



**HEMMER / WÜST / TYROLLER**

# **SCHULDRECHT BT I**

UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER ÄNDERUNGEN  
IM SCHULDRECHT ZUM 01.01.2022

## **Das Prüfungswissen**

- für Studium
- und Examen

**12. Auflage**

# E-BOOK SKRIPT SCHULDRECHT BT I

Autoren: Hemmer/Wüst/Tyroller

**12. Auflage 2022**

**ISBN: 978-3-96838-110-7**

# INHALTSVERZEICHNIS

## E-BOOK SKRIPT SCHULDRECHT BT I

### § 1 KAUF

#### A) Allgemeines

I. Inhalt des Kaufvertrages und Zustandekommen

II. Form

#### B) Die Pflicht des Verkäufers nach § 433 I S. 1 BGB und ihre Nichterfüllung

I. Durchsetzung des Anspruches aus § 433 I S. 1 BGB durch den Käufer

II. Rechte des Käufers bei Nichtleistung wegen (vollständiger) Unmöglichkeit

1. Begriff der Unmöglichkeit und Auswirkung auf die Primärleistungspflicht

2. Besonderheiten bei anfänglicher Unmöglichkeit

a) Allgemeines

b) Besonderheiten beim Rechtskauf?

3. Sekundäranspruch des Käufers bei (vollständiger) Unmöglichkeit der Sachleistung

III. Rechte des Käufers bei Nichtleistung trotz Möglichkeit

#### C) Pflichten des Käufers und deren Nichterfüllung

I. Pflicht zur Kaufpreiszahlung

1. Allgemeines

2. Auswirkung der Unmöglichkeit der Sachleistung auf die Kaufpreiszahlungspflicht

a) Grundsatz: § 326 I S. 1 HS 1 BGB

b) Übergang der Preisgefahr auf den Leistungsgläubiger in Ausnahme zu § 326 I S. 1 BGB

II. Pflicht zur Abnahme der Kaufsache

#### D) Rechte des Käufers bei Sach- und Rechtsmängeln

I. Mängelrechte nach Gefahrübergang

II. Allgemeine Definition der Sachmangelfreiheit, § 434 I BGB

1. § 434 I Var. 1, II BGB: Subjektive Anforderungen

a) Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB

b) Nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB

2. § 434 I Var. 2, III BGB: Objektive Anforderungen

a) Gewöhnliche Verwendung, § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB

b) Übliche Beschaffenheit, § 434 III S. 1 Nr. 2 BGB

3. § 434 I Var. 3, IV BGB: Montageanforderungen

a) § 434 IV Nr. 1 BGB

b) § 434 IV Nr. 2 BGB (sog. „IKEA-Klausel“)

4. § 434 V BGB (aliud-Lieferung)

a) Lieferung eines aliud

III. Rechtsmangel

1. § 435 BGB

2. § 436 BGB

IV. Anspruch auf Nacherfüllung, §§ 433 I S. 2, 437 Nr. 1, 439 BGB

1. Allgemeines

2. Vorrang des Nacherfüllungsanspruches
3. Überblick über die Anspruchsvoraussetzungen
4. Käufer muss die Sache dem Verkäufer am Leistungsort für die Nacherfüllung zur Verfügung stellen, § 439 V BGB
  - a) Rechtspflicht oder bloße Obliegenheit?
  - b) Wo ist der Leistungsort für die Nacherfüllung?
5. Arten der Nacherfüllung
  - a) Beseitigung des Mangels bzw. „Nachbesserung“, § 439 I Alt. 1 BGB
  - b) Lieferung einer mangelfreien Sache bzw. „Nachlieferung“, § 439 I Alt. 2 BGB
  - c) Wahlrecht des Käufers
6. Gibt es einen Anspruch auf Nacherfüllung in Form der Nachlieferung bei der Stückschuld?
7. Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung und Anspruch auf Kostenersatz nach, § 439 II BGB
8. Selbstvornahme der Nacherfüllung durch den Käufer
9. Aufwendungsersatz für Aus- und Einbaukosten, § 439 III BGB
10. Verweigerungsrecht des Verkäufers, § 439 IV BGB
  - a) Relative Grenze der Unverhältnismäßigkeit bzw. interner Kostenvergleich der Nacherfüllungsalternativen
  - b) Absolute Grenze der Unverhältnismäßigkeit
11. Verjährung des Nacherfüllungsanspruches gem. § 438 BGB
  - a) § 438 I BGB
  - b) § 438 III BGB bei Arglist des Verkäufers
  - c) Verjährungsbeginn
  - d) Hemmung und Neubeginn der Verjährung

