliegt, noch nicht verjährt.

Etwas anderes könnte sich jedoch aus § 548 BGB analog ergeben. Nach § 548 I 1, 2 BGB verjähren Ersatzansprüche des Vermieters wegen Verschlechterung der Mietsache in sechs Monaten, nachdem der Vermieter die Mietsache zurückerhält. Zweifelhaft ist, ob § 548 BGB auf konkurrierende deliktische Ansprüche anzuwenden ist. Nach dem Wortlaut des § 548 BGB bezieht dieser sich lediglich auf vertragliche Ansprüche. Die ganz h. M.[73] ist jedoch der Ansicht, dass es Sinn und Zweck des § 548 BGB erfordert, diesen entsprechend auf alle Ansprüche anzuwenden, die aufgrund eines gleichen Sachverhaltes mit einem vertraglichen Anspruch konkurrieren. *[Gut gesehen.]* § 548 BGB will bewirken, dass das Mietverhältnis nach der Beendigung möglichst schnell abgewickelt wird. *[GreifRecht: Diese abstrakte Aussage muss mit einer Fußnote belegt werden.]* Dieser Zweck würde völlig vereitelt, wenn auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruhende andere Ansprüche erst nach Kenntnis und somit womöglich Jahre später verjähren. Eine Verjährungsfrist gem. § 548 BGB analog erscheint angemessen.

Im September 2006 endet das Mietverhältnis zwischen M und V. Im August 2007 verlangt der V von M Ersatz. Dazwischen liegen zumindest 11 Monate. Der Anspruch des V gegenüber M ist verjährt. *[Nicht aufgeworfen wurde die Frage, ob § 548 I BGB auch Ersatzansprüche des Vermieters wegen getätigter Ersatzleistungen an einen durch die Mietsache geschädigten Dritten umfasst oder nicht nur „Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache", wie der Wortlaut nahelegt. Siehe dazu: BGH, NJW 1973, 2059 sowie OLG Dresden NJW-RR 2007, 1603; Weidenkaff in: Palandt (Fn. 1), § 548 Rn. 6.]*

c) Zwischenergebnis

Der Anspruch ist mithin nicht durchsetzbar.

6. Ergebnis

V hat gegen M aufgrund der Verjährung keinen durchsetzbaren Schadensersatzanspruch aus § 426 II 1 BGB.

V. § 823 I BGB

V hat gegen M keinen deliktischen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB bezüglich der Eigentumsverletzung an der Markise, da er einen anderen Schaden geltend macht (s. o.). *[Überflüssig, da hiernach nicht gefragt ist.]*

VI. § 812 I 1 Alt. 1 BGB

V könnte gegen M einen Wertersatzanspruch aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis der Leistungskondiktion gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB haben.

1. Etwas erlangt

Erlangtes Etwas ist jede vermögenswerte Besserstellung. Der vermögenswerte Vorteil, den der Anspruchsgegner erlangt, besteht hier in der Befreiung von einer bestehenden Verbindlichkeit.

2. Durch Leistung

V müsste geleistet haben. Eine Leistung ist eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens[74] – hier die Zahlung des V an P in Höhe von 800 €. Dies hat jedoch nicht das Vermögen des M bewusst gemehrt. Die unbewusste Vermehrung fremden Vermögens rechtfertigt nur einen Anspruch aus Bereicherung in sonstiger Weise.[75]

3. Ergebnis

V hat gegen M keinen Herausgabeanspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB.

72 *Larenz*, (Fn. 39), § 18 VI lit. a Nr. 1.

73 BGH, NJW 2006, 2399 (2399); *Weidenkaff* in: Palandt (Fn. 1), § 548 Rn. 7.

74 BGHZ 40, 272 (277); *Martin Schwab* in: Münchener Kommentar (Fn. 57), § 812 Rn. 41.

75 *Sprau* in: Palandt (Fn. 1), § 812 Rn. 14.

VII. § 812 I 1 Alt. 2 BGB

V könnte gegen M einen Wertersatzanspruch aus einer Nichtleistungskondiktion gem. § 812 I 1 Alt. 2 BGB haben.

