zurückzunehmen; aus diesem Angebot ergibt sich nämlich nicht ohne weiteres, dass andere Lösungsmöglichkeiten abgelehnt werden.[147]

Hatte der Käufer bei Vertragsschluss positiv **Kenntnis von einem Mangel,** schließt dies **444**
Rechte des Käufers – außer auf Beseitigung im Grundbuch eingetragener Rechte – aus (§ 442 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB); die grob fahrlässige Unkenntnis beschränkt sie auf den Fall des arglistigen Verschweigens und der Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB); die (einfach) fahrlässige Unkenntnis lässt Mängelrechte unberührt, kann aber bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu deren Kürzung über § 254 BGB führen.[148] Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch dann, wenn der Kaufvertrag wegen Formmangels nichtig und erst durch die Grundbucheintragung wirksam geworden ist.[148a] Die Kenntnis des Mangels (z. B. Bestehen eines Mietverhältnisses) genügt auch dann, wenn dem Käufer die Rechtsfolgen (z. B. Umfang des gesetzlichen Mieterschutzes) unbekannt sind.[149] In der Annahme grob fahrlässiger Unkenntnis eines Mangels ist die Rechtsprechung sehr zurückhaltend. So ist beispielsweise angenommen worden, dass auch bei einem erheblichen Kaufpreis der Käufer nicht deshalb grob fahrlässig handelt, weil er keine Einsicht in Grund- und Bauakten genommen hat,[150] und dass nicht erwartet werden kann, dass jemand die Notwendigkeit einer Nutzungsgenehmigung für offene Kamine kennt.[151] Der in § 442 Abs. 2 BGB enthaltene Ausschluss im Grundbuch eingetragener Rechte rechtfertigt sich daraus, dass diese im Regelfall (§ 21 Abs. 1 BeurkG), in dem die Beurkundung des Grundstückskaufvertrags auf Grund Einsicht in das Grundbuch stattfindet, dem Käufer durch den Notar bekannt gemacht werden und dies nicht zum Verlust seiner Ansprüche führen kann. Kennt der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss nicht, wohl aber bei der Annahme der verkauften Immobilie, braucht er sich die Rechte wegen des Mangels bei der Annahme nicht mehr ausdrücklich vorzubehalten; § 464 BGB a. F. ist entfallen.

Ist die verkaufte Immobilie mangelhaft, steht dem Käufer gegenüber dem Kaufpreisan- **445**
spruch des Verkäufers auch nach Auflassung und Übergabe des Grundstücks die Einrede des nichterfüllten Vertrags zu. Er braucht sich also nicht für die Geltendmachung eines bestimmten Rechts zu entscheiden und kommt auch dann nicht in Verzug, wenn er das von ihm geltend gemachte Recht erst im Prozess bezeichnet.[152] Unterschiedlich ist zu beurteilen, ob der Käufer an das einmal geltend gemachte Recht gebunden ist: Er kann zwar zunächst Schadensersatz neben der Leistung („kleinen Schadensersatz") verlangen und später den Rücktritt erklären oder den Kaufpreis mindern. Dagegen sind Rücktritt und Minderung Gestaltungsrechte, so dass der Käufer auf die einmal von ihm getroffene Wahl festgelegt ist.[153]

II. Die Rechte im Einzelnen

1. Einzelne Sachmängel

Bei Vertragsschluss können bestimmte Eigenschaften der Immobilie vereinbart sein; **446**
dann bestimmt diese Vereinbarung, ob sie frei von Sachmängeln ist oder nicht (§ 434

[147] So zum bisherigen Recht BGH WM 1991, 2166.
[148] BGHZ 110, 196 = NJW 1990, 1106.
[148a] BGH, 27. 5. 2011 – V ZR 122/10; a. A. OLG Hamm, NJW 1986, 136.
[149] OLG Düsseldorf VIZ 2000, 555 (Unkenntnis über die gesetzlichen Rechte des Nutzers in einem dem Schuldrechtsanpassungsgesetz unterliegenden Fall).
[150] BGH WM 1988, 1449.
[151] BGH NJW-RR 1993, 653.
[152] So bereits zum früheren Recht BGHZ 113, 232 = NJW 1991, 1048 = EWiR 1991, 441 mit Anm. von *Wiedemann.*
[153] PWW/*Schmidt* § 437 Rdn. 26.