#### V. Rücktritt

1. Allgemeines
2. Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 BGB
  - a) Gegenseitiger Vertrag
  - b) Fällige und durchsetzbare Leistungspflicht des Verkäufers
  - c) Behebbarer Mangel als Pflichtverletzung
  - d) Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung
  - e) Erfolgloser Fristablauf
  - f) Eigene Vertragstreue des Käufers bzw. Einräumung einer Gelegenheit zur Nacherfüllung
  - g) Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, § 323 V S. 2 BGB
  - h) Ist bei der Zuwenig-Lieferung nach § 323 V S. 1 BGB ein Interessenfortfall erforderlich?
  - i) Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 VI BGB
  - j) Unwirksamkeit des Rücktrittsrechts wegen Verjährung des Nacherfüllungsanspruches, §§ 438 IV S. 1, 218 I BGB
3. Rücktritt nach § 324 BGB?
4. Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung
  - a) Gegenseitiger Vertrag
  - b) Mangelhafte Leistung des Verkäufers
  - c) Unmöglichkeit der Nacherfüllung
  - d) Eigene Vertragstreue des Käufers
  - e) Keine Unerheblichkeit i.S.d. §§ 326 V, 323 V S. 2 BGB
  - f) Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts nach §§ 326 V, 323 VI BGB
  - g) Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts nach §§ 438 IV S. 1, 218 I S. 2 BGB
5. Rechtsfolgen des wirksamen Rücktritts durch den Käufer

#### VI. Minderung

1. Allgemeines
2. Erklärung der Minderung
3. Voraussetzungen der Minderung
4. Rechtsfolgen einer wirksamen Minderung

#### VII. Mängelerinrede des Käufers

1. Nach Verjährung des Nacherfüllungsanspruches
2. Vor Verjährung des Nacherfüllungsanspruches
  - a) Behebbarer Mängel
  - b) Unbehebbarer Mängel

#### VIII. Schadensersatzansprüche des Käufers

1. Anspruch des Käufers aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB auf Schadensersatz neben der Leistung (sog. „Mangelfolgeschäden“)
  - a) Voraussetzungen
  - b) Ersatzfähiger Schaden
2. Ansprüche des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung
  - a) Einleitung
  - b) Was ist der Bezugspunkt des Vertretenmüssens beim Schadensersatz statt der Leistung?
  - c) Schadensersatz statt der Leistung wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB
  - d) Schadensersatz statt der Leistung wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB
  - e) Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung bei behebbaren Mängeln nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB
3. Ersatz vergeblicher Aufwendungen, § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 284 BGB

#### IX. Rückgriff des Verkäufers beim Verkauf neu hergestellter Sachen, §§ 445a, 445b BGB

1. § 445a I BGB: Selbständiger Regress
2. § 445a II BGB: Unselbständiger Regress
3. § 445a III BGB: Regress in der unternehmerischen Lieferkette
4. Aber: Rügeobliegenheit nach § 377 HGB ist zu beachten, § 445a IV BGB
5. Verjährung der Rückgriffsansprüche, § 445b BGB
6. Kombination mit Streitverkündung, §§ 72 ff. ZPO
7. Sonderbestimmungen für den Unternehmerregress, § 478 BGB

#### X. Besonderheiten beim Rechtskauf und beim Kauf sonstiger Gegenstände sowie bei Verbraucherverträgen über den Kauf digitaler Inhalte, § 453 BGB