1. In sonstiger Weise

Dies setzt, bei einer Zahlung durch einen Dritten, voraus, dass die Zuwendung des Dritten gem. §§ 267, 362 BGB als Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners gelten soll. Hier zahlt der V in der irrigen Annahme, selbst allein verpflichtet zu sein. *[GreifRecht: Hier widerspricht sich die Bearbeiterin. Im Außenverhältnis gegenüber P ist V rechtlich allein verpflichtet. Das wurde bereits festgestellt. Siehe: II. 4. a) bb) (2) (e) und § 421 BGB. Nur im Innenverhältnis besteht eine Ausgleichspflicht zwischen V und M.]* Der irrtümlich Zahlende könnte nachträglich bestimmen[76], dass die Leistung an den Gläubiger gem. § 267 BGB zur Tilgung fremder Schuld erfolgt sein soll. Dann hat der Schuldner Befreiung von seiner Verbindlichkeit erlangt. Dem Leistenden soll also ein Wahlrecht zukommen. Daran wird insoweit Kritik geübt[77], da fraglich ist, ob eine planwidrige Regelungslücke für eine analoge Anwendung der §§ 144, 185 BGB besteht. Der Streit kann dahinstehen, wenn der Anspruch durch eine speziellere Regelung nicht anwendbar ist. Der Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB ist ausgeschlossen, wenn die Forderung, die der Anspruchsteller erfüllt hat, per Legalzession auf diesen übergeht. Der Schuldner ist weiterhin zur Erfüllung verpflichtet und hat folglich nichts erlangt. Ein Fall des gesetzlichen Forderungsübergangs nennt der § 426 II BGB, der hier einschlägig und spezieller war.

2. Ergebnis

V hat gegen M keinen Herausgabeanspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB.

C. K verlangt von M Zahlung der Einbauküche aus §§ 651 S. 1, 433 II BGB

K könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung der Einbauküche in Höhe von 21.000 € aus §§ 651 S. 1, 433 II BGB haben.

I. Anspruchsentstehung

Der Anspruch müsste entstanden sein.

K und M müssten einen Werklieferungsvertrag geschlossen haben. K hat ein Möbelhaus, es ist anzunehmen, dass er der Hersteller der Einbauküche ist. Diese ist eine bewegliche Sache und soll geliefert werden. Die Voraussetzungen eines Werklieferungsvertrages liegen vor.

Abzugrenzen ist dieser allerdings vom Werk- und Kaufvertrag. Die Montage einer Sache durch einen Lieferanten spricht nicht zwingend gegen einen Kaufvertrag, vgl. § 434 II 1 BGB. Bei der Lieferung und Montage eines handelsüblichen, standardisierten Gegenstandes, welcher mit geringem Montageaufwand anzubringen und wieder abzunehmen ist, handelt es sich um einen Kaufvertrag mit untergeordneter Montagepflicht[78]. Nach anderer Ansicht handelt es sich beim Einpassen einer Serieneinbauküche um einen Werkvertrag.[79] Der Schwerpunkt der Leistung lässt sich auch am Wertverhältnis der Montage zum Verkauf erkennen.[80] *[Schöne, knappe Darstellung!]* Hier ist die Montage ein kleiner Teil des Vertrages. Zudem gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich um eine besonders maßgeschneiderte Küche handelt. Der Schwerpunkt der Vereinbarung liegt hier auf der Lieferung des Unternehmers. Demnach handelt es sich eher um einen Kaufvertrag als um einen Werkvertrag. Nach ständiger herrschender Rechtsprechung handelt es sich jedoch bei einem Vertrag, der die Lieferung und den Einbau einer hochpreisigen Einbauküche zum Gegenstand hat, um einen Werklieferungsvertrag.[81] Unwirksamkeitsgründe stehen dem nicht entgegen. Der Anspruch ist entstanden.

II. Kein Anspruchsuntergang

Der Anspruch könnte untergegangen sein.

1. Rücktritt

M kann möglicherweise im Rahmen einer Leistungsstörung einen Rücktritt als rechtsvernichtende Einwendung gem. den §§ 326 V i. V. m. 651 S. 1, 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB ausüben.

a) Rücktrittserklärung

Eine Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB müsste vorgelegen haben. Eine solche ist eine formlose, empfangsbedürftige Willenserklärung. *[Ja!]* Eine Angabe des Rücktrittsgrundes ist dabei nicht erforderlich.[82] M hat die Zahlung verweigert und den K aufgefordert, die Küche abzuholen. Darin ist eine Rücktrittserklärung zu sehen.

b) Rücktrittsgrund

Ein Rücktrittsgrund aus gesetzlicher Mangelgewährleistung könnte vorliegen, §§ 326 V, 651 S. 1, 437 Nr. 2 BGB.

aa) Gegenseitiger Vertrag

Der Werklieferungsvertrag ist synallagmatisch.

bb) Mangelhafte Leistung des Verkäufers

Der Gegenstand müsste gem. §§ 651 S. 1, 434 BGB mangelhaft sein. Gegenstand könnten die Küche oder die Griffe allein sein. Eine Einbauküche wird in der Regel als eine Einheit erworben.[83] Es entspricht ihrem Wesen, dass die Einzelteile ein einheitliches Design aufweisen. Wenn ein anderes Griffmodell eingebaut wurde, stört dies die Optik der als Einheit erworbenen Einbauküche.

