Kein Rücktritt vom Kaufvertrag bei Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB)

1. **Schon das Bestehen, nicht erst die Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB schließt die Durchsetzbarkeit der im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der nicht erfüllten Gegenforderung stehenden Forderung und damit einen Rücktritt nach § 323 I BGB aus. Das gilt auch bei der Mängeleinrede.**

2. **Der Käufer darf den Kaufpreis auch dann insgesamt zurückhalten, wenn ein Mangel der Sache erst nach der Lieferung bzw. Übergabe bemerkt wird.**

BGH, Urteil vom 14.02.2020 – V ZR 11/18

Sachverhalt: Der Kläger hatte mit der Streithelferin, seiner damaligen Ehefrau, ein Mietshaus gekauft und den Kauf durch ein mit Grundpfandrechten gesichertes Darlehen finanziert. 2008 wurde das Grundstück im Zusammenhang mit der Scheidung der Eheleute in hälftiges Miteigentum aufgeteilt. Die alleinige Verwaltung des Objekts übernahm die Streithelferin. Mit notariellem Vertrag vom 17.12.2009 verkaufte der Kläger der Beklagten seinen Miteigentumsanteil für 583.500 €. Von dem Kaufpreis sollten 83.500 € bar bezahlt werden, was auch geschah. Die restlichen 500.000 € sollten durch Freistellung des Klägers von den Kapitaldienstverpflichtungen erbracht werden. Dazu war in dem Vertrag vorgesehen, dass der Kapitaldienst für das Darlehen von monatlich 5.800 € weiterhin von dem Hauskonto eingezogen werden solle, die Beklagte allerdings sich bei der Verwaltung des Grundbesitzes ergebende Unterdeckungen des Hauskontos durch Einzahlungen auf dieses Konto auszugleichen habe. Für den Fall der Nichterfüllung der Freistellungsverpflichtung sieht der Vertrag ein Rücktrittsrecht des Klägers vor.

Mit Schreiben vom 10.12.2011 verlangte die Streithelferin von dem Kläger die Erstattung von 29.000 € als Ausgleich für von ihr geleistete Zahlungen auf das Darlehen für den Zeitraum von Februar bis November 2011. Der Kläger forderte die Beklagte unter Fristsetzung vergeblich zur Freistellung von dieser Verpflichtung auf und trat mit Schreiben vom 21.07.2012 von dem Kaufvertrag zurück. Er verlangt von der Beklagten die Abgabe der für die Rückabwicklung des Vertrags erforderlichen Erklärungen sowie Schadensersatz in Höhe von 11.592,31 € nebst Zinsen. Kurz vor der Erklärung des Rücktritts, am 18.07.2012, hatte der Kläger seinen früheren hälftigen Miteigentumsanteil an den jetzigen Ehemann der Streithelferin veräußert und sich zur Ausübung des Rücktritts von dem Kaufvertrag mit der Beklagten verpflichtet. Dem Vertrag war eine Vereinbarung beigefügt, in der der Anspruch auf Gesamtschuldnerinnenausgleich gestundet wurde.

Die Beklagte wendet sich gegen den Rücktritt des Klägers unter anderem unter Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts aufgrund behaupteter Mängel (u. a. Schwammbefall, Brandschutzmängel, Mängel an der Grundleitung des Gebäudes, unzureichende Wärmedämmung an verschiedenen Bauteilen, unzureichende Abdichtung der Souterrainwände) im Gesamtvolumen von 563.000 € und verlangt widerklagend Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 7.868,28 €.

Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Mit dem ersten Revisionsurteil (v. 22.01.2016 – V ZR 196/14, NJW 2016, 2274) hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur eigenen Sachentscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Mit dem vorliegenden zweiten Berufungsurteil hat das Oberlandesgericht der Rückabwicklungsklage zum überwiegenden Teil stattgegeben und die Beklagte unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Abgabe der zur Rückabwicklung erforderlichen Erklärungen Zug um Zug gegen Zahlung von 81.686,64 € verurteilt. Die Berufung der Beklagten hat es zurückgewiesen. Durch Ergänzungsurteil hat das Oberlandesgericht die der Streithelferin entstandenen Kosten teils der Beklagten, teils dem Kläger auferlegt.

Auf die Revision der Beklagten wurden das Berufungsurteil und das Ergänzungsurteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Die Sache wurde zur neuen Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen. Die Anschlussrevision des Klägers war damit gegenstandslos.

Aus den Gründen: [4] I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Rücktritt des Klägers von dem Kaufvertrag wirksam, sodass er dessen Rückabwicklung verlangen könne. In dem Vertrag hätten die Parteien zwar nicht ausdrücklich geregelt, dass der Kläger nicht nur den Ausgleich von Unterdeckungen des Hauskontos, sondern auch Freistellung von seinen Pflichten aus dem Gesamtschuldnerverhältnis zu der Streithelferin verlangen könne. Letzteres entspreche aber dem Sinn und Zweck des Vertrags. Der Kaufpreis habe durch die Freistellung von den Darlehensverbindlichkeiten entrichtet werden sollen. Dieses Ziel sei ursprünglich durch die Verpflichtung zum Ausgleich von Unterdeckungen des Hauskontos zu erreichen gewesen, weil von diesem auch die Darlehensverpflichtungen bedient worden seien. Nachdem aber die Streithelferin die Verpflichtungen aus dem Darlehen unmittelbar gegenüber der Bank beglichen habe und Gesamtschuldnerausgleich außerhalb des Hauskontos verlange, sei das angestrebte Ziel einer Bezahlung des Kaufpreises durch Ausgleich von Darlehensverbindlichkeiten nur in der Weise zu erreichen, dass der Kläger von den Verbindlichkeiten gegenüber der Streithelferin freigestellt werde. Dem Freistellungsanspruch könne die Beklagte nicht entgegenhalten, dass die Forderung der Streithelferin gegen den Kläger nicht nachvollziehbar dargelegt worden sei, die Streithelferin über die Einnahmen aus dem Grundstück nicht abgerechnet habe und der Beklagten anderweitige Ansprüche gegen diese zustünden. Es sei nämlich Aufgabe der Beklagten als Freistellungsschuldnerin, solche Einwände gegenüber der Streithelferin geltend zu machen, nicht die Aufgabe des Klägers als Freistellungsgläubiger. Anhaltspunkte für eine abweichende vertragliche Vereinbarung seien nicht festzustellen. Dem Vertrag sei vielmehr zu entnehmen, dass der Kläger endgültig von den Darlehensverpflichtungen befreit werden und sich nicht mehr mit der Streithelferin habe auseinandersetzen sollen.

[5] Der Freistellungsanspruch scheitere nicht an der Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Die Beklagte habe sich zum Zeitpunkt des Rücktritts mit der Erfüllung ihrer Freistellungsverpflichtung in Verzug befunden. Aus der etwaigen Verletzung vertraglicher Abrechnungspflichten durch den Kläger ergebe sich wegen deren geringen Umfangs kein Recht der Beklagten, die Erfüllung ihrer Freistellungsverpflichtung vollständig zu verweigern. Ihrem Verzug stünden auch Sachmängel nicht entgegen. Nachbesserung könne sie bereits deshalb nicht verlangen, weil sie nur hälftiges Miteigentum erworben habe. Ein eventueller Anspruch auf Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung belaufe sich allenfalls auf 308.311,72 €, übersteige die noch offene Kaufpreisschuld also nicht und führe daher nicht zu einer Einrede, welche die Wirksamkeit des Rücktritts ausschlösse. Gleiches gelte für die vertragswidrig unterbliebene Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegen Dritte in einem Umfang von 150.000 €. Allerdings könne die Beklagte Rückzahlung des in bar gezahlten Teils des Kaufpreises sowie der von ihr geleisteten Zahlungen zum Ausgleich von Unterdeckungen auf dem Hauskonto verlangen.

[6] Als Folge des Rücktritts habe die Beklagte die zur Rückabwicklung des Vertrags erforderlichen Erklärungen abzugeben, ferner habe sie dem Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten zu ersetzen. Der geltend gemachte Anspruch auf Auskehr vereinnahmter Mieterträge und auf Ersatz eines Mindererlöses aus dem Weiterverkauf des Miteigentumsanteils bestehe hingegen nicht. Die Widerklage sei unbegründet.

[7] II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Das Berufungsurteil und das Ergänzungsurteil sind auf die Revision der Beklagten aufzuheben. Die Anschlussrevision des Klägers wird damit gegenstandslos.

Zulässigkeit der Revision

[8] Die Revision ist insgesamt zulässig. Dies gilt auch, soweit sie sich gegen das Ergänzungsurteil richtet. Ist die Revision gegen das vorangegangene Urteil zulässig, dann ist sie auch gegen das Ergänzungsurteil zulässig, wenn dieses – wie hier – ausschließlich den Kostenpunkt betrifft (vgl. Senat, Urt. v. 17.10.2003 – V ZR 71/03, VIZ 2004, 234, 235 f. und BGH, Urt. v. 06.07.2006 – III ZR 13/05, WM 2006, 1956 Rn. 4 jeweils m. w. Nachw.).