1. Gegenstand des Kaufvertrages gem. § 453 BGB
  - a) Rechte und sonstige Gegenstände, § 453 I S. 1 BGB
  - b) Verbrauchervertrag über den Kauf digitaler Inhalte, § 453 I BGB
2. Pflichten beim Rechtskauf und Kauf sonstiger Gegenstände
  - a) Verschaffungspflicht des Verkäufers
  - b) Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung
  - c) Pflicht des Verkäufers zur mangelfreien Leistung
  - d) Sonderproblem 1: Garantiehaftung des Verkäufers beim Rechtskauf?
  - e) Sonderproblem 2: Bonitätshaftung

#### XI. Ausschluss der Mängelrechte

1. § 442 BGB
  - a) Allgemeines
  - b) § 442 I S. 1 BGB
  - c) § 442 I S. 2 BGB

## 2. Individualvertraglicher Ausschluss

- a) Haftungsausschluss grundsätzlich zulässig
- b) Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses gem. § 444 BGB

## 3. Haftungsausschluss bei nach Vertragsschluss auftretenden Mängeln

## 4. Mängelrechte bei einem Haftungsausschluss in der „Veräußerungskette“

## 5. Ausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

- a) § 309 Nr. 8b BGB beim Verkauf neuer Sachen
- b) § 309 Nr. 7 BGB beim Ausschluss von Schadensersatzansprüchen
- c) Haftungsausschluss gegenüber Unternehmern, §§ 307, 310 I BGB

## XII. Genehmigungsfiktion des § 377 II HGB beim beiderseitigen Handelskauf

### 1. Voraussetzungen des Ausschlusses der Mängelrechte nach § 377 II HGB

- a) Vorliegen eines beiderseitigen Handelskaufes
- b) Ablieferung der Ware
- c) Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels
- d) Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit durch den Käufer
- e) Keine Arglist des Verkäufers, § 377 V HGB

### 2. Rechtsfolgen des § 377 II HGB

## XIII. Rechte des Käufers vor Gefahrübergang

## IX. Konkurrenzen

### 1. Anfechtung nach § 119 I BGB oder § 123 BGB

### 2. Anfechtung nach § 119 II BGB

- a) Anfechtungsrecht des Käufers
- b) Anfechtungsrecht des Verkäufers

### 3. Verhältnis zum allgemeinen Leistungsstörungsrecht

### 4. Verhältnis zum Anspruch auf Schadensersatz aus c.i.c. gemäß §§ 280 I, 311 II BGB

## E) Besonderheiten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt

### I. Vereinbarung und Auswirkung des Eigentumsvorbehalts

#### 1. Schutz des Verkäufers

- a) Sicherung des Herausgabeanspruches
- b) Problem: Verjährung der Kaufpreisforderung
- c) Herausgabeansprüche des Verkäufers

#### 2. Schutz des Käufers

### II. Besondere Arten des Eigentumsvorbehalts

- 1. Weitergeleiteter Eigentumsvorbehalt
- 2. Nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt
- 3. Verlängerter Eigentumsvorbehalt
- 4. Kontokorrentvorbehalt
- 5. Konzernvorbehalt

## F) Besondere Arten des Kaufes

### I. Kauf auf Probe, §§ 454 f. BGB

### II. Ähnliche, gesetzlich nicht geregelte Formen des Kaufes

- 1. Kauf zur Probe
- 2. Prüfungs- und Erprobungskauf
- 3. Kauf mit Umtauschvorbehalt

### III. Wiederkauf, §§ 456 ff. BGB

#### **IV. Vorkauf**

- 1. Entstehung des Vorkaufsrechtes**
- 2. Eintritt des Vorkaufsfalles**
- 3. Ordnungs- und fristgemäße Ausübung des Vorkaufsrechtes**
- 4. Rechtsfolgen**

#### **V. Optionsrecht, Vorhand und Vorvertrag**

### **G) Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB**

#### **I. Allgemeines**

- 1. Persönlicher Anwendungsbereich**
  - a) Käufer muss Verbraucher gewesen sein, § 13 BGB
  - b) Verkäufer muss Unternehmer gewesen sein, § 14 BGB
  - c) Doppelter Nutzungszweck des Käufers („Dual use“)
  - d) Die vorgetäuschte Unternehmereigenschaft eines Verbrauchers
  - e) Vom Unternehmer als Verkäufer vorgeschobener Verbraucher
- 2. Sachlicher Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufes**