76 BGH, NJW 1986, 2700 (2700); *Sprau* in: Palandt (Fn. 1), § 812 Rn. 62; *Heinrichs* in: Palandt (Fn. 1), § 267 Rn. 7.

77 Vgl. *Dieter Medicus*, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 951.

78 *Walter Jagenburg*, Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 1991, NJW 1993, 102 (102).

79 BGH, BauR 1990, 351 (351).

80 *Stefan Leupertz* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 1), § 651 Rn. 6.

81 OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 55 (56); AG Brandenburg NJW-RR 2003, 559 (560); OLG Saarbrücken NJOZ 2003, 1001 (1002).

82 *Grüneberg* in: Palandt (Fn. 1), § 349 Rn. 1.

83 AG Brandenburg NJW-RR 2003, 559 (560).

Bei dem Kauf von neu hergestellten Waren entspricht es wohl der Verkehrsanschauung, dass sie stets frei von optischen Fehlern sein müssen, die den Wert der Ware nicht nur unerheblich beeinträchtigen. Dies gilt erst recht mit Blick auf den hohen Anschaffungspreis. Die Verwendung nicht einheitlicher Griffe ist eine Prestige- und damit eine merkantile Wertminderung.[84] Die optische Beeinträchtigung der Küchengriffe ist ein Mangel der Einbauküche insgesamt.[85]

Damit kommt ein Sachmangel durch ein Aliud i. S. d. § 434 III BGB nicht in Betracht. Möglicherweise liegt ein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB vor. Dann müsste die Ist-Beschaffenheit der Küche von ihrer Soll-Beschaffenheit abweichen. Zur Beschaffenheit einer Sache gehörig sind ihre physischen Eigenschaften.[86] Die durch einen Stil abweichenden Formen und Farben einer Küche sind eine dauerhaft anhaftende physische Eigenschaft, mithin eine Beschaffenheit. Zudem müsste eine Vereinbarung darüber vorliegen. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die Einbauküche komplett im Modell „ Landhaus Edel“ bestellt wurde. Die Beschaffenheit der Küche und besonders deren Griffe sind nicht nur eine einseitige Vorstellung des M, sondern ausdrücklich als Teil der Pflicht aus § 433 I 2 BGB[87] vereinbart worden. Der Beschaffenheitsmangel lag bereits bei Eigentumsübergabe und damit bei Gefahrenübergang gem. §§ 651 S. 3, 446 S. 1 BGB vor, ein Sachmangel gem. §§ 651 S. 1, 434 I 1 BGB ist gegeben.

cc) Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Eine Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1, Alt. 2 BGB müsste unmöglich sein. Unmöglichkeit ist die Nichterbringbarkeit des Leistungserfolges durch eine Leistungshandlung des Schuldners.[88] § 275 I BGB normiert den Grundfall der Unmöglichkeit, bei dem der Leistungserfolg tatsächlich nicht herbeigeführt werden kann. Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 275 I BGB liegt auch dann vor, wenn ein vor Vertragsschluss vorhandener Sachmangel unbehebbar ist, der Verkäufer demnach keine Möglichkeit hat, der Verpflichtung zur Mangelfreiheit nachzukommen.[89] Die Produktion der vereinbarten Griffe war schon vor Vertragsschluss eingestellt und nicht mehr verfügbar.

Möglicherweise ist aber eine Nachbildung des nichtlieferbaren Modells durch einen Handwerker oder eine Nachproduktion möglich, aber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Dann läge eine faktische Unmöglichkeit vor. Nach der herrschenden Rechtsprechung ist eine Unverhältnismäßigkeit anzunehmen, wenn der erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des entstehenden Aufwandes steht.[90] Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass eine solche Nachlieferung verhältnismäßig zu bewältigen ist. Anzunehmen ist, dass dem K eine Nachlieferung nicht zumutbar ist. Eine Nacherfüllung ist als Nachbesserung ohnehin, aber auch als Nachlieferung gem. § 275 II BGB unmöglich. Eine Einrede des K ist in seiner Erwiderung zu sehen. Demnach muss K nicht nacherfüllen, sodass M nach § 326 V BGB zurücktreten kann.