Begründetheit der Revision

[9] Die Revision der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg.

[10] Der Kläger kann von der Beklagten die Abgabe der Erklärungen, die für die Rückgewähr der aufgrund des Kaufvertrags der Parteien seinerseits erbrachten Leistungen erforderlich sind, nur aufgrund von § 346 I BGB und nur verlangen, wenn er nach § 323 I BGB in Verbindung mit der Rücktrittsregelung in Nr. 5.6 des Vertrags wirksam von dem Vertrag zurückgetreten ist. Das ist der Fall, wenn die Beklagte zur Freistellung des Klägers auch von seinen Verpflichtungen gegenüber der Streithelferin aus der gemeinsamen Verpflichtung gegenüber der darlehensgebenden Bank verpflichtet ist (unten A), wenn diese Verpflichtung fällig ist (unten B), wenn sie durchsetzbar ist (unten C) und wenn die Beklagte ihr innerhalb einer Frist von sechs Wochen nicht nachgekommen ist. Die von dem Berufungsgericht gegebene Begründung trägt seine Annahme, diese Voraussetzungen lägen vor, in zwei entscheidenden Punkten nicht.

[11] A. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass die Beklagte den Kläger auch von seinen Ausgleichsverpflichtungen als Gesamtschuldner der Darlehensverbindlichkeiten im Verhältnis zur Streithelferin freizustellen hat.

[12] 1. Zu diesem Ergebnis gelangt das Berufungsgericht aufgrund einer Auslegung der Freistellungsvereinbarung im Kaufvertrag der Parteien. Diese Auslegung ist im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. Senat, Urt. v. 22.04.2016 – V ZR 189/15, NZM 2016, 640 Rn. 7; Urt. v. 21.10.2016 – V ZR 78/16, ZfIR 2017, 355 Rn. 20) und in diesem Rahmen nicht zu beanstanden. Durch den Ausgleich etwaiger Unterdeckungen auf dem Hauskonto sollte die Beklagte nach Nr. 3.2.(a) des Vertrags ihrer Verpflichtung, den Kläger von der Belastung mit dem Kapitaldienst gegenüber der Bank freizustellen, auch ohne Abrechnungen seitens der Streithelferin genügen können. Nachdem die Streithelferin den Kapitaldienst nicht mehr über das Hauskonto abwickelte, konnte die Regelung ihren Zweck nicht mehr erfüllen; folglich entspricht die von dem Berufungsgericht angenommene Freistellungsverpflichtung auch hinsichtlich eines Anspruchs der Streithelferin aus dem Gesichtspunkt des Innenausgleichs unter Gesamtschuldnern den Interessen der Vertragsparteien (vgl. dazu das erste Revisionsurteil des Senats vom 22.01.2016 – V ZR 196/14, NJW 2016, 2274 Rn. 24–26). Hiergegen erhebt die Revision auch keine Einwände.

[13] 2. Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Freistellungsverpflichtung der Beklagten setze weder eine Abrechnung des Klägers noch eine Abrechnung der Streithelferin über die Verwaltung des Anwesens voraus.

[14] a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Abwehr von Forderungen, von denen der Freistellungsgläubiger freizustellen ist, nach allgemeinen Grundsätzen nicht dessen Aufgabe, sondern Sache des Freistellungsverpflichteten ist (Senat, Urt. v. 19.04.2002 – V ZR 3/01, WM 2002, 1358, 1359; Urt. v. 22.01.2016 – V ZR 196/14, NJW 2016, 2274 Rn. 27; BGH, Urt. v. 19.01.1983 – IVa ZR 116/81, NJW 1983, 1729, 1730; Urt. v. 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, WM 2011, 861 Rn. 12). Richtig ist weiter, dass die Parteien von der Möglichkeit, dieses Pflichtenprogramm vertraglich abweichend zu gestalten, keinen Gebrauch gemacht haben. Sie haben lediglich die Abwicklung über das Hauskonto vereinbart, die ihnen die Auseinandersetzung mit der Streithelferin ersparen sollte.

[15] b) Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht mittels einer ergänzenden Auslegung des Vertrags der Parteien erreichen. Die – an sich gebotene (vgl. erstes Revisionsurteil des Senats vom 22.01.2016 – V ZR 196/14, NJW 2016, 2274 Rn. 27) – Prüfung, ob eine solche Auslegung des Vertrags der Parteien möglich ist, hat das Berufungsgericht zwar nicht angestellt. Der Senat kann sie aber aufgrund der seiner Nachprüfung unterliegenden tatsächlichen Grundlagen nachholen, weil die hierfür erforderlichen Feststellungen getroffen und weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. dazu Senat, Urt. v. 12.12.1997 – V ZR 250/96, NJW 1998, 1219 f.; Urt. v. 12.10.2012 – V ZR 222/11, NJW-RR 2013, 494 Rn. 16; Beschl. v. 18.07.2019 – V ZR 77/18, NZM 2019, 904 Rn. 3). Danach scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung aus.

[16] aa) Zweifelhaft ist schon, ob die Vereinbarungen der Parteien über die Freistellung des Klägers überhaupt eine planwidrige Lücke aufweisen; eine solche ist die Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung (vgl. Senat, Urt. v. 12.10.2012 – V ZR 222/11, NJW-RR 2013, 494 Rn. 9, Urt. v. 23.05.2014 – V ZR 208/12, NJW 2014, 3439 Rn. 8; Urt. v. 30.06.2017 – V ZR 248/16, WM 2017, 1937 Rn. 7). Der Kaufpreis für den Miteigentumsanteil des Klägers sollte nach den Vorstellungen der Parteien zum weit überwiegenden Teil aus dem Anteil der Beklagten an den Mietüberschüssen und durch Zuzahlungen der Beklagten beglichen werden. Nach der Präambel des Vertrags war ihnen klar, dass sie weder etwaige Mietüberschüsse noch den Zuzahlungsbedarf feststellen konnten, weil die Streithelferin die Mieten alleine vereinnahmte und nicht abrechnete. Sehenden Auges haben sie sich zu einer Abrechnung über das Hauskonto entschlossen, die aber nur so lange funktionieren konnte, wie die Streithelferin tatsächlich über das Hauskonto abrechnete.

[17] bb) Eine ergänzende Vertragsauslegung scheitert jedenfalls daran, dass sich der hypothetische Wille der Parteien, wie für eine ergänzende Vertragsauslegung erforderlich (BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 397/03, WM 2005, 1963, 1965 f.), nicht feststellen lässt. Die Parteien haben nämlich, worauf der Senat schon im ersten Revisionsurteil hingewiesen hat (Urt. v. 22.01.2016 – V ZR 196/14, NJW 2016, 2274 Rn. 27), mit der letztlich gescheiterten Regelung zwei miteinander unvereinbare Ziele erreichen wollen: Einerseits sollte der Kläger die Rechte aus seinem Miteigentumsanteil vollständig an die Beklagte übertragen und durch diese von seinen Darlehensverpflichtungen freigestellt werden. Andererseits wollte die Beklagte eine Auseinandersetzung mit der Streithelferin über die Abrechnung der Mieteinnahmen, von deren Wohnvorteilen und der Ausgaben vermeiden; diese Abrechnung konnte aber auch der Kläger nicht erreichen. In dieser Situation kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht. Es bleibt deshalb bei dem normalen Pflichtenprogramm einer Freistellungsvereinbarung und damit bei der Verpflichtung der Beklagten, Ausgleichsansprüche der Streithelferin abzuwehren.

[18] c) Daran ändert es nichts, dass ein Freistellungsgläubiger im Grundsatz verpflichtet ist, einen Freistellungsschuldner über die Grundlagen, die Höhe und die Einwendungen und Einreden gegen die Forderungen, die Gegenstand der Freistellung sein sollen, zu unterrichten (Senat, Urt. v. 17.07.2009 – V ZR 254/08, NJW-RR 2010, 200 Rn. 37; BGH, Urt. v. 19.01.1983 – IVa ZR 116/81, NJW 1983, 1729, 1730). Hier besteht eine solche Verpflichtung nämlich nicht. Der Umfang der Freistellungsverpflichtung der Beklagten hängt allein von dem Ergebnis einer Abrechnung der Mieteinnahmen, der anzuechnenden Mietvorteile und der Ausgaben für das Gebäude auf dem Grundstück ab, die nur die Streithelferin vornehmen kann, nach der Präambel des Vertrags aber schon in der Vergangenheit nicht vorgenommen hat und auch weiterhin nicht vornimmt. Es war deshalb von vornherein klar, dass die Erteilung solcher Informationen nach den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts gegenüber der Streithelferin durchgesetzt werden müsste. In einer solchen Situation bestehen keine Nebenpflichten des Freistellungsgläubigers. Vielmehr bleibt es allein Aufgabe des Freistellungsschuldners, hier der Beklagten, sich die zur Abwehr unberechtigter Ansprüche erforderlichen Informationen zu beschaffen.

[19] B. Ohne Erfolg wendet die Beklagte weiter ein, der Freistellungsanspruch sei im Zeitpunkt des Rücktritts nicht fällig gewesen.