Abs. 1 S. 1 BGB). Meist ist allerdings eine Vereinbarung nicht getroffen, und die gesetzliche Regelung, dass die Sache dann frei von Sachmängeln ist, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB), ist bei Immobilien nur wenig hilfreich.[154]

447 Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Sachmangels ist die Übergabe. Es entlastet den Verkäufer nicht, wenn der Mangel (z. B. die fehlende Bebaubarkeit des Grundstücks) später ohne Zutun der Vertragsteile weggefallen ist (z. B. das Grundstück durch Aufstellung eines Bebauungsplans bebaubar geworden ist).[155]

448 Nach gefestigter Rechtsprechung stellt es einen Sachmangel dar, wenn auf dem verkauften Grundstück ein baugenehmigungspflichtiges, aber ohne **Baugenehmigung** errichtetes Gebäude steht.[156] Ohne Bedeutung ist insoweit, ob die Baubehörde diesen Zustand bislang geduldet hat; der Sachmangel besteht bereits in dem Fehlen der Baugenehmigung als solcher; anders kann es nur sein, wenn der Käufer durch eine Erklärung der Behörde Bestandsschutz erhalten hat, das Gebäude auf Dauer für den vertraglich vorausgesetztem Zweck zu nutzen.[157] Dass dem Verkäufer die bisherige Nutzung durch bestandskräftigen Verwaltungsakt untersagt wurde, hat aber natürlich für seine Kenntnis des Mangels – und damit für Ansprüche auf Schadensersatz oder die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung – Bedeutung.[158] Ein Sachmangel liegt selbst dann vor, wenn die nicht genehmigte Umgestaltung des Gebäudes, die Voraussetzung für die gegenwärtige Nutzung war, nachträglich genehmigt werden könnte, da die Sache jedenfalls bei Gefahrübergang mangelhaft ist.[159] Kein Mangel ist dagegen die Tatsache, dass bei erteilter Baugenehmigung die Schlussabnahme fehlt.[160] Ebensowenig liegt ein Mangel vor, wenn die Gebäude in ihrer derzeitigen Nutzung baugenehmigungsfrei sind oder Bestandsschutz genießen, der Käufer sie aber in anderer Weise nutzen will und hierfür eine Baugenehmigung erforderlich ist.[161] Ein Sachmangel (also kein Rechtsmangel) liegt vor, wenn bei einem Grundstück die Erschließung nicht gesichert ist;[162] ebenso ist es, wenn Wasserversorgung und Abwasserentsorgung eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks davon abhängen, dass ein Nachbar die Mitnutzung seiner Anlagen freiwillig gestattet.[162a]

449 Ein Sachmangel liegt ferner vor, wenn eine bestimmte **Wohnfläche** angegeben wird, die dann aber nicht erreicht wird.[163] Allerdings verbindet der allgemeine Sprachgebrauch mit „Wohnfläche" nicht eine bestimmte vorgegebene Berechnungsart (z. B. nach der Wohnflächenverordnung).[164] Die Immobilie ist also nicht mangelhaft, wenn die Wohnflächenangabe zutreffend ist, sofern sie nach einer sinnvollen Methode erfolgt.

---

[154] Das zeigt etwa der Streit der Parteien in OLG Hamm NJW-RR 2000, 1183: Ist die zum Zeitpunkt des Kaufs über zwei Jahre zurückliegende Nutzung des Hausgrundstücks als Bordell zumindest dann ein Mangel, wenn der Verkäufer weiß, dass die Käuferin Muslimin ist?

[155] BGH NJW 2001, 66.

[156] BGH NJW 2003, 2380; NJW 1979, 2243; BGH MittRhNotK 2000, 249.

[157] BGH NJW 1987, 2511.

[158] BGH WM 1983, 990.

[159] BGHZ 114, 260 = NJW 1991, 2138.

[160] OLG Hamm NJW-RR 2000, 1184.

[161] OLG Koblenz NJW-RR 2009, 313 (Käufer will landwirtschaftlichen Schuppen künftig als Jagdhütte nutzen).

[162] OLG Hamm OLGR 2002, 281.

[162a] BGH NJW 2011, 2128.

[163] BGH NJW 1991, 912 = EWiR 1991, 121 mit Anm. von *Quack* = DNotZ 1991, 673 mit Anm. von *Tiedtke.*

[164] BGH NJW 2004, 2156 für einen Bauträgervertrag.