#### **II. Anwendbare Vorschriften, § 475 BGB**

- 1. Gefahrtragung, § 475 II BGB**
- 2. Kein Nutzungsersatz bei Nachlieferung, § 475 III S. 1 BGB**
- 3. Unanwendbarkeit des § 442 BGB, vgl. § 475 III S. 2 BGB**
- 4. Anspruch auf Vorschusszahlung, § 475 IV BGB**
- 5. Nacherfüllung muss in angemessener Frist ohne erhebliche Unannehmlichkeiten erfolgen, § 475 V BGB**
- 6. Rückabwicklung bei Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung, § 475 VI BGB**

#### **III. Kauf einer Ware mit digitalen Elementen, §§ 475b, c BGB**

- 1. Abgrenzung der §§ 475b, c BGB zu den §§ 327 ff. BGB**
  - a) Rechtskauf über digitale Inhalte, § 453 I BGB
  - b) Ware mit digitalen Elementen, § 327a III BGB i.V.m. §§ 457b, 475c BGB
  - c) Sache mit digitalen Produkten, § 327a II BGB i.V.m. § 475a II BGB
  - d) Körperlicher Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, § 475a I BGB i.V.m. § 327 V BGB
- 2. Sachmangel bei Waren mit digitalen Elementen, § 475b BGB**
  - a) Subjektive Anforderungen, § 475b II Var. 1, III BGB
  - b) Objektive Anforderungen, § 475b II Var. 2, IV, V BGB
  - c) Montage- und Installationsanforderungen, § 475b II Var. 3, VI BGB
- 3. Besonderheiten bei dauerhafter Bereitstellung digitaler Elemente, § 475c BGB**

#### **IV. Einschränkung abweichender Vereinbarungen, § 476 BGB**

- 1. § 476 I S. 1, IV BGB**
- 2. Voraussetzung für die Zulässigkeit von negativen Beschaffenheitsvereinbarungen, § 476 I S. 2 BGB**
- 3. Zulässigkeit der Beschränkung und des Ausschlusses von Schadensersatzansprüchen, § 476 III BGB**
- 4. Verjährungsverkürzungen, § 476 II BGB**

#### **V. Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 475d BGB**

#### **VI. Beweislastumkehr, § 477 BGB**

- 1. Reichweite der Beweislastumkehr**
- 2. Ausstrahlungs- und Fortwirkung der Beweislastumkehr**
- 3. Anwendbarkeit des § 477 BGB bei Einbau der gekauften Ware durch Dritte**
- 4. Vereinbarkeit der Vermutung mit Art der Sache und des Mangels**

- a) Vereinbarkeit der Vermutung mit Art der Sache
- b) Vereinbarkeit der Vermutung mit Art des Mangels

VII. Sonderbestimmungen für die Verjährung, § 475e BGB

VIII. Sonderbestimmungen für Garantien, § 479 BGB

VI. Sonderbestimmungen für den Unternehmerregress, § 478 BGB

- 1. Beweislastumkehr gem. §§ 478 I, 477 BGB
- 2. Eingeschränkte Abdingbarkeit gem. § 478 II BGB
- 3. Erstreckung auf die Lieferkette, § 478 III BGB

## § 2 WERKVERTRAG

### A) Inhalt, Begriff und Zustandekommen

- I. Inhalt des Werkvertrages
- II. Abgrenzung zum Kaufvertrag, § 650 BGB
- III. Vergütung

### B) Die Pflicht des Werkunternehmers und ihre Nichterfüllung

- I. Durchsetzung des Anspruches aus § 631 I BGB durch den Besteller
- II. Rechte des Bestellers bei Nichtleistung wegen (vollständiger) Unmöglichkeit
- III. Rechte des Bestellers bei (vollständiger) Nichtleistung trotz Möglichkeit

### C) Pflichten des Bestellers und deren Nichterfüllung

- I. Pflicht zur Vergütung
  - 1. Inhalt
  - 2. Auswirkung der Unmöglichkeit der Werkleistung auf die Vergütungspflicht
  - 3. Fälligkeit des Werklohnes auch ohne Abnahme bzw. Abnahmefiktion
- II. Pflicht zur Abnahme