[20] 1. Die Beklagte stützt ihren Einwand auf eine Regelung in der zwischen der Streithelferin und dem Kläger vom 18.07.2012 getroffenen Vereinbarung, wonach die Streithelferin dem Kläger den Anspruch aus dem Gesichtspunkt des Gesamtschuldnerinnenausgleichs „stundet“, bis dieser nach der Rückabwicklung des Kaufvertrags mit der Beklagten wieder als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen oder der Rücktritt gescheitert sei. Diese Vereinbarung berührt aber die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs nicht.

[21] 2. Die Vereinbarung betrifft nur das Innenverhältnis zwischen der Streithelferin und dem Kläger. Sie ist nicht als Stundungsabrede, sondern als *pactum de non petendo* auszulegen, das im Gegensatz zur Stundung nicht die Fälligkeit hinausschiebt, sondern lediglich eine gerichtliche Auseinandersetzung über eine Forderung einstweilen verhindern soll (vgl. BGH, Beschl. v. 25.03.1998 – VIII ZR 298/97, NJW 1998, 2060, 2061; Urt. v. 28.02.2002 – VII ZR 455/00, WM 2002, 872, 873 jeweils m. w. Nachw.). Diese bislang unterbliebene Auslegung kann der Senat mangels zu erwartender weiterer Feststellungen selbst vornehmen. Für sie spricht, dass der Kläger den Rücktritt von dem Vertrag mit der Beklagten, der die Grundlage der Vereinbarung vom 18.07.2012 bilden sollte, auf die unterbliebene Freistellung von seinen Verpflichtungen aus dem Gesamtschuldnerinnenausgleich stützen wollte. Eine Stundung der Ausgleichsverpflichtung hätte diesen Rücktrittsgrund zu Fall gebracht und war ersichtlich weder gewollt noch veranlasst. Die Qualifikation der Vereinbarung als *pactum de non petendo* stützt auch der Umstand, dass die Vereinbarung zwischen der Streithelferin und dem Kläger vom 18.07.2012 die zwischen ihnen bestehenden vermögensrechtlichen Konflikte umfassend bereinigen und ein anhängiges familienrechtliches Verfahren für die Dauer des Stillhaltens der Streithelferin hinsichtlich des Anspruchs aus dem Gesamtschuldnerinnenausgleich ruhen sollte.

[22] C. Im Ergebnis nicht tragfähig ist allerdings die Begründung, mit welcher das Berufungsgericht die Durchsetzbarkeit des Freistellungsanspruchs bejaht, auf dessen Nichterfüllung der Kläger seinen Rücktritt stützt. Es kann an der Durchsetzbarkeit des Freistellungsanspruchs fehlen, weil der Beklagten möglicherweise die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 I BGB und die auf die gleiche Vorschrift zu stützende Mängeleinrede zustanden. Dann aber wären der Rücktritt unwirksam und die auf ihn gestützte Rückabwicklungsklage unbegründet.

[23] 1. Noch zutreffend nimmt das Berufungsgericht allerdings an, die Durchsetzbarkeit des Freistellungsanspruchs und damit die Wirksamkeit des Rücktritts scheiterten nicht an der fehlenden eigenen Vertragstreue des Klägers.

[24] a) Allerdings ist umstritten, ob der Rücktritt des Gläubigers seine eigene Vertragstreue voraussetzt. Bei einem Rücktritt nach § 326 BGB a.F. war die eigene Vertragstreue des Gläubigers eine ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung (vgl. dazu Senat, Urt. v. 13.11.1998 – V ZR 386/97, ZIP 1999, 367, 369 m. w. Nachw.). Ob sie auch für einen Rücktritt nach § 323 BGB n.F. gilt, um den es hier geht, wird unterschiedlich beurteilt. Teils wird die Frage bejaht, teils aber auch mit der Begründung verneint, im Hinblick auf die strengen Voraussetzungen für einen Ausschluss des Rücktrittsrechts in § 323 VI BGB stelle die eigene Vertragstreue des Gläubigers keine eigenständige Tatbestandsvoraussetzung des § 323 BGB mehr dar (dazu ausführlich BeckOGK/*Looschelders,* Stand: 01.12.2019, § 323 BGB Rn. 103 f. m. w. Nachw. zu beiden Ansichten). Diese Frage muss hier nicht entschieden werden.

[25] b) Das Berufungsgericht kommt nämlich rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis, der Kläger habe seine Vertragstreuepflicht nicht verletzt.

[26] aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten ergibt sich eine Verletzung seiner Vertragstreuepflicht durch den Kläger nicht daraus, dass er, wie sie meint, seine Pflicht zur Unterstützung aller Bemühungen zur Darlehensablösung nach Nr. 3.2.(c)(aa) des Vertrags verletzt hat, indem er seine Zustimmung zur Darlehensübernahme nicht erteilt hat. Zweifelhaft ist schon, ob der Kläger dazu überhaupt verpflichtet war. Die Darlehensablösung sollte nämlich nach den vertraglichen Vereinbarungen ihm selbst, nicht der Beklagten günstig sein. Jedenfalls ist die Ablösung des Darlehens nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht an der Verweigerung der Zustimmung durch den Kläger, sondern an der Verweigerung der Zustimmung durch die Streithelferin gescheitert. Außerdem hatte der Kläger, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, der Beklagten eine ausreichende Vollmacht erteilt, sodass die Beklagte die verlangte Zustimmung selbst wirksam hätte erklären können.

[27] bb) Fehlende eigene Vertragstreue des Klägers ergibt auch die Behauptung der Beklagten nicht, der Kläger habe ohne Rücksprache mit ihr Verlängerungs- und Umschuldungsvereinbarungen abgeschlossen. Der Kläger darf zwar nach der Regelung in Nr. 3.2.(c)(cc)(□) des Vertrags seine Rechte gegenüber der Bank nur nach vorheriger Abstimmung mit der Beklagten ausüben. Das ergibt ein Fehlen der eigenen Vertragstreue des Klägers aber nur, wenn solche Vereinbarungen vor der Erklärung des Rücktritts erfolgt wären und wenn sie für die Beklagte nachteilig gewesen sein sollten. Das zeigt die Beklagte nicht auf. In dem in der Revisionsbegründung in Bezug genommenen Vortrag führt sie nur aus, ihr sei der Inhalt der behaupteten Verlängerungs- und Umschuldungsvereinbarungen im Einzelnen unbekannt.

[28] cc) Entgegen der Ansicht der Beklagten folgt das Fehlen der eigenen Vertragstreue des Klägers auch nicht daraus, dass er sich durch den Abschluss des Kaufvertrags mit dem jetzigen Ehemann der Streithelferin vom 18.07.2012 von dem Vertrag mit der Beklagten losgesagt hätte. In diesem Vertrag ist zwar vereinbart, dass der Kläger gegenüber der Beklagten den Rücktritt erklären und seinen an diese übertragenen Miteigentumsanteil an den Ehemann der Streithelferin veräußern soll. Damit hat es allerdings nicht sein Bewenden. Vielmehr heißt es in dem Vertrag weiter, dass der Verkauf nur für den Fall eines wirksamen Rücktritts durchgeführt wird, und es möglicherweise nicht zu einem solchen kommt. Dass der Kläger den Rücktritt auch für den Fall zu erklären hätte, dass dessen rechtliche Voraussetzungen nicht vorliegen, lässt sich dem Vertrag dagegen nicht entnehmen.

[29] 2. Das Berufungsgericht hat aber nicht erkannt, dass der Beklagten nach ihrem Vortrag bei Erklärung des Rücktritts die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 I BGB zugestanden haben kann. Träfe dies zu, wäre der Freistellungsanspruch des Klägers schon wegen des Bestehens der Einrede bei der Erklärung des Rücktritts nicht durchsetzbar gewesen und der Rücktritt daran gescheitert.

[30] a) Das Bestehen dieser Einrede ergibt sich allerdings nicht schon aus dem Vortrag der Beklagten, der Kläger habe ihr entgegen Nr. 3.2.(b)(aa) des Vertrags keine Kontovollmacht über die Hauskonten erteilt sowie entgegen Nr. 3.2.(b)(dd) des Vertrags nicht an der zügigen Errichtung eines neuen Hauskontos mitgewirkt, weswegen im Zeitraum von Mai 2010 bis Juli 2011 Mieten in Höhe von 75.000 € auf dem alten Hauskonto eingegangen seien, über die sie nicht habe verfügen können, von denen ihr aber die Hälfte zugestanden habe. Aus diesen Umständen könnte ein Schadensersatzanspruch oder eine Einrede der Beklagten aus § 320 I 1 BGB indessen nur folgen, wenn die behaupteten Mieteingänge ganz oder teilweise weder für die Verwaltung des Anwesens noch für die Tilgung des Darlehens einzusetzen gewesen wären. Die Beklagte zeigt aber keinen substanziierten Vortrag dazu auf.