Eine Fristsetzung ist bei Unmöglichkeit der Leistung überflüssig, daher erklärt § 326 V BGB das Erfordernis der Fristsetzung nach § 323 I BGB für entbehrlich.

dd) Keine Unerheblichkeit

Fraglich ist, ob die Pflichtverletzung gem. §§ 323 V, 326 V BGB erheblich ist. Zunächst ist zu klären, ob sich der Rücktritt auf den gesamten Vertrag erstrecken kann.

Der Rücktritt könnte sich hier nach § 323 V 1 BGB richten. Demnach wäre ein Rücktritt vom gesamten Vertrag nur denkbar, wenn der Schuldner an der Teilleistung kein Interesse hätte. § 323 V 1 BGB regelt aber nur den Fall der Teilleistung und nicht den der mangelhaften Leistung eines Teils. V hat die gesamte Leistung, wenn auch teilweise mangelhaft, erbracht. Eine Teilleistung ist daher nicht gegeben. Eine Analogie zu § 323 V 1 BGB würde mangels Regelungslücke dann ausscheiden, wenn der Fall des mangelhaften Leistungsteils von § 323 V 2 BGB gesetzlich erfasst ist. Nach der insoweit eindeutigen Gesetzesbegründung soll der § 323 V 2 BGB auch dann gelten, wenn nur ein Teil der Leistung einen Mangel aufweist.[91] Eine Analogie scheidet aus.

Der Rücktritt gem. § 323 V 2 BGB vom gesamten Vertrag kommt nur dann in Betracht, wenn die Pflichtverletzung also nicht unerheblich ist. Problematisch ist, ob die Unerheblichkeit im Hinblick auf den mangelhaften Teil der Leistung oder bezüglich des gesamten Vertrages zu bestimmen ist. Bei einem Rücktritt vom gesamten Vertrag ist es nahe liegend, dass die Erheblichkeit an der Gesamtleistung zu messen ist.

(1) Griffe

Also müsste die in der Leistung der falschen Griffe bestehende Pflichtverletzung in Bezug auf die Gesamtleistung erheblich sein. Die Griffe machen nur einen kleinen Teil der gesamten Leistung aus, allerdings sind sie Teil eines einheitlich gewollten und kostspieligen Erscheinungsbildes. Wie bereits oben festgestellt, handelt es sich bei einer Einbauküche im Wert von 21.500 € mit dem vorliegenden Mangel um eine merkantile Wertminderung. Teilweise kommt in gesetzlichen Bestimmungen jedoch zum Ausdruck, dass bei „Schönheitsfehlern“ des Vertragsobjekts der Rücktritt ausgeschlossen sein soll, siehe § 634 III BGB[92].

Die Erwiderung des K, die gelieferten und bestellten Griffe hätten den gleichen Preis, hebt die optische Erheblichkeit nicht auf.

(2) Wesentlicher Bestandteil

Aber beachtlich für die Abwägung einer Unerheblichkeit könnte sein, wenn das Vertragsobjekt ein wesentlicher Bestandteil

84 OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1346 (1346).

85 OLG Brandenburg BeckRS 2008, 09546.

86 *Kropholler* (Fn. 9), § 434 Rn. 3.

87 *Harm Peter Westermann*, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241 (244).

88 BGH, NJW 1988, 699 (700); *Kropholler* (Fn. 9), § 275 Rn 3.

89 BGH, NJW 2007, 1346 (1347); *Manfred Löwisch* in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar BGB, Buch 2, §§ 311–312 f., 2005, § 311 a Rn. 5.

90 BGH, BauR 1995, 540 (540); OLG Celle BauR 1998, 401 (401).

91 BT-Drs. 14/6040, 186 f.

92 OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 1340 (1340).

des Hauses geworden ist. *[Diese abstrakte Annahme ist nicht durch eine Fußnote belegt und zudem falsch. Die Frage der Unerheblichkeit ist unabhängig von der Qualifikation als „wesentlicher Bestandteil" i. S. d. § 94 BGB zu beantworten.]* Strittig ist allerdings, wann eine Einbauküche ein wesentlicher Bestandteil ist.[93]

Nach einer Ansicht ist die Küche als wesentlicher Bestandteil ab dem Anschluss aller Geräte zu sehen.[94] Dass einzelne Teile der Küche mit nur geringem Aufwand wieder gelöst werden können, steht der Annahme einer dauerhaften Verbindung des Gesamtwerks nach dieser Ansicht nicht entgegen. Danach ist die hier angeschlossene Küche ein wesentlicher Bestandteil des Hauses geworden.