### D) Rechte des Bestellers bei Sach- und Rechtsmängeln

- I. Überblick
  - 1. Sachmangel
    - a) Maßgeblicher Zeitpunkt: Mangel zur Zeit der Abnahme
    - b) Mangelbegriff, § 633 II S. 1 und S. 2 BGB
  - 2. Aliud / Zuwenigherstellung, § 633 II S. 3 BGB
  - 3. Rechtsmangel, § 633 III BGB
- II. Anspruch auf Nacherfüllung, §§ 633 I, 634 Nr. 1, 635 BGB
  - 1. Überblick über die Anspruchsvoraussetzungen
  - 2. Inhalt des Nacherfüllungsanspruches, §§ 633 I, 634 Nr. 1, 635 BGB
  - 3. Wahlrecht des Werkunternehmers
  - 4. Verweigerungsrecht des Werkunternehmers, § 635 III BGB
  - 5. Rückgewähranspruch des Unternehmers, § 635 IV BGB
- III. Selbstvornahme, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB
  - 1. Inhalt des Anspruchs auf Aufwendungsersatz
  - 2. Erfolgloser Ablauf einer angemessenen Frist
  - 3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung
  - 4. Berechtigte Verweigerung des Unternehmers
  - 5. Anspruch auf Kostenvorschuss, § 637 III BGB

#### **IV. Rücktritt, §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 636, 323, 326 V BGB**

1. Rücktritt nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 636, 323 BGB
2. Rücktritt nach § 326 V BGB bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung
3. Rechtsfolgen des wirksamen Rücktritts

#### **V. Minderung, §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 BGB**

#### **VI. Schadensersatz, §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 636, 280, 281, 283, 311a II BGB**

1. Ersatz der Mangelfolgeschäden - bzw. Schadensersatz neben der Leistung (sog. Begleitschaden), §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB
2. Ersatz des Verzögerungsschadens, §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, II, 286 BGB
3. Ersatz der Mangelschäden bzw. Schadensersatz statt der Leistung, §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 BGB
4. Schadensersatz statt der Leistung bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 283 bzw. 311a BGB

#### **VII. Aufwendungsersatz, §§ 634 Nr. 4 Alt. 2, 284 BGB**

#### **VIII. Ausschluss der Mängelrechte**

1. Gesetzlicher Ausschluss, § 640 III BGB
2. Vertraglicher Ausschluss, § 639 BGB

#### **IX. Verjährung, § 634a BGB**

### **E) Weitere Rechte des Bestellers**

- I. „Freies“ Kündigungsrecht nach § 648 BGB
- II. Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB

### **F) Weitere Rechte des Werkunternehmers**

- I. Werkunternehmerpfandrecht, § 647 BGB
- II. Kündigungsrecht des Werkunternehmers, § 643 BGB
- III. Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB

### **G) VOB/B-Vertrag**

### **H) Werklieferungsvertrag; Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte**

- I. Werklieferungsvertrag, § 650 I BGB
  1. Voraussetzungen
  2. Rechtsfolgen
- II. Verbraucherverträge über die Herstellung digitaler Produkte § 650 II, III, IV BGB

### **I) Der Bauvertrag, §§ 650a ff. BGB**

- I. Vorliegen eines Bauvertrages i.S.d. § 650a BGB
- II. Nachträgliche Anpassung des Vertrages, §§ 650b, c BGB
- III. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme, § 650g BGB
- IV. Schlussrechnung als zusätzliche Fälligkeitsvoraussetzung neben der Abnahme, § 650g IV BGB

### **J) Der Verbraucherbauvertrag, §§ 650i ff. BGB**

### **K) Architektenvertrag und Ingenieurvertrag, §§ 650p ff. BGB**

### **L) Bauträgervertrag, §§ 650u, 650v BGB**

**SCHON GEWUSST?**

**WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNUMMER**

# § 1 KAUF

## A) Allgemeines

### I. Inhalt des Kaufvertrages und Zustandekommen

Der Kaufvertrag begründet für den Verkäufer nach § 433 I S. 1 BGB die Verpflichtung, dem Käufer die Kaufsache zu übergeben und ihm Eigentum an der Sache zu verschaffen. Ebenfalls Pflicht des Verkäufers ist es, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen, § 433 I S. 2 BGB. Im Gegenzug verpflichtet sich der Käufer zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises und zur Abnahme der gekauften Sache, § 433 II BGB.