Besteht aber in jedem Fall eine Abweichung nach unten, dann kann der Käufer seine **450**
Rechte wegen des Mangels grundsätzlich in vollem Umfang geltendmachen; es gibt keine Bagatellgrenze der Abweichung, die zu akzeptieren wäre. Wird eine solche Bagatellgrenze (z. B. „Abweichungen der Wohnfläche bis zu 3% berühren den vereinbarten Kaufpreis nicht.“) vertraglich vereinbart, dann ist die dann berechtigte Minderung des Kaufpreises auch nicht in dem Umfang zu kürzen, in dem sie nach der Vereinbarung akzeptiert werden müsste.[165] Weitere Fälle von Sachmängeln sind Hausschwamm (auch wenn er vor längerer Zeit beseitigt wurde)[166] oder die Aufnahme in die Denkmalliste[167] oder das Fehlen einer nach dem Vertrag vorausgesetzten Bebaubarkeit des Grundstücks (s. dazu auch unten Rdn. 500).

Nach § 468 BGB a. F. BGB war die Grundstücksgröße ausdrücklich als eine Eigen- **451**
schaft der verkauften Immobilie anerkannt. Die Streichung dieser Vorschrift bedeutet nicht, dass es nach neuem Recht anders wäre. Nach wie vor stellt eine Abweichung nach unten von der angegebenen Fläche einen Sachmangel dar wenn nicht – was sehr häufig geschieht – die Haftung des Verkäufers für ein bestimmtes Flächenmaß ausdrücklich ausgeschlossen wird. Selbst die Angabe einer ungefähren Größe („ca. 650 qm“) wird als Beschaffenheitsangabe angesehen, die ja nicht eine genau bestimmte Fläche zum Gegenstand haben muss. In einem solchen Fall muss der Käufer zwar geringfügige Flächenänderungen hinnehmen;[168] wesentliche Abweichungen von der ca.-Fläche berechtigen aber auch hier zur Geltendmachung der Käuferrechte bei Sachmängeln.

Bei einem vermieteten Hausgrundstück ist zu unterscheiden: Die **Ertragsfähigkeit** er- **452**
gibt sich unmittelbar aus der physischen Beschaffenheit und ist ein wertbildendes Merkmal, das deshalb Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung i. S. des § 434 BGB sein kann. Der **Mietertrag** selbst ist dagegen keine Eigenschaft, denn er ergibt sich erst aus der Vermietung selbst, also aus Umständen, die außerhalb der Eigenschaften des Grundstücks liegen.[169] Der Mietertrag kann aber Gegenstand einer Garantie sein (s. unten Rdn. 501).

Vom Käufer mit dem Erwerb erstrebte **Steuervorteile** sind in keinem Fall eine Eigen- **453**
schaft der Immobilie, die Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein könnte, da sie stets von den Erwerbsmodalitäten und den steuerlichen Verhältnissen der Person des Erwerbers abhängen. Sie können aber Gegenstand einer Garantie sein (s. unten Rdn. 503).

2. Rechtsmängel

Anders als bei Sachmängeln ist bei Rechtsmängeln der Tag des Eigentumserwerbs des **454**
Käufers der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob der Verkäufer seine Verpflichtungen erfüllt hat. Zu diesem Zeitpunkt dürfen allenfalls solche Rechte gegen den Käufer geltend gemacht werden können, die er im Kaufvertrag übernommen hat (§ 435 Satz 1 BGB). Die Rechtsmängelhaftung betrifft nur die Freiheit von beschränkt dinglichen Rechten; kein Fall der Rechtsmängelhaftung, sondern der Unmöglichkeit liegt deshalb vor, wenn der Verkäufer – weil er selbst nur Bucheigentümer und ein gutgläubiger Erwerb (z. B. wegen Doppelbuchung eines Raums bei Wohnungseigentum) nicht möglich ist – das Eigentum nicht verschaffen kann.[170] Zum Fall, dass der Verkäufer Eigentümer und lediglich die Eintragung im Grundbuch unrichtig ist, s. unten Rdn. 458.