Nach einer zweiten Ansicht sind wesentliche Bestandteile des Wohngebäudes gem. § 94 II BGB nur solche Einbauküchen, die nicht serienmäßig hergestellt, sondern speziell für einen bestimmten Küchenraum angefertigt wurden.[95] Von einem besonders geschnittenen Küchenraum gibt der Sachverhalt keine Anhaltspunkte; es ist anzunehmen, dass diese Küche trotz ihres hohen Preises ohne weiteres an anderer Stelle, wenn auch in anderer Kombination und ergänzt durch weitere Teile weiterhin genutzt werden kann.

Gegen die erste Ansicht spricht, dass eine Einbauküche anders als ein Türrahmen, ein Fenster oder ein maßgeschneiderter Wandschrank in der heutigen Zeit nicht nur leicht ein- sondern auch auszubauen ist. Diese Ansicht ist im Hinblick auf die zwischenzeitliche Entwicklung von Kücheneinrichtungen und dem damit verbundenen Wandel der Verkehrsanschauung überholt.[96] Die zweite Ansicht überzeugt. Die Einbauküche ist kein wesentlicher Bestandteil.

[Trotz falscher Grundannahme fällt die Beibehaltung des Gutachtenstils und das argumentative Vorgehen positiv auf.]

(3) Zwischenergebnis

Die Griffe als Teil der kostspieligen einheitlich gewollten Sache bilden aufgrund ihrer Andersartigkeit einen erheblichen Mangel, mithin ist die Pflichtverletzung des K erheblich.

ee) Kein Ausschluss nach §§ 326 V, 323 VI BGB

M hat die Unmöglichkeit der Nacherfüllung weder zu verantworten noch befand er sich im Annahmeverzug.

ff) Kein Ausschluss nach §§ 438 IV 1, 218 S. 2 BGB

Eine Verjährung gem. §§ 438 VI 1, 218 I 2, 438 I Nr. 3, II BGB eines fiktiven Nacherfüllungsanspruchs mit einer Frist von zwei Jahren nach Ablieferung ist, da der M umgehend reagierte, nicht abgelaufen.

c) Rechtsfolge

Gem. § 346 I BGB werden beide Parteien zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen verpflichtet. Die Leistungspflicht des M erlischt.

Die Leistung des K ist zurückzugewähren. Wenn mehrere Sachen als zusammengehörend verkauft sind, erstreckt sich der Rücktritt grundsätzlich auf alle Sachen. *[Die Küche ist rechtlich als Einheit zu bewerten und nicht als mehrere zusammenhängende Kaufsachen.]* Eine Ausnahme besteht, wenn die mangelhafte Sache ohne Nachteil von den übrigen getrennt werden kann. Der Nachteil ist zur Verminderung unwirtschaftlicher, wertmindernder Zerteilung von Sachgemeinheiten weit auszulegen. Er ist schon gegeben, wenn passende Ersatzstücke nicht oder nur schwer zu beschaffen sind.[97] Die teure Küche mit falschen Griffen ist in ihrem Wert ähnlich gemindert wie die Küche ohne Griffe. Die Sache kann nicht ohne Nachteil von der Restküche getrennt werden. M hat die komplette Küche herauszugeben.

M hat die geschuldete Leistung durch Aufforderung die Küche zurückzunehmen, tatsächlich angeboten. Das wörtliche Angebot ist gem. § 295 S. 2 BGB ausreichend, es ist die Pflicht des K, die Küche abzuholen.

Nach einem Ausbau hat die Küche dann weitere Montagespuren. *[GreifRecht: Diese hypothetischen Überlegungen sind nicht im Sachverhalt angedeutet.]* Diese Verschlechterung der Kaufsache könnte M nach § 346 II 1 Nr. 3 BGB zum Wertersatz verpflichten. Da M allerdings gem. § 346 III Nr. 3 BGB keine Sorgfaltspflicht verletzt hat, ist er von der Wertersatzpflicht befreit.