1

**hemmer-Methode: Die Verpflichtung des Verkäufers umfasst auch die sach- und rechtsmangelfreie Verschaffung der Kaufsache. Zu den Auswirkungen insbesondere auf die Sekundäransprüche vgl. unten Rn. 83 ff.**

Durch den Abschluss des Kaufvertrages entstehen also lediglich Verpflichtungen (bzw. aus der Perspektive des jeweiligen Gläubigers: Forderungen). Die dingliche Rechtslage ändert sich durch den Abschluss des Kaufvertrages nicht; der Kaufvertrag hat allein schuldrechtliche Wirkungen. Der Käufer erlangt also allein durch den Abschluss des Kaufvertrages noch kein Eigentum an der Kaufsache, sondern erst, wenn der Verkäufer die Sache in Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 433 I S. 1 BGB, z.B. nach den §§ 929 ff. BGB, an den Käufer übereignet.

2

**hemmer-Methode: Diese Differenzierung fällt dem juristischen Anfänger regelmäßig schwer; sie ist aber absolut zwingend, vor allem weil Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft in ihrer Wirksamkeit voneinander unabhängig sind, sog. Abstraktionsprinzip. So ist beim alltäglichen Kauf eines Brötchens beim Bäcker zu differenzieren, es liegen – wenn auch äußerlich nicht erkennbar – regelmäßig mehrere Rechtsgeschäfte vor:**

- (1) Kaufvertrag über ein Brötchen zu einem bestimmten Kaufpreis.
- (2) Übereignung des Brötchens durch den Bäcker an den Kunden.
- (3) Übereignung der Geldstücke durch den Kunden an den Bäcker.
- (4) U.U. Übereignung des Wechselgeldes an den Kunden.

Da nach dem Abstraktionsprinzip der Kaufvertrag nichts mit dem dinglichen Erfüllungsgeschäft der Übereignung der Kaufsache zu tun hat, ist auch der Abschluss eines Kaufvertrages durch einen „Nichtberechtigten“ unproblematisch möglich: Zur Übereignung und Übergabe einer Sache kann sich auch verpflichten, wer gar nicht Eigentümer der Sache ist. Dies kann jedoch zu Schadensersatzansprüchen führen.

3

Ebenso ist der mehrfache Abschluss von Kaufverträgen über die gleiche Sache möglich. Erfüllen kann der Verkäufer allerdings nur einen der Verträge, da er nur einem der Käufer das Eigentum an der Kaufsache verschaffen kann. Übereignet er die Kaufsache an den ersten Käufer, wird ihm die Erfüllung gegenüber dem zweiten unmöglich. Gleiches gilt aber auch im umgekehrten Fall, wenn er die Sache dem zweiten Käufer übereignet.

4

Gegenüber dem leer ausgehenden Käufer macht sich der Verkäufer allerdings regelmäßig schadensersatzpflichtig, da er die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Dies führt zu einem Schadensersatzanspruch des Käufers nach §§ 275 IV, 280 I, III, 283 S. 1 BGB. Der Käufer hat auch die Möglichkeit, den Gewinn aus dem etwaigen Zweitverkauf abzuschöpfen, § 285 BGB.

Der Kaufvertrag lässt die dingliche Rechtslage unberührt. Der Käufer darf sich die Sache ohne Zustimmung des Verkäufers auch nicht einfach nehmen. Mangels Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht mag bei einer Stückschuld zwar kein Diebstahl i.S.d. § 242 I StGB vorliegen, der Käufer begeht in einem solchen Fall aber verbotene Eigenmacht nach § 858 I BGB.

5

Der Käufer hat vielmehr einen Anspruch auf Bewirkung der dinglichen Rechtsänderung, d.h. die bewegliche Sache muss nach den §§ 929 ff. BGB, das Grundstück nach §§ 873 I, 925 BGB übereignet werden. Beim Rechtskauf, vgl. § 453 BGB<sup>1</sup>, muss der Verkäufer

<sup>1</sup> Zum Rechtskauf vgl. unten, Rn. 333 ff.

das Recht dem Käufer übertragen, also z.B. die Forderung abtreten nach den §§ 398 ff. BGB.