[31] b) Auch die von der Beklagten behauptete unterbliebene Vorlage einer auf den wirtschaftlichen Übergang bezogenen Abrechnung stellt die Durchsetzbarkeit des Freistellungsanspruchs des Klägers nicht infrage. Zwar hat sich der Kläger in Nr. 7.2. des Vertrags verpflichtet, bezogen auf den Stichtag des wirtschaftlichen Übergangs die stichtagsübergreifenden Nutzungen und Lasten abzurechnen. Allerdings ist die Beklagte mit der Erfüllung ihrer Freistellungsverpflichtung diesbezüglich vorleistungspflichtig, was nach § 320 I 1 Halbsatz 2 BGB der Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegensteht. Die Vorleistungspflicht wurde von den Parteien dadurch konkludent vereinbart, dass sie den Vertrag in dem Bewusstsein schlossen, dass die Streithelferin seit Jahren nicht über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Grundstücks abgerechnet hatte, also davon ausgingen, dass der Kläger die vorgesehene Abrechnung nicht ohne Weiteres vorlegen konnte. Die Durchführung der in Nr. 3.2.(a) des Vertrags vorgesehenen Freistellung konnte deshalb nur gelingen, wenn die Beklagte bezüglich der Freistellung vorleistungspflichtig war. Ihre Vorleistungspflicht wird dadurch ausgeglichen, dass ihr der Kläger alle ihm gegenüber der Streithelferin zustehenden Abrechnungs- und Auskunftsansprüche abgetreten hat.

[32] c) Nichts anderes gilt für eine mögliche Verletzung von Nr. 4.1.(b) des Vertrags. Danach garantiert der Kläger, dass keine die Beklagte bindende Vereinbarung über die Nutzungsentschädigung bezüglich der von der Streithelferin genutzten Wohnung bestehe. Es kann dahinstehen, ob – wie die Beklagte behauptet – zwischen dem Kläger und der Streithelferin vereinbart wurde, dass diese keine Nutzungsentschädigung zu zahlen habe. Denn eine solche Vereinbarung würde die Beklagte gemäß § 1010 I BGB nur binden, wenn sie als Belastung im Grundbuch eingetragen wäre, was nach dem in Nr. 1.1 des Kaufvertrags beschriebenen Grundbuchstand nicht der Fall ist.

[33] d) Die Durchsetzbarkeit des Freistellungsanspruchs des Klägers kann aber nach dem – als Eventualbegründung der Einrede unabhängig von der Rangfolge zu berücksichtigenden (dazu: OLG Köln, Urt. v. 14.01.1970 – 18 U 95/69, MDR 1970, 686; Palandt/*Ellenberger,* BGB, 79. Aufl., § 214 Rn. 2 für Einrede der Verjährung) – Vortrag der Beklagten daran scheitern, dass der Kläger der Beklagten seine Gewährleistungsansprüche gegen frühere Eigentümer, Handwerker, Schädiger und sonstige Dritte nicht wirksam abgetreten hat und die Beklagte deshalb nach § 320 I BGB zur Verweigerung der Freistellung berechtigt war.

[34] aa) Zur Abtretung dieser Ansprüche an die Beklagte hat sich der Kläger in Nr. 7.5. des Kaufvertrags der Parteien verpflichtet. Diese Verpflichtung hat er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erfüllt. In dem Vertrag ist zwar eine Abtretungserklärung enthalten. Diese Abtretungserklärung ist aber ins Leere gegangen, weil der Kläger die gleichen Ansprüche zuvor bereits an die Streithelferin abgetreten hatte.

[35] bb) Dadurch ist der Kläger von seiner Verpflichtung zur Abtretung dieser Ansprüche indessen nicht freigeworden. Zwar stehen die Ansprüche jetzt der Streithelferin zu. Das Unvermögen des Klägers (vgl. § 275 I Fall 1 BGB) zur Abtretung tritt aber nur und erst ein, wenn der Kläger die Streithelferin um eine Rückabtretung dieser Ansprüche an ihn oder eine Abtretung der Ansprüche an die Beklagte bittet und diese ein entsprechendes Ansinnen endgültig ablehnt (vgl. Senat, Urt. v. 19.01.2018 – V ZR 273/16, DNotZ 2018, 686 Rn. 25 m. w. Nachw.). Das hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Für das Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, dass das nicht geschehen ist. Dann aber steht der Beklagten gegen den Kläger weiterhin ein Erfüllungsanspruch zu.

[36] cc) Der Fortbestand des Erfüllungsanspruchs könnte das Recht zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 I 1 BGB begründen.

[37] (1) Für das Revisionsverfahren ist mangels gegenteiliger Feststellungen davon auszugehen, dass die Abtretungsverpflichtung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Freistellungsverpflichtung der Beklagten steht.

[38] (2) Dann aber wäre die Einrede begründet, ohne dass es darauf ankäme, ob die Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB vor oder nach der Erklärung des Rücktritts durch den Kläger erhoben hat. Denn schon das Bestehen, nicht erst die Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB schließt die Durchsetzbarkeit der im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der nicht erfüllten Gegenforderung stehenden Forderung und damit einen Rücktritt nach § 323 I BGB und dieser Vorschrift nachgebildeten oder diese ergänzenden vertraglichen Regelungen aus.

[39] Entschieden ist das für den Eintritt des Verzugs nach § 284 BGB a.F. bzw. § 286 BGB n.F. (Senat, Urt. v. 26.10.1965 – V ZR 87/63, NJW 1966, 200 f., Urt. v. 07.05.1982 – V ZR 90/81, BGHZ 84, 42, 44; Urt. v. 06.12.1991 – V ZR 229/90, BGHZ 116, 244, 249; Urt. v. 11.12.2009 – V ZR 217/08, NJW 2010, 1272 Rn. 23; BGH, Urt. v. 08.07.1982 – VII ZR 96/81, NJW 1982, 2494, 2495; Urt. v. 06.05.1999 – VI-I ZR 180/98, NJW 1999, 2110; Urt. v. 09.06.2016 – IX ZR 314/14, BGHZ 210, 321 Rn. 98) und den auf dem Eintritt des Verzuges beruhenden Rücktritt nach § 326 BGB a.F. (Senat, Urt. v. 18.01.1991 – V ZR 11/90, BGHZ 113, 232, 236; Urt. v. 06.12.1991 – V ZR 229/90, BGHZ 116, 244, 249 f.; Urt. v. 05.12.2003 – V ZR 341/02, ZfIR 2004, 394, 395).

[40] Für den Rücktritt nach § 323 I BGB gilt nichts anderes (vgl. BeckOGK/*Looschelders,* a. a. O., § 323 BGB Rn. 95; BeckOK-BGB/*Hubert Schmidt*, Stand: 01.02.2020, § 323 Rn. 5; Erman/*Westermann,* BGB, 15. Aufl., § 323 Rn. 10; MünchKomm-BGB/*Ernst,* 8. Aufl., § 323 Rn. 47 mit § 286 Rn. 25; Palandt/*Grüneberg,* BGB, 79. Aufl., § 323 Rn. 11; Soergel/*Gsell,* BGB, 13. Aufl., § 323 Rn. 51; Staudinger/*Schwarze,* BGB, Neubearb. 2015, § 323 Rn. B28). Diese Vorschrift macht den Rücktritt zwar, anders als der frühere § 326 BGB a.F., nicht von dem Eintritt des Verzugs, sondern davon abhängig, dass der Schuldner trotz Bestimmung einer angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung durch den Gläubiger eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht hat. Unter fälliger Leistung versteht das Gesetz in § 323 I BGB aber nichts anderes als in § 286 I BGB, der nach Text und Inhalt den bisherigen § 284 BGB a.F. abgelöst hat (MünchKomm-BGB/*Ernst,* a. a. O., § 323 Rn. 47; Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 323 Rn. 9).

[41] e) Rechtsfehlerhaft sieht das Berufungsgericht die von der Beklagten behaupteten Mängel schon deshalb als unerheblich an, weil die Beklagte nicht konkretisiert habe, welche Mängelrechte sie hieraus ableite. Sollte ihr Vortrag zutreffen, wäre die Beklagte zur Erhebung der Mängeleinrede gemäß § 320 I BGB berechtigt. Schon das Bestehen dieser Einrede würde, ohne dass es einer Konkretisierung der Rechte, die aus den Mängeln abgeleitet werden sollen, bedürfte, dem Freistellungsanspruch des Klägers nämlich die Durchsetzbarkeit nehmen und seinen auf die Nichterfüllung dieses Anspruchs gestützten Rücktritt unwirksam machen.

[42] aa) Das Berufungsgericht hat sich mit einer Ausnahme weder mit dem Vorhandensein oder Fehlen der von der Beklagten geltend gemachten Mängel des Gebäudes noch mit der Frage befasst, ob der Kläger diese Mängel arglistig verschwiegen hat. Deshalb ist für das Revisionsverfahren zu unterstellen, dass die Mängel im Übrigen in dem von der Beklagten behaupteten Umfang bestehen, dass sie behebbar sind und dass sich der Kläger aufgrund seiner Kenntnis von diesen Mängeln nicht auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen kann.