Abweichend von der Sachmängelgewährleistung ist die Haftung für Rechte geregelt, die **455**
im Grundbuch eingetragen sind: Solche Rechte, die der Verkäufer entgegen seiner vertragli-

---

[165] BGH NJW-RR 2000, 202.
[166] BGH NJW-RR 1987, 1415.
[167] OLG Saarbrücken NJW-RR 1996, 692.
[168] BGH WM 1978, 1291; OLG Düsseldorf OLGR 2000, 297.
[169] BGH NJW 1980, 1456.
[170] BGH NJW 2007, 3777; a. A. *Pahlow* JuS 2006, 289 (292).

chen Verpflichtung nicht beseitigt, stellen einen Rechtsmangel, keinen Sachmangel dar. Das gilt auch dann, wenn die Ausübung des Rechts zugleich zu einem Sachmangel führt: So ist es etwa bei einer verschwiegenen, durch eine Dienstbarkeit gesicherten Fernwärmeleitung im verkauften Grundstück.[171] Es kommt nicht darauf an, ob das Recht den Käufer beeinträchtigt. Die Beseitigungspflicht besteht auch dann, wenn das Recht des Dritten nur potentiell geeignet ist, den Käufer in der ungestörten Ausübung seiner Rechtsposition zu beeinträchtigen. Ob der Dritte sein Recht ausübt oder dieses auch nur beabsichtigt, ist ohne Bedeutung; allein schon das Bestehen des Rechts stellt einen Mangel dar.[172] Der Verkäufer muss solche Rechte auch dann beseitigen, wenn der Käufer sie – wie dies auf Grund der vom Notar vorgenommenen Einsicht in das Grundbuch die Regel ist – kennt (§ 442 Abs. 2 BGB). Löscht das Grundbuchamt ein Recht fehlerhafterweise ohne Bewilligung des Berechtigten (was insbesondere bei der Löschung durch Nichtmitübertragung nach § 46 Abs. 2 GBO in Betracht kommt), erwirbt der Käufer gutgläubig (§ 892 BGB) die Lastenfreiheit,[173] so dass zum maßgeblichen Zeitpunkt kein Rechtsmangel (mehr) besteht.

456 Besonders geregelt sind schließlich die öffentlichen Abgaben, die keine Erschließungs- oder Anliegerbeiträge sind (z. B. Grundsteuer, Kanal-, Straßenreinigungs- und Müllabfuhrgebühren; auch Telekommunikationsanlagen (§ 76 TKG) und Schornsteinfegergebühren (§ 25 Abs. 4 Schornsteinfegergesetz) gehören hierher: Ohne ausdrückliche Vereinbarung (die allerdings regelmäßig im Sinne einer Abgrenzung nach Zeitabschnitten getroffen wird, s. oben Rdn. 323) haftet der Verkäufer für derartige Abgaben und Lasten nicht (§ 436 Abs. 2 BGB).

457 Kein Sachmangel, sondern ein Rechtsmangel ist die Tatsache, dass ein Hausgrundstück wegen öffentlicher Förderung der Wohnungsbindung unterliegt.[174] Der Verkäufer haftet hier auch dann, wenn er die Tatsache der Wohnungsbindung zwar offenbart, aber eine unzutreffende Bindungsfrist angibt.[175] Es handelt sich dabei auch nicht um eine teilweise Nichterfüllung (§ 281 Abs. 1 S. 2 BGB), sondern um die mangelhafte Erfüllung des gesamten Vertrages.[176]

458 § 435 Satz 2 BGB fingiert, dass **nichtbestehende, im Grundbuch eingetragene Rechte** einen Rechtsmangel darstellen; die Bestimmung gilt entsprechend für einen eingetragenen Widerspruch[177] und für die zu Unrecht erfolgte Eintragung eines Dritten als Eigentümer.[178] Der Verkäufer muss solche Eintragungen – was sich aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB ergibt – auf seine Kosten beseitigen. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob das Recht den Käufer beeinträchtigt. Das hat insbesondere für solche Belastungen Bedeutung, die beim Grundstückskaufvertrag nach Eintragung der Auflassungsvormerkung, aber vor Eigentumsumschreibung auf dem Grundstück eingetragen wurden und deshalb dem Käufer gegenüber relativ unwirksam sind (§ 883 Abs. 2 BGB). Die Verpflichtung des Verkäufers, solche Rechte löschen zu lassen, entfällt nicht deshalb, weil der Käufer die Löschung dieser ihm gegenüber unwirksamen Rechte nach § 888 Abs. 1 BGB durchsetzen könnte.[179]

459 Rechtsmängel sind auch

– die (teilweise) Errichtung des verkauften Gebäudes auf fremdem Boden, so dass die Pflicht zur Zahlung einer Überbaurente begründet sein kann,[180]