6

Die Erfüllung des Kaufpreisanspruches nach § 433 II BGB erfordert die Vornahme eines dinglichen Rechtsgeschäftes, beispielsweise die Übereignung der Scheine und Münzen beim Barkauf.

7

Der Kaufvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag i.S.d. § 320 BGB. Im Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) stehen dabei auf jeden Fall die Pflicht zur Verschaffung der Kaufsache einerseits, die Verpflichtung des Käufers zur Erbringung des Kaufpreises andererseits: Der Käufer zahlt den Kaufpreis, um die Sache zu erhalten; der Verkäufer leistet, damit der Käufer zahlt (do ut des). Die Verpflichtung des Verkäufers aus § 433 I S. 2 BGB zur sach- und rechtmangelfreien Leistung ist dabei als Bestandteil der Verschaffungspflicht aus § 433 I S. 1 BGB zu sehen.

8

In Einzelfällen kann aber auch die Abnahmepflicht des Käufers nach § 433 II BGB a.E. neben der Kaufpreiszahlungspflicht mit der Verschaffungspflicht des Verkäufers im Synallagma stehen. Hierzu bedarf es jedoch einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Parteien. Eine solche kann nach den §§ 133, 157 BGB anzunehmen sein, wenn es dem Verkäufer erkennbar besonders wichtig ist, dass die Abnahme erfolgt (z.B. verderbliche Ware).

Zu beachten ist, dass die Klärung der Frage, welche Pflichten in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, von untergeordneter Bedeutung ist. Vor allem die §§ 323 - 325 BGB setzen lediglich voraus, dass ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, nicht aber, dass sich die Pflichtverletzung gerade auf eine im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Leistungspflicht bezieht. Lediglich bei § 326 BGB muss genau geprüft werden, ob es sich gerade um eine synallagmatische Leistungspflicht handelt, da hier die Auswirkung der Unmöglichkeit auf die Gegenleistung geregelt wird. Wichtig ist das Synallagma aber für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320 BGB. Des Weiteren ist die Unterscheidung synallagmatische/nicht synallagmatische Pflicht im Bereich der Schadensermittlung relevant (Differenz- und Surrogationsmethode).<sup>2</sup>

**hemmer-Methode: Beachten Sie: Ein gegenseitiger Vertrag setzt nur voraus, dass irgendwelche Leistungspflichten innerhalb dieses Vertrages in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.**

**Deshalb ist es möglich, dass eine Leistungspflicht aus einem gegenseitigen Vertrag nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis mit einer Gegenleistung steht, z.B. im Regelfall die Abnahmepflicht nach § 433 II BGB a.E.**

Der Kaufvertrag kommt durch Antrag (= Angebot) und Annahme zustande, §§ 145 ff. BGB.

9

**hemmer-Methode: Dies ist in der Klausur häufig völlig unproblematisch. Sie gewinnen keinen Punkt, wenn Sie dem Korrektor mitteilen, welche Definition Sie zum Vorliegen eines Angebotes auswendig gelernt haben. Dies führt allenfalls dazu, dass er Ihre Ausführungen als „überflüssig“ kritisiert oder aber nach Ungenauigkeiten sucht. Wenn beim Zustandekommen des Vertrages keine Probleme vorliegen, genügt die Feststellung mit dem Hinweis auf §§ 145 ff. BGB, dass der Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien wirksam zustande gekommen ist.**

Neben der Person der Vertragspartner sind essentialia negotii (Hauptbestandteile) des Kaufvertrages der Kaufgegenstand und der Kaufpreis. Ohne eine diesbezügliche Einigung kann ein Kaufvertrag nicht zustande kommen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den §§ 154, 155 BGB, da diese Vorschriften nur den Dissens über accidentalia negotii (Nebenabreden) betreffen.<sup>3</sup>

10

Kaufgegenstand können sowohl Sachen als auch Rechte sein. Nach § 453 I S. 1 Alt. 1 BGB finden die Vorschriften über den Sachkauf auch auf den Kauf von Rechten