[43] bb) Die auf diese Mängel gestützte Mängeleinrede der Beklagten scheitert entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht von vorneherein daran, dass die Beklagte nur einen Miteigentumsanteil am Grundstück erworben hat und ihr deshalb allenfalls ein auf die Quote des Miteigentumsanteils beschränkter Anspruch auf Freistellung von Mängelbeseitigungskosten zustehen könnte. Auch dem Erwerber eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück steht vielmehr ein voller Nacherfüllungsanspruch zu.

[44] (1) Die Frage nach Inhalt und Umfang von Nacherfüllungsansprüchen wird für den Verkauf des Miteigentumsanteils an einem Grundstück, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur nicht behandelt. Erörtert wird allerdings eine vergleichbare Fragestellung bei dem Kauf einer Eigentumswohnung, nämlich, ob dem Käufer ein Anspruch auf Nacherfüllung auch in Bezug auf Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums zusteht oder ob er einen auf die Quote des Miteigentumsanteils beschränkten Anspruch auf Freistellung von den Mängelbeseitigungskosten hat. Die Frage wird teilweise im zuletzt genannten Sinn beantwortet. Der Nacherfüllungsanspruch des § 439 I BGB sei nicht auf den Kauf eines Bruchteils einer Sache zugeschnitten. Denn bei Erwerb einer Miteigentumsquote könne der Gegenstand der Nacherfüllung nicht individualisiert werden, die Beseitigung des Mangels an der abstrakten Quote sei daher unmöglich. Wer einen Bruchteil verkaufe, hafte nicht zur Gänze auf Mangelbeseitigung. Die Nachbesserung sei ferner deshalb unmöglich, weil der Verkäufer gegenüber den weiteren Miteigentümern nicht befugt sei, deren Eigentum zur Durchführung der Mängelbeseitigung zu beanspruchen (vgl. *Greiner,* NZM 2017, 713, 716; *ders.* in: Evangelischer Bundesverband für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis e. V. [Hrsg.], Bauträgerhaftung, PiG 104 [2017], S. 43 ff., 48 f.; *Pause,* NZBau 2017, 22, 25; *Poschitz,* GWR 2016, 353, 355 f.). Überwiegend wird jedoch angenommen, dass dem Käufer einer neu errichteten Eigentumswohnung ein voller Nachbesserungsanspruch zusteht (vgl. BeckOK-WEG/*Müller,* Stand: 01.02.2020, § 10 Rn. 720a.7; *Bernhard/Bub,* FD-MietR 2016, 377317; *Cramer/Cziupka,* RNotZ 2016, 289, 292; *Dötsch,* ZWE 2016, 315, 317; *Häublein,* ZfIR 2015, 805, 806; *Thode,* jurisPR-PrivBauR 12/2016 Anm. 2; *Vogel,* ZWE 2016, 442, 446). Im Vordergrund der Betrachtung steht dabei aber regelmäßig die Fallkonstellation einer neu errichteten oder neu zu errichtenden Eigentumswohnung, in der den Erwerbern Gewährleistungsansprüche gegen den Bauträger zustehen. Die Frage nach einem Anspruch auf Nacherfüllung in Bezug auf Mängel des Gemeinschaftseigentums kann sich aber auch bei dem Kauf einer Bestandswohnung stellen. Ihre Beantwortung hat der Senat bislang offengelassen (vgl. Urt. v. 24.07.2015 – V ZR 167/14, ZfIR 2015, 801 Rn. 22; s. auch BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 156/13, ZfIR 2016, 419 Rn. 39).

[45] (2) Für den Kauf eines Miteigentumsanteils an einem nicht in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück ist die Frage im Sinne der zweiten Ansicht zu entscheiden.

[46] (a) Bezugspunkt des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers ist auch bei dem Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück nicht der Miteigentumsanteil als dingliche Rechtsposition, sondern das (bebaute) Grundstück.

[47] (aa) Die Bestimmung des Bezugspunkts des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers hängt entscheidend davon ab, ob der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück als Rechts- oder als Sachkauf einzuordnen ist. Im ersten Fall wäre Bezugspunkt im Grundsatz nur die dingliche Rechtsposition. Auf Mängel des Grundstücks oder des auf ihm stehenden Gebäudes käme es, ähnlich wie etwa bei einem Unternehmenskauf (vgl. dazu: BGH, Urt. v. 27.02.1970 – I ZR 103/68, WM 1970, 819, 821; Staudinger/*Beckmann,* BGB, Neubearb. 2013, § 453 Rn. 148 m. w. Nachw.), nur an, wenn die Beschaffenheit etwa des Gebäudes auf dem Grundstück für den Kauf der Rechtsposition entscheidend ist. Ist der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück dagegen als Sachkauf einzuordnen, bezieht sich der Nacherfüllungsanspruch des Käufers ohne Weiteres auch auf das erworbene Grundstück und das auf ihm stehende Gebäude, an dessen Eigentum der Käufer mit dem Erwerb des Anteils beteiligt werden möchte.

[48] (bb) Der Kauf einer Eigentumswohnung – nach § 1 II WEG das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Grundstück – wird allgemein unausgesprochen als Sachkauf angesehen. Auch der Senat geht, ohne die Frage zu problematisieren, davon aus, dass es sich hierbei um einen (mit Elementen eines Rechtskaufs versehenen) Sachkauf handelt (vgl. Urt. v. 24.07.2015 – V ZR 167/14, ZfIR 2015, 801 Rn. 22 f.). Ebenso wird der Kauf eines Grundstücks durch mehrere Erwerber, die daran Bruchteilseigentum erwerben wollen, soweit ersichtlich, einhellig als Sachkauf angesehen. Umstritten ist, ob das auch für den Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem bebauten, nicht in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück gilt. Teilweise wird hierin ein Rechtskauf gesehen (Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 79. Aufl., § 453 Rn. 4). Nach anderer Auffassung liegt zwar ein Rechtskauf vor; er sei aber wie ein Sachkauf zu behandeln (OLG Hamm, Urt. v. 19.06.1985 – 20 U 35/85, DB 1985, 2400 f.). Nach einer dritten Meinung ist der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ein Sachkauf (OLG Köln, Urt. v. 29.11.1989 – 2 U 60/89, WM 1990, 1082, 1084; MüKomm-BGB/*Westermann,* 8. Aufl., § 433 Rn. 12 a. E.; Staudinger/*Beckmann,* a. a. O., § 433 Rn. 9).

[49] (cc) Die zuletzt genannte Meinung trifft zu. Das Recht des Miteigentümers nach Bruchteilen ist nicht etwa ein neben dem Eigentum stehendes und dieses belastendes Bruchteilrecht. Es ist vielmehr in seinem Wesen dem Sacheigentum gleichartig, also Eigentum und ein selbstständiges Recht in gleicher Art wie das Recht als Ganzes (BGH, Urt. v. 14.02.1962 – IV ZR 156/61, BGHZ 36, 365, 368 m. w. Nachw.; MünchKomm-BGB/*Karsten Schmidt,* 8. Aufl., § 1008 Rn. 1; Staudinger/*Thole,* BGB, Neubearb. 2019, § 1008 Rn. 4). Wer einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück erwirbt, erwirbt deshalb nicht ein beschränktes dingliches Recht am Grundstück, sondern eine Beteiligung am Eigentum und am (Eigen-)Besitz an dem Grundstück. Der Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück unterliegt daher unmittelbar den Regelungen über den Sachkauf. Bezugspunkt etwaiger Nacherfüllungsansprüche ist deshalb kein Recht, sondern das Grundstück, dessen Miteigentümer der Erwerber werden will.

[50] (b) Demgemäß hat auch der Käufer eines Miteigentumsanteils nach § 433 I 2 BGB einen Anspruch darauf, dass das Grundstück insgesamt frei von Sach- und Rechtsmängeln ist. Danach bestimmt sich der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs.

[51] Hierbei handelt es sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht um einen eigenständigen, neuen Anspruch, der durch die Lieferung einer mangelhaften Sache ausgelöst wird. Vielmehr setzt der Nacherfüllungsanspruch den ursprünglichen Erfüllungsanspruch nach § 433 I 2 BGB im Sinne einer „Resterfüllung", damit in seiner Struktur unverändert und nur mit den durch die Lieferung der mangelhaften Sache gebotenen Modifikationen versehen fort (Entwurfsbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 220). Mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption lediglich die Erfüllung dieser Verkäuferpflichten durchgesetzt werden; der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat (vgl. BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24 m. w. Nachw.). Der Unterschied zum Erfüllungsanspruch besteht – neben der speziellen Verjährungsfrist des § 438 BGB und den Ausschlüssen nach §§ 442, 444 BGB – im Wesentlichen darin, dass Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs nicht mehr die erstmalige Lieferung einer mangelfreien Kaufsache ist, sondern die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (vgl. BGH, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 50 m. w. Nachw.). Der Anspruch auf volle Nacherfüllung steht vorbehaltlich eines Unvermögens des Verkäufers (dazu unten Rn. 61) auch dem Käufer eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück zu. Ansatzpunkte, den Nacherfüllungsanspruch eines solchen Käufers auf eine lediglich anteilige Freistellungsverpflichtung zu beschränken, bietet die Vorschrift nicht (vgl. so für Wohnungseigentum: *Cramer/Cziupka,* RNotZ 2016, 289, 292; *Vogel,* ZWE 2016, 442, 446).