---

[171] BGH NJW 2000, 803.
[172] BGH NJW-RR 1993, 396 und NJW 2000, 803.
[173] BayObLG BayObLGR 2003, 397.
[174] OLG Köln NJW-RR 1992, 1099 (1100).
[175] OLG Düsseldorf MittRhNotK 2000, 207.
[176] BGH NJW 2000, 1256 = JZ 2000, 623 mit Anm. von *Ernst.*
[177] OLG Brandenburg, 28. 8. 2008 – 5 U 152/07.
[178] BGH NJW 2007, 3777.
[179] BGH NJW-RR 1986, 310 = DNotZ 1986, 275.
[180] OLG Koblenz OLGR 2008, 89.

– beim Wohnungseigentum Regelungen in der Teilungserklärung, die die vertraglich vorgesehene Nutzung ausschließen,[181]
– die Tatsache, dass das Grundstück, das nach dem übereinstimmenden Willen Vertragsgegenstand sein soll, im Grundbuch nicht gebucht ist (Grenzverlauf anders als angenommen).[182]

Bei Baulasten unterscheidet die Rechtsprechung: Ist ihr Gegenstand ein Nutzungsrecht, soll ein Rechtsmangel vorliegen,[183] während Duldungsverpflichtungen (z.B. die Verpflichtung zur Freihaltung einer Fläche) einen Sachmangel darstellen sollen.[184]

3. Miet- und Pachtverhältnisse

460 Miet- und Pachtverhältnisse stellen beim Grundstückskauf einen behebbaren Rechtsmangel dar, der dem Käufer die Rechte aus § 437 BGB gibt.[185] Das gilt auch dann, wenn der Käufer das Miet- oder Pachtverhältnis kennt, es aber nicht zu dem vom Verkäufer mitgeteilten Zeitpunkt endet; die Rechte des Käufers sind dann nicht etwa wegen Kenntnis nach § 442 BGB ausgeschlossen, da dem Käufer zwar das Recht, nicht aber dessen Umfang bekannt ist.[186] Ebenso ist es, wenn der Mieter entgegen der Angabe des Verkäufers von einer Verlängerungsoption Gebrauch gemacht hat.[187] Die Beweislast für die Unkenntnis des Umfangs des Miet- oder Pachtrechts trägt dabei der Käufer. Ist vorgesehen, dass das Objekt bis zum vereinbarten Tag der Übergabe mietfrei und geräumt ist, empfiehlt sich eine Regelung, ob der Verkäufer hierfür eine Garantie übernimmt, ob es sich um eine (schlichte) Vertragsbedingung handelt oder ob umgekehrt Schadensersatzansprüche ausgeschlossen sein sollen, wenn sich die Räumung verzögert.

4. Nacherfüllung

461 Auch beim Grundstückskaufvertrag kann der Käufer beim Vorliegen eines Mangels zunächst Nacherfüllung verlangen (§ 437 Nr. 1 BGB). Diese erfolgt zwar nach § 439 Abs. 1 BGB nach Wahl des Käufers durch Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache; da letzteres aber beim Grundstückskauf wie bei jedem Spezieskauf ausgeschlossen ist, beschränkt sich die Nacherfüllung auf die Mangelbeseitigung. Die anläßlich der Mangelbeseitigung anfallenden Kosten für Arbeit und Material muss der Verkäufer tragen (§ 439 Abs. 2 BGB); zweifelhaft ist allerdings, ob hierzu bei eingebauten Sachen (z.B. Fliesen) hierzu auch die Kosten des Ein- und Ausbus gehören.[188] Bis der Mangel beseitigt ist, hat der Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt, so dass der Käufer die Einrede des § 320 BGB erheben kann; hierbei kann er in entsprechender Anwendung des § 641 Abs. 3 BGB jedenfalls ein Mehrfaches der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zurückbehalten.