M könnte dem K gem. §§ 346, 347 BGB Ersatz für die während der Dauer des Gebrauchs der Küche gezogene Nutzungen zu leisten haben. Dabei ist der Wert der Nutzung durch Schätzung der zeitanteiligen linearen Wertminderung zu ermitteln.[98] Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass objektiv Zeit zum Benutzen war, mithin geht der Nutzwert gleich Null. Rückabwicklung ist das Abholen der Küche durch K.

2. Aufrechnung

[Diese Prüfung ist abwegig.] Als rechtsvernichtende Einwendung könnte auch eine Aufrechnung gem. §§ 387, 389 BGB vorliegen. M müsste eine Forderung haben. *[GreifRecht: Sprachlich unklar bleibt, welche Forderung gegen welche aufgerechnet werden soll.]*

In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus §§ 311 a II 1, 280 I, III, 437 Nr. 3, 651 S. 1 BGB. *[GreifRecht: § 280 I, III BGB gehört nicht in die Zitierung der Anspruchsgrundlage von § 311 a II 1 BGB.]* Ein wirksamer Vertrag, ein Sachmangel und eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung liegen vor, (s. o.). Die Unmöglichkeit der Nacherfüllung müsste anfänglich gewesen sein. Die Unbehebbarkeit des Mangels ist bei Produktionseinstellung und Unverfügbarkeit der richtigen Griffe entstanden, dies war vor Vertragsschluss, mithin liegt eine anfängliche Unmöglichkeit vor. Der Verkäufer haftet gem. § 311 a II 2 BGB nur, wenn er das Leistungshindernis kannte. K wusste von der Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Dass er aufgrund der gleichen Verkaufspreise der Griffe annahm, dass eine Erfüllung vorläge ist unerheblich. Allerdings mangelt es dem M an einem

93 *Klaus Vieweg* in: Maximilian Herberger et al. (Hrsg.), Juris Praxiskommentar BGB Allgemeiner Teil, Band 1, 2. Aufl. 2005, § 94 Rn. 28.

94 BGH, NJW 1953, 1180 (1180); OLG Hamburg MDR 1978, 138 (139).

95 BGH, NJW-RR 1990, 914 (914) i. V. m. BGH, NJW 1984, 2277 (2278); OLG Stuttgart FamRZ 1999, 855 (856); *Georg Holch* in: Kurt Rebmann et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar BGB, Band 1, 4. Aufl. 2001, § 94 Rn. 26.

96 LG Lübeck VersR 1984, 477 (477); *Holch* in: Münchener Kommentar (Fn. 95), § 94 Rn. 28.

97 OLG Brandenburg BeckRS 2008, 09546.

98 BGHZ 115, 47 (54).

Schaden, da er unter anderem den Kaufpreis noch nicht gezahlt hatte. M hat gegen K keine weitere Forderung. Eine Aufrechnung ist nicht möglich.

III. Anspruchsdurchsetzbarkeit

[Diese Prüfung ist überflüssig.] Hilfsgutachterlich ist fraglich, ob der Anspruch durchsetzbar gewesen wäre. Die anspruchsbeschränkende Einrede des Zurückbehaltungsrechts gem. §§ 273, 274 BGB oder der Nichterfüllung des Vertrages gem. § 320 BGB kann bei der unmöglichen und damit nicht fälligen Leistung des K ausgeschlossen werden. Der Anspruch wäre durchsetzbar gewesen.

IV. Ergebnis

K hat gegen M aufgrund der rechtsvernichtenden Einwendung des Rücktritts und bei Geltendmachung auch aufgrund einer Aufrechnung keinen Zahlungsanspruch aus §§ 651 S. 1, 433 II BGB

D. Gesamtergebnis

Ansprüche des V und K gegen M liegen nicht vor.

[Sehr geehrte Bearbeiterin,

Sie haben alle Problemkreise der Hausarbeit aufgeworfen und zutreffend oder zumindest eigenständig gelöst. Die gesamte Arbeit hat nur kleine Schwächen und Sie zeigen über den gesamten Verlauf ein hohes Maß an Wissen. Ihre Bearbeitung zeichnet sich vor allem durch erkennbar strukturiertes, rechtsfolgenbezogenes Denken und die Beherrschung des Gutachtenstils aus. Positiv sticht auch ihre argumentative Darstellung hervor. Eine Leistung, auf die Sie stolz sein können!

Hoch erfreuliche 14 Punke.]