[52] cc) Ist die Kaufsache, wie hier zu unterstellen ist, mangelhaft, kann der Verkäufer nicht wegen Nichtzahlung des Kaufpreises von dem Vertrag zurücktreten. Die Kaufpreisforderung kann dann nämlich nicht durchgesetzt werden, weil dem Käufer auch dann die Mängeleinrede nach § 320 I BGB zusteht, wenn er weder Mängel geltend gemacht noch konkretisiert hat, welche Rechte er aus etwaigen Mängeln ableiten möchte. Zu beidem ist er im Grundsatz nicht verpflichtet. Ihn kann aber die Obliegenheit treffen, dem Verkäufer den Grund für das Ausbleiben der diesem geschuldeten Kaufpreiszahlung oder entsprechenden Gegenleistung – hier der Freistellung – mitzuteilen (dazu unten Rn. 60).

[53] (1) Wie oben (Rn. 40) dargelegt, schließt schon das Recht, die Einrede nach § 320 I BGB zu erheben, die Durchsetzbarkeit der Zahlungsverpflichtung des Käufers und damit einen auf das Ausbleiben der Zahlung trotz entsprechender Fristsetzung gestützten Rücktritt des Verkäufers aus. Das gilt auch für das aus § 320 I BGB folgende Recht des Käufers, die Mängeleinrede zu erheben. Entschieden ist das für den Fall, dass der Käufer den Fehler der Sache schon bei ihrer Anlieferung bemerkt und sie zurückweist. Der Käufer dürfte sogar bei geringfügigen Mängeln nicht nur einen zur Mängelbeseitigung erforderlichen Teilbetrag des Kaufpreises, sondern den Kaufpreis insgesamt zurückhalten (BGH, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 211/15, WM 2017, 1180 Rn. 23; Urt. v. 06.12.2017 – VIII ZR 219/16, WM 2018, 1811 Rn. 42 f.). Das gilt erst recht bei erheblichen Mängeln, deren Vorhandensein hier zu unterstellen ist. Ein Sachgrund, dem Käufer dieses Recht in der hier gegebenen Fallkonstellation zu verwehren, dass der Mangel der Sache nicht schon bei Lieferung bzw. hier Übergabe des Grundstücks bemerkt wird, sondern erst danach, ist nicht erkennbar. Der Käufer darf den Kaufpreis auch dann insgesamt zurückhalten, wenn ein Mangel der Sache erst nach der Lieferung bzw. Übergabe bemerkt wird (vgl. BeckOGK/*Rüfner,* Stand: 01.01.2020, § 320 Rn. 60; BeckOK-BGB/*Hubert Schmidt,* a. a. O., § 320 Rn. 22; BeckOK-BGB/*Faust,* Stand: 01.02.2020, § 437 Rn. 172; jurisPK-BGB/*Beckmann,* 9. Aufl., § 320 Rn. 37; MünchKomm-BGB/*Emmerich,* 8. Aufl., § 320 Rn. 4 f., bei bestehendem Nacherfüllungsanspruch auch MünchKomm-BGB/*H. P. Westermann,* 8. Aufl., § 437 Rn. 22; Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 320 Rn. 9 f.; Staudinger/*Schwarze,* a. a. O., § 320 Rn. 71; i. E. ebenso *Grunewald,* in: FS H. P. Westermann, 2008, S. 245, 251 unter Berufung auf die allgemeine Mängeleinrede; a. M. Hk-BGB/*Saenger,* 10. Aufl., § 438 Rn. 13).

[54] (2) Aus § 437 BGB ergibt sich entgegen der Ansicht des Prozessbevollmächtigten des Klägers nichts anderes. Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers gemäß § 437 Nr. 1 BGB ist, wie oben (Rn. 51) ausgeführt, kein besonderer, durch die mangelhafte Lieferung ausgelöster Anspruch, der gesondert geltend gemacht werden müsste. Es handelt sich vielmehr um den modifizierten ursprünglichen Erfüllungsanspruch, der sich nach erfolgter Lieferung auf den noch ausstehenden Leistungsrest, nämlich die Herstellung der Mangelfreiheit reduziert und vor allem von der Lieferung an einer kürzeren Verjährungsfrist unterstellt wird. An dem Charakter des Anspruchs als Leistungsanspruch und daran, dass er den ursprünglichen Leistungsanspruch nur fortsetzt, ändert die Lieferung und Übergabe der Sache nichts. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, die im Einleitungssatz nicht an die Übergabe und die Lieferung bzw. Übergabe der Sache, sondern an das Vorhandensein von Mängeln anknüpft. Dieses Konzept entspricht auch den Vorstellungen des Gesetzgebers. Die Schuldrechtskommission hatte in ihrem Bericht, auf dem der Gesetzgeber aufbaute, lediglich eine Regelung vorgeschlagen, die dem Käufer einen als Anspruch auf restliche Erfüllung verstandenen Nacherfüllungsanspruch einräumte (Bundesminister der Justiz [Hrsg.], Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1991, S. 209 zu § 438 BGB-KE). Ebenso wie sie wollte der Gesetzgeber die Gewährleistung zum Teil der Erfüllungsverpflichtung des Verkäufers machen, wie das seinerzeit schon bei der Rechtsmängelhaftung und bei dem Nachlieferungsanspruch gemäß § 480 BGB a.F. und vor allem in der weithin von dem Gesetz abweichenden Vertragspraxis vorgesehen war (BT-Drs. 14/6040, S. 220). Die Einführung des heutigen § 437 BGB sollte diesen Charakter des Nacherfüllungsanspruchs nicht verändern. Sie sollte, ganz im Gegenteil, lediglich dem Missverständnis vorbeugen, die Nacherfüllung setze wie ein sekundärer Rechtsbehelf eine Fristsetzung voraus (Anmerkung zu § 437 in der Konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 06.03.2001, http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/schuldrechtsmodG/diske_kf.pdf).

[55] (3) Diesem Verständnis des § 437 BGB lässt sich auch nicht, wie der Prozessbevollmächtigte des Klägers meint, entgegenhalten, dass der Gesetzgeber bei dem Erlass des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts die Mängeleinrede ersatzlos aufgegeben habe. Das ist nämlich nicht der Fall.

[56] (a) Nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Kaufrecht stand dem Käufer eines Grundstücks nach Auflassung und Übergabe des Grundstücks wegen etwaiger Sachmängel die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BGB nicht mehr zu. Er war vielmehr auf die ihm durch die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften eingeräumten Rechte beschränkt. Das bedeutete aber nicht, dass der Käufer die Zahlung des Kaufpreises nur verweigern durfte, wenn er sich für einen der Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz entschied. Auch ohne Spezifizierung des Gewährleistungsanspruchs konnte der Käufer den Kaufpreis vielmehr schon dann und insoweit einbehalten, als er überhaupt berechtigt war, Wandelung, Minderung oder Schadensersatz zu verlangen. Die Zulässigkeit einer solchen allgemeinen Mängeleinrede auf der Grundlage eines noch nicht näher konkretisierten Gewährleistungsanspruchs war nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Sie wurde aber in § 478 BGB a.F. praktisch vorausgesetzt. Danach berechtigte die rechtzeitige Mängelanzeige den Käufer dazu, die Zahlung des Kaufpreises ganz oder teilweise „auch“ nach Vollendung der Verjährung zu verweigern. Daraus ergab sich, dass sie schon vorher bestand. Der Käufer, der den Kaufpreisanspruch abwehren wollte, sollte sich wegen des ihm zustehenden Wahlrechts nicht auf einen bestimmten Gewährleistungsanspruch festlegen müssen, solange der Verkäufer seine Forderung nicht einklagte und der Stand des Rechtsstreits den Käufer nicht dazu zwang, sich zu entscheiden (zum Ganzen: Senat, Urt. v. 18.01.1991 – V ZR 11/90, BGHZ 113, 232, 235; Urt. v. 23.04.1999 – V ZR 340/97, juris Rn. 20). Nicht entschieden war unter altem Recht, ob schon das bloße Bestehen der Mängeleinrede oder erst ihre Geltendmachung dem Gläubiger gegenüber den Verzug und damit auch ein Rücktritt nach § 326 BGB a.F. ausschloss. Anerkannt war aber, dass die Erhebung der Mängeleinrede in einem anschließenden Rechtsstreit im Ergebnis Rückwirkung hatte. Sie führte nämlich dazu, dass der Verzug des Käufers und mit ihm der auf den Verzug gestützte Rücktritt nach § 326 BGB a.F. von dem Zeitpunkt an und in dem Umfang entfielen, in dem der Käufer zur Erhebung der Mängeleinrede berechtigt war (Senat, Urt. v. 18.01.1991 – V ZR 11/90, BGHZ 113, 232, 236 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 16.03.1988 – VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 11 f. für die Einrede der Verjährung).

[57] (b) Daran hat sich durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. 2001 I 3138) im Ergebnis nichts geändert. Die in § 478 BGB a.F. vorausgesetzte Mängeleinrede ist nicht ersatzlos aufgehoben worden, sondern in der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 I BGB aufgegangen.