462 Der Käufer ist nicht berechtigt, den Mangel selbst zu beseitigen, ohne dem Verkäufer zuvor vergeblich eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben. Tut er es trotzdem, wird die Nacherfüllung unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB), und er kann nach

---

[181] BGH NJW 2004, 364.
[182] Fall von OLG Frankfurt NotBZ 2004, 440.
[183] OLG Hamm NJW-RR 1989, 524.
[184] OLG Hamm, 14. 12. 1995 – 22 U 30/95.
[185] OLG Schleswig EWiR 2010, 47 mit Anm. von *Backhaus.*
[186] BGH NJW 1991, 2700 = EWiR 1991, 879 mit Anm. von *Eckert*.
[187] BGH DNotZ 1998, 364.
[188] Vgl. dazu OLG Köln NJW-RR 2006, 677; OLG Karlsruhe MDR 2005, 135; *Thürmann* NJW 2006, 3457.

fragwürdiger, aber gefestigter Rechtsprechung[189] nicht einmal die vom Verkäufer ersparten Kosten aus § 326 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 BGB, aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung verlangen. Bei Arglist des Verkäufers ist eine Fristsetzung aber in der Regel entbehrlich.[189a]

463 Die Mängelbeseitigung ist das einzige kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, das der Käufer ohne weitere Voraussetzungen geltendmachen kann; für Rücktritt, Minderung und Schadensersatz müssen weitere Bedingungen erfüllt sein. Die Nachbesserung kann aber aus tatsächlichen Gründen unmöglich oder praktisch nicht durchführbar sein; in diesem Fall beschränken sich die Ansprüche des Käufers auf die übrigen Gewährleistungsrechte.

5. Rücktritt

464 Der Rücktritt vom Kaufvertrag wegen eines Sachmangels erfolgt nach den allgemeinen Regeln; es gibt also nicht mehr die „Wandlung" als ein besonderes kaufrechtliches Rechtsinstitut. Vielmehr unterscheidet sich der Rücktritt nach Verzug (vgl. oben Rdn. 390 ff.) in seinen Rechtsfolgen in keiner Weise vom Rücktritt wegen eines Sachmangels.

465 Gegenüber dem Anspruch auf Mangelbeseitigung hat der Rücktritt allerdings zwei weitere Voraussetzungen:

- Der Mangel darf nicht unerheblich sein (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB).
- Der Käufer muss zuvor eine Frist zur Behebung des Mangels gesetzt haben (§ 323 Abs. 1 BGB), es sei denn, dass die Mängelbeseitigung vom Verkäufer verweigert wurde oder fehlgeschlagen ist (§§ 323 Abs. 2, 440 BGB).

466 Kein Hindernis für den Rücktritt ist beim Grundstückskaufvertrag die Beschränkung des § 323 Abs. 5 S. 1 BGB, wenn der Käufer eine teilbare Leistung teilweise erbracht hat. Hier kann der Verkäufer gleichwohl vom ganzen Vertrag zurücktreten, da seine Leistung (Eigentumsverschaffung an der Immobilie) nicht teilbar ist.[190]

467 Tritt der *Verkäufer* zurück, nachdem der Käufer bereits einen Teil des Kaufpreises bezahlt hat, ist dieser zur Rückgabe des Vertragsobjekts und zur Löschung einer etwa zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung nur Zug um Zug gegen Erstattung des Kaufpreises verpflichtet (§ 348 S. 1 BGB). Dieser Einwand wird aber in einem Prozess nur auf entsprechende Einrede berücksichtigt;[191] wird sie nicht erhoben, muss der Käufer seine Ansprüche selbständig verfolgen.

468 Der Rücktritt ist ein Gestaltungsrecht; mit dem Zugang der Rücktrittserklärung erlöschen die Erfüllungsansprüche aus dem Kaufvertrag, und der Käufer kann nicht mehr zur Minderung übergehen. Der Käufer, der den Kaufpreis bezahlt hat, aber seinerseits (außer der Eintragung der Auflassungsvormerkung) noch keine Leistung des Verkäufers erhalten hat, muss vor einer Rücktritterklärung bedenken, dass damit auch die Sicherungswirkung der Vormerkung wegfällt und er im Fall der Insolvenz des Verkäufers deren Löschung bewilligen muss, ohne wegen des gezahlten Kaufpreises ein Zurückbehaltungsrecht zu gaben (s. oben Rdn. 66). Schadensersatz kann dagegen – anders als vor 2002 – neben dem Rücktritt verlangt werden (s. oben Rdn. 391).

6. Minderung

469 Die Minderung (§ 441 BGB) bezweckt, das von den Parteien im Vertrag festgesetzte Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung trotz des Mangels aufrechtzuerhalten.

---

[189] BGH NJW 2005, 1348 und 2006, 88; a. A. mit überzeugenden Argumenten *Lorenz* NJW 2005, 1321.

[189a] BGH ZIP 2011, 383 (Tz. 17).

[190] BGH DNotZ 2010, 366.

[191] BGH NJW 2006, 2839, 2842.

Der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat sich deshalb – anders als zunächst vorgesehen – dafür entschieden, an dem bisherigen Berechnungsmodus für die Minderung (jetzt § 441 Abs. 3 BGB) festzuhalten. Der geminderte Kaufpreis ergibt sich deshalb nach wie vor aus der Formel:[191a]

$$\frac{\text{Wert des mangelhaften Grundstücks} \times \text{Kaufpreis}}{\text{Wert des mangelfreien Grundstücks}}$$

Die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze bleiben auch für das neue Recht anwendbar. Problematisch ist dabei vor allem der Fall, dass die Wertminderung einer Sache gegenüber ihrem Wert in mangelfreiem Zustand ganz oder teilweise auf Umständen beruht, die nur ihren Wert, nicht ihre Beschaffenheit betreffen, und daher keine Mängel im Sinne des Kaufrechts sind, oder auf Mängeln, für die der Verkäufer wegen Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers nicht haftet (§ 442 BGB). In einem solchen Fall kommt eine Minderung nur dann in Betracht, wenn ein Mangel, für den der Verkäufer haftet, den Wert der Sache gegenüber dem Stand, bei dem kein Minderungsanspruch des Käufers begründet wäre, noch weiter herabsetzt.[192]

470 Die Minderung setzt, was sich aus § 441 Abs. 1 S. 2 BGB ausdrücklich ergibt, keine erhebliche Pflichtverletzung des Verkäufers voraus, kann also auch in den Fällen geltend gemacht werden, in denen der Rücktritt oder das Verlangen nach dem „großen" Schadensersatz aus diesem Grund ausgeschlossen wäre (§ 441 Abs. 1 S. 2 BGB).

471 Minderung kann – anders als nach dem bis zum 31. 12. 2001 geltenden Recht – auch bei Rechtsmängeln verlangt werden. Das hat beim Grundstückskaufvertrag vor allem in den Fällen Bedeutung, in denen der Verkäufer nicht in der Lage ist, dem Käufer das Eigentum frei von einem im Grundbuch eingetragenen Recht zu verschaffen, der Käufer jedoch am Vertrag festhalten will, weil ihn das Recht in der wirtschaftlichen Nutzung der Immobilie nur unerheblich beeinträchtigt. Durch das Recht, Minderung zu verlangen, kann er jetzt Herabsetzung des Kaufpreises im Umfang des wirtschaftlichen Werts der Beeinträchtigung verlangen. Das hat etwa dann praktische Bedeutung, wenn ein Grundstück – anders als bei Vertragsschluss erwartet – nicht von einer Dienstbarkeit freigestellt werden kann, diese aber den Wert des Grundstücks für die Zwecke des Käufers nicht in einer Weise mindert, die diesen vom Vertrag abstehen lässt.

7. Schadensersatz statt oder neben der Minderung

472 Ist der dem Käufer entstandene Nachteil größer als der ihm durch die Minderung zufließende Vorteil, will er aber die Immobilie behalten, kann es für ihn vorteilhafter sein, statt der Minderung Schadensersatz zu verlangen (sog. „kleiner Schadensersatz"). Stellt sich die Tatsache eines Schadens erst heraus, nachdem der Käufer bereits gemindert hat, ergibt sich aus der Formulierung des § 437 BGB, dass Schadensersatz auch neben der Minderung verlangt werden kann.[192a]

473 Das wird beispielsweise dann praktisch, wenn der Mangel neben der Wertminderung auch zu entgangenem Gewinn (§ 252 BGB) führt, insbesondere weil ein gewinnbringender Weiterverkauf wegen des Mangels scheitert. Kann der Käufer Schadensersatz verlangen, dann muss der Verkäufer ihm auch den Schaden ersetzen, den er dadurch erleidet, dass er im Fall der Weiterveräußerung seinem Abnehmer den entgangenen Gewinn zu ersetzen hat, der auf einem Mangel des verkauften Grundstücks beruht. Wird dieser An-

[191a] So ausdrücklich BGH, 27. 5. 2011 – V ZR 122/10.
[192] BGH NJW 1990, 2682 = EWiR 1990, 969 mit Anm. von *Grunsky*.
[192a] BGH ZIP 2011, 33 (36); a. A. PWW/*Schmidt* § 441 Rdn. 6.

spruch an den Drittkäufer abgetreten, so kann er von diesem als Zahlungsanspruch geltend gemacht werden.[193]

474 Anders als nach dem bis zum 31. 12. 2001 geltenden Recht setzt das Verlangen von Schadensersatz nicht mehr das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, sondern lediglich ein Verschulden des Verkäufers hinsichtlich des Vorliegens des Mangels voraus (§ 280 Abs. 1 BGB). Zweifelhaft ist allerdings, wann beim Grundstückskauf ein solches Verschulden anzunehmen ist. Sicher ist, dass es nicht schon deshalb bejaht werden kann, weil in der Übereignung einer mangelhaften Immobilie die Verletzung einer Vertragspflicht liegt. Es kann aber ebenfalls nicht genügen, dass eine Handlung oder Unterlassung des Verkäufers vor Vertragsschluss den Mangel herbeigeführt hat.[194] Vor Vertragsschluss kann der Verkäufer mit der Immobilie ganz nach seinem Belieben verfahren; zweckwidriger Gebrauch ist allenfalls Verschulden gegen sich selbst. Ein Verschulden, das zur Ersatzpflicht führt, kann in derartigen Fällen allenfalls darin liegen, dass der Verkäufer es unterlässt, den Käufer auf die Art und Weise der Benutzung hinzuweisen, wenn er erkennen kann, dass diese zu einem Mangel hat führen können.

475 Gefährlich für den Käufer sind Fallgestaltungen, in denen sowohl die Voraussetzungen für das Verlangen des „kleinen" Schadensersatzes als auch für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) gegeben sind.[195] Hier darf der Käufer, wenn er sich die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche erhalten will, nicht vorschnell anfechten, da mit der Nichtigkeit des Kaufvertrags (§ 142 Abs. 1 BGB) auch die darin begründeten Schadensersatzansprüche erlöschen. Er darf allerdings auch nicht beliebig lange zuwarten, weil er sonst Gefahr läuft, die einjährige Anfechtungsfrist (§ 124 BGB) zu versäumen.

476 Im Rahmen des „kleinen" Schadensersatzes muss der Käufer so gestellt werden, als habe er ein mangelfreies Grundstück erhalten. Verschweigt beispielsweise der Verkäufer arglistig, dass das verkaufte Grundstück als „wilde" Müllkippe verwendet werden ist, kann der Käufer die Kosten der Beseitigung von abgelagertem Sondermüll als Schadensersatz verlangen, selbst wenn der Verkäufer nur die Verwendung als Müllkippe kannte, nicht aber, was im Einzelnen abgelagert wurde.[196] Entsprechendes gilt, wenn die Aufklärung unzureichend war.[197]

8. Schadensersatz statt der Leistung

477 Anders als nach dem bis zum 31. 12. 2001 geltenden Recht setzt auch das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung, also der Zurückweisung der Kaufsache und Liquidierung des gesamten dem Käufer aus dem Geschäft entstandenen Schadens nicht mehr das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, sondern lediglich ein Verschulden des Verkäufers hinsichtlich des Vorliegens des Mangels voraus. Während dies eine Verschärfung der Haftung darstellt, führt § 281 Abs. 1 S. 3 BGB umgekehrt zu einem Ausschluss dieses Gewährleistungsrechts in den Fällen eines unerheblichen Mangels. Damit weicht das neue Recht bewusst von der früheren Rechtsprechung ab, die hier z. B. bei wissentlich falscher Größenangabe selbst bei einer unerheblichen Flächenminderung den Anspruch auf Schadensersatz für gegeben angesehen hatte.[198] Da in einem solchen Fall – insoweit überein-

---

[193] BGH NJW 1992, 905.

[194] A. A. *Amann/Brambring/Hertel,* S. 137, die Verschulden des Verkäufers eines mit einem Flachdach versehenen Hauses annehmen, wenn dieser das Flachdach als Terrasse genutzt hat, obwohl es dafür nicht geeignet war und deshalb Schäden am Flachdach aufgetreten sind.

[195] Fall des OLG Saarbrücken NJW-RR 2010, 125.

[196] BGH NJW 1991, 2900 = EWiR 1992, 245 mit Anm. von *Westermann/v. Tirpitz*.

[197] BGH NJW 1995, 1549 = EWiR 1995, 647 mit Anm. von *Salzwedel*.

[198] BGHZ 96, 283 = DNotZ 1986, 446 = EWiR 1986, 347 mit Anm. von *Schiemann*.