[58] (aa) Der Gesetzgeber hat die Vorschrift des § 478 BGB a.F. als rein verjährungsrechtliche Vorschrift aufgefasst und sie als solche durch den heutigen § 438 BGB ersetzt (BT-Drs. 14/6040, S. 205).

[59] (bb) Veranlassung, die in der Vorschrift vorausgesetzte Mängeleinrede durch eine ausdrückliche Vorschrift aufrechtzuerhalten, hatte der Gesetzgeber nicht. Ziel der Änderung des Kaufrechts durch das Gesetz der Modernisierung des Schuldrechts war es, das bisherige besondere Gewährleistungsrecht aufzugeben und die Lieferung einer mangelhaften Sache als Nichterfüllung der Verkäuferpflichten zu begreifen (BT-Drs. 14/6040, S. 209 f. und 219 f.). In Anlehnung an die früheren Regelungen für den Rechtsmangel in § 440 BGB a.F. und für den Gattungskauf in § 480 BGB a.F. sollten sich die Rechtsbehelfe des Käufers nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht richten. Dabei sollte nicht mehr, wie früher, zwischen dem Stück- und dem Gattungskauf unterschieden werden. Die Lieferung einer mangelfreien Sache sollte vielmehr mit dem heutigen § 433 I 2 BGB Teil der Primärverpflichtung des Verkäufers werden (BT-Drs. 14/6040, S. 209). Damit entfiel die Notwendigkeit, eine besondere Mängeleinrede gesetzlich vorzusehen. Sie war unter früherem Kaufrecht notwendig, weil die Lieferung einer sachmangelfreien Sache nicht zu der Primärverpflichtung des Verkäufers zählte und es einen Nachlieferungsanspruch nur beim Gattungskauf gab. Es bedurfte deshalb einer Regelung, die den Käufer berechtigte, im Hinblick auf bestehende Sachmängel die Zahlung zu verweigern. Dieses Recht des Käufers ergibt sich jetzt unmittelbar aus § 320 I BGB, weil der Verkäufer seine Primärverpflichtung mit der Lieferung und Übereignung einer mängelbehafteten Sache nur teilweise erfüllt.

[60] (4) Die Mängeleinrede des Käufers führt nicht zu einem Schwebezustand, der den Verkäufer über Gebühr belastet. Denn auch die Einrede aus § 320 BGB steht unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben. So kann etwa der Mieter wegen eines Mangels der Wohnung, von dem der Vermieter keine Kenntnis hat, ein Zurückbehaltungsrecht erst an den Mieten geltend machen, die fällig werden, nachdem der Mieter dem Vermieter den Mangel angezeigt hat (BGH, Urt. v. 03.11.2010 – VIII ZR 330/09, ZGS 2011, 95 Rn. 12). Dieser Gedanke lässt sich zwar wegen der Einmaligkeit des Leistungsaustauschs nicht ohne Weiteres auf das Kaufrecht übertragen. Aber auch beim Kauf steht die Einrede aus § 320 BGB unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben. Sie steht einer Partei des Kaufvertrags etwa dann nicht zu, wenn sie deutlich gemacht hat, dass sie nicht am Vertrag festhalten will (BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 163/12, WM 2013, 1720 Rn. 26). Auch eine Kaufvertragspartei, die an dem Vertrag festhalten will, darf die Einrede aus § 320 BGB nicht dazu einsetzen, die Rechte der anderen Vertragspartei zu vereiteln (MünchKomm-BGB/*Emmerich,* a. a. O., § 320 Rn. 5). Das gilt gleichermaßen für die Mängeleinrede. Sie entfällt, wenn der Käufer innerhalb einer ihm dazu von dem Verkäufer gesetzten angemessenen Frist die von ihm geltend gemachten Mängel nicht konkretisiert und sich auch nicht für eines der ihm zustehenden Mängelrechte entscheidet; dies folgt aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens (vgl. Senat, Urt. v. 11.12.2009 – V ZR 217/08, ZNotP 2010, 98 Rn. 24 für § 321 BGB; MünchKomm-BGB/*Emmerich,* a. a. O., § 320 Rn. 5; MünchKomm-BGB/*H. P. Westermann,* a. a. O., § 437 Rn. 22; *Grunewald,* a. a. O., S. 245, 252 f.). Mangels abweichender Feststellungen ist für das Revisionsverfahren zu unterstellen, dass es eine entsprechende Nachfrage oder Fristsetzung seitens des Klägers nicht gegeben hat.

[61] dd) Der Mängeleinrede der Beklagten steht nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht das Unvermögen des Klägers (§ 275 I Fall 1 BGB) entgegen.

[62] (1) Der Verkäufer kann seiner Nacherfüllungspflicht in aller Regel nur nachkommen, wenn der Käufer daran mitwirkt. Deshalb trifft den Käufer eine Obliegenheit, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Sie beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern erfasst zum Beispiel auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zur Verfügung zu stellen (BGH, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn. 12 f.). Bei dem Kauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück trifft den Käufer die Obliegenheit, dem Verkäufer nicht nur selbst Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, sondern auch dafür zu sorgen, dass die anderen Miteigentümer der Durchführung der Maßnahmen, soweit erforderlich, zustimmen und, soweit es sich um i. S. von § 744 II BGB zur Erhaltung des Gegenstands notwendige Maßregeln oder um eine Maßnahme der Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands handelt, die i. S. von § 745 II BGB dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entspricht, sich auch an der Finanzierung der Maßnahme entsprechend ihren Miteigentumsanteilen beteiligen. Wenn es dem Käufer nicht gelingt oder nur im Klagewege gelingen könnte, die übrigen Miteigentümer dazu zu bewegen, den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen zuzustimmen und die dafür entstehenden Kosten entsprechend ihrem Miteigentumsanteil zu tragen, wird der Verkäufer gemäß § 275 I Fall 1 BGB von seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung frei. Denn die Entscheidung eines solchen Rechtsstreits abzuwarten, kann dem an sich zur Nacherfüllung bereiten Verkäufer nicht angesonnen werden.

[63] (2) Ein solches Unvermögen des Klägers hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Für die Wirksamkeit seines Rücktritts kommt es hierauf, wie noch zu zeigen sein wird (Rn. 79), aber nicht an.

[64] ee) Die getroffenen Feststellungen ergeben schließlich nicht, dass die Beklagte auf ihre Mängeleinrede verzichtet hätte. Ein solcher einseitiger Verzicht ist zwar möglich. Jedoch sind an eine konkludente Verzichtserklärung strenge Anforderungen zu stellen, da der Inhaber seine Rechte ohne einen nach außen deutlich hervortretenden Anlass in der Regel nicht schmälern will (vgl. Senat, Urt. v. 30.09.2005 – V ZR 197/04, BGH-Report 2006, 4, 5; BGH, Urt. v. 07.03.2002 – IX ZR 293/00, WM 2002, 999, 1002 m. w. Nachw.). Diesen Anforderungen genügen die bloße Annahme des mangelhaften Grundstücks durch die Beklagte und der Umstand nicht, dass die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor Erklärung des Rücktritts keine Mängel bzw. Nacherfüllungsansprüche geltend gemacht hat.

[65] 3. Die von dem Berufungsgericht gegebene Begründung trägt auch die Abweisung der Widerklage der Beklagten nicht. Deren Erfolg hängt nämlich von der Wirksamkeit des Rücktritts des Klägers ab. Ein wirksamer Rücktritt des Klägers lässt sich indessen, wie dargestellt, mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bejahen.

[66] 4. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig. Der Kläger hat zwar noch weitere Male den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Diese scheitern aber nach dem für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt aus den gleichen Gründen wie der Rücktritt vom 21.07.2012, mit dem sich das Berufungsgericht befasst hat.

[67] III. Die angefochtenen Urteile sind daher auf die Revision der Beklagten aufzuheben, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist. Die Sache ist hinsichtlich der Revision der Beklagten nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 III ZPO), weil es noch weiterer Feststellungen bedarf. Sie ist daher insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO). Hierbei macht der Senat von der Möglichkeit des § 563 I 2 ZPO Gebrauch. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[68] 1. Die Wirksamkeit der von dem Kläger erklärten Rücktritte hängt entscheidend davon ab, ob sein Freistellungsanspruch durchsetzbar war. Das wiederum bestimmt sich danach, ob die Beklagte entweder mit Blick auf die gescheiterte Abtretung der Gewährleistungsansprüche zur Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 I BGB oder aufgrund der von ihr behaupteten Mängel zur Erhebung der aus derselben Vorschrift folgenden Mängeleinrede berechtigt war.

[69] 2. Ob die Wirksamkeit der Rücktritte des Klägers an der fehlgeschlagenen Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen Dritte scheitert, hängt zunächst davon ab, ob die Verpflichtung des Klägers zur Abtretung dieser Ansprüche nach dem Ergebnis der vorzunehmenden Auslegung des Vertrags in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zur Freistellungsverpflichtung der Beklagten steht. Wenn das zu bejahen sein sollte, wäre festzustellen, ob und in welchem Umfang Mängel bestehen, die die abgetretenen Gewährleistungsansprüche auslösen. Ergeben sich Gewährleistungsansprüche von nicht nur geringfügigem Umfang, kann es auf die Bereitschaft der Streithelferin zur Rückabtretung dieser Ansprüche ankommen.

[70] a) Die Weigerung der Streithelferin, die Gewährleistungsansprüche entweder an den Kläger zur Weiterabtretung an die Beklagte oder unmittelbar an die Beklagte abzutreten, würde dazu führen, dass die Verpflichtung des Klägers zur Abtretung dieser Ansprüche nach § 275 I 1 Fall 1 BGB erlischt. Damit entfiele der Nacherfüllungsanspruch der Beklagten. Gleichzeitig würde die Beklagte gemäß § 326 I 1, § 441 III BGB kraft Gesetzes nach Minderungsgrundsätzen in dem Verhältnis von ihrer Freistellungsverpflichtung frei, in dem der Wert des Miteigentumsanteils einschließlich der Abtretung der Ansprüche zu dem Wert des Miteigentumsanteils ohne diese Abtretung gestanden haben würde.

[71] b) Daraus folgt aber nicht ohne Weiteres die Wirksamkeit der Rücktritte des Klägers.

[72] aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Beklagte dann nämlich nicht verpflichtet, den Kläger in dem nach dem gesetzlichen Teilerlöschen der Freistellungspflicht verbliebenen Umfang ohne Einschränkungen freizustellen. Vielmehr kann sich nur die Frage stellen, ob sie die Freistellung des Klägers von den zu erstattenden Darlehensraten bis zur Erschöpfung des weggefallenen Teils der Freistellungspflicht ganz verweigern kann und erst danach wieder voll aufnehmen muss oder ob sie den Kläger weiter von den anfallenden Raten freistellen muss, aber nur in einem um den anteilig auf die Raten verteilten Kürzungsbetrag reduzierten Umfang.

[73] bb) Was das Teilerlöschen der Verpflichtung zur Gegenleistung gemäß § 326 I 1 Halbsatz 2 BGB bedeutet, wenn die Gegenleistung – wie hier – in Raten zu erbringen ist, wird, soweit ersichtlich, nicht erörtert. Die Verweisung auf § 441 III BGB in § 326 I 1 Halbsatz 2 BGB legt allerdings eine Anlehnung an den Fall der Minderung nahe. Dort werden die dem vorliegenden Fall vergleichbaren Fallgestaltungen einer teilweise gestundeten Kaufpreisforderung und eines Ratenkaufs unterschiedlich gelöst. Teils wird ein Wahlrecht des Käufers angenommen, entweder bis zur Erschöpfung des Minderungsbetrags keine Raten und danach wieder ungekürzte Raten zu erbringen oder von vorherein nur um den gleichmäßig auf alle Raten verteilten Minderungsbetrag gekürzte Raten (so MünchKomm-BGB/*H. P. Westermann,* a. a. O., § 441 Rn. 8). Teils wird ein solches Wahlrecht verneint und eine anteilige Verteilung auf die Raten angenommen (RG, SeuffertsA 67, 438, 439 [Nr. 247] und BolzePr [Praxis des RG in Zivilsachen] Bd. XXII Nr. 331, 332, allerdings noch für die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des BGB; Planck/*Knoke,* BGB, 4. Aufl., § 472 Anm. 3; Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2014, § 441 Rn. 29). Auch wenn die zweite Lösung für den Fall des § 326 I 1 Halbsatz 2 BGB eher überzeugt, wäre in erster Linie durch Auslegung festzustellen, welche Lösung den beiderseitigen Interessen der Parteien nach den Regelungen ihres Vertrags entspricht.

[74] cc) Sollte die Auslegung zur Annahme einer anteiligen Reduzierung der Freistellungsverpflichtung der Beklagten führen, hinge die Wirksamkeit der Rücktritte des Klägers davon ab, ob er der Beklagten jeweils wirksam eine Frist zur Freistellung gemäß § 281 I BGB gesetzt hat. Zweifel daran ergeben sich daraus, dass er eine unbeschränkte Freistellung verlangt hat, indes dann nur eine reduzierte Freistellung hätte verlangen dürfen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Mahnung nach § 286 I BGB/§ 284 BGB a.F., die auf die Fristsetzung nach § 281 I BGB übertragen wird (MünchKomm-BGB/*Ernst,* a. a. O., § 281 Rn. 36), hängt die Wirksamkeit der Mahnung davon ab, ob die Beklagte die uneingeschränkte Freistellungsaufforderung des Klägers als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen musste und der Kläger auch zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistung bereit war (Senat, Urt. v. 19.05.1967 – V ZR 24/66, WM 1967, 660, 662; Urt. v. 25.06.1999 – V ZR 190/98, NJW 1999, 3115, 3116). Sollten diese Voraussetzungen nicht festzustellen sein, wären die Rücktritte des Klägers unwirksam.

[75] 3. Ob der Beklagten die Mängeleinrede nach § 320 I BGB zusteht, bestimmt sich entscheidend nach dem Vorhandensein und dem Umfang der von ihr behaupteten Mängel.

[76] a) Der Einwand des Klägers, die Streithelferin sei mit einer Nacherfüllung nicht einverstanden, lässt die Mängeleinrede nicht entfallen.

[77] aa) Der Verkäufer eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück wird zwar nach § 275 I Fall 1 BGB von seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung frei, wenn es dem Käufer nicht oder nur im Klagewege gelingt, die übrigen Miteigentümer dazu zu bewegen, den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen zuzustimmen und die dafür entstehenden Kosten entsprechend ihrem Miteigentumsanteil zu tragen.

[78] bb) Das Unvermögen des Klägers zur Nacherfüllung führte, anders als bei dem Scheitern der Abtretung der Gewährleistungsansprüche (dazu oben Rn. 70), allerdings nicht zu einem teilweisen Erlöschen der Freistellungsverpflichtung der Beklagten kraft Gesetzes nach § 326 I 1 Halbsatz 2 BGB. Die Regelung des § 326 I 1 BGB gilt nämlich nach Satz 2 der Vorschrift nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 I bis III BGB nicht zu erbringen braucht. Nacherfüllung ist nach § 437 Nr. 1, § 439 I BGB nicht jedwede nachträgliche Erfüllung, sondern nur die nachträgliche Beseitigung eines Mangels (MünchKomm-BGB/*Ernst,* a. a. O., § 326 Rn. 36). Mit dieser differenzierenden Regelung wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass die gesetzliche Teilbefreiung nur bei der Teilleistung im voraussichtlichen Interesse des Gläubigers liegt, der Rücktritt indessen in § 437 Nr. 2, § 441 BGB als ein fakultativer Rechtbehelf ausgestaltet ist. Dem möglichen Interesse des Käufers, sich von dem Vertrag zu lösen, sollte das Rücktrittsrecht nach § 326 V BGB Rechnung tragen (BT-Drs. 14/6040, S. 188 f., BT-Drs. 14/6857, S. 55 f. und BT-Drs. 14/7052, S. 193).

[79] cc) Die Beklagte wäre deshalb bei einem Unvermögen des Klägers zur Beseitigung von Mängeln nach § 326 V BGB zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt. Diese Rücktrittsberechtigung führte – vorbehaltlich der oben (Rn. 60) beschriebenen Obliegenheit der Beklagten zur Konkretisierung der geltend gemachten Mängel und Rechtsbehelfe – zum Fortbestand der Mängeleinrede. Der Ausschluss einer gesetzlichen Befreiung von der Gegenleistung bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung dient dazu, dem Gläubiger der Sachleistung, beim Kaufvertrag also dem Käufer, das an sich bestehende Wahlrecht zwischen den einzelnen Rechtsbehelfen zu erhalten. Gäbe es die Regelung in § 326 I 2 BGB nicht, träte in solchen Fällen nämlich kraft Gesetzes eine Minderung ein, auch wenn der Käufer eigentlich einen anderen Rechtsbehelf wählen möchte. Dieses Ergebnis soll, wie ausgeführt (Rn. 78), mit den Regelungen in § 326 I 2, V BGB vermieden werden. Das lässt sich aber nur erreichen, wenn – vorbehaltlich der oben (Rn. 60) beschriebenen Obliegenheit zur Konkretisierung der Mängel und Rechtsbehelfe – bis zum Rücktritt bzw. dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung (vgl. § 281 IV BGB) auch die Mängeleinrede gilt.

[80] b) Diese Mängeleinrede besteht aber ohne Weiteres nur für Mängel, die auf dem Fehlen einer nach § 434 I 1 BGB getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung beruhen. Diese würden nämlich nicht von dem Haftungsausschluss erfasst (vgl. Senat, Urt. v. 06.11.2015 – V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rn. 9).

[81] c) Für andere Mängel besteht die Mängeleinrede nur, wenn sich der Kläger auf den Haftungsausschluss nicht berufen kann. Das wiederum hängt davon ab, ob der Kläger arglistig gehandelt hat. Denn insoweit dürfte er sich nach § 444 Fall 1 BGB auf den Haftungsausschluss nicht berufen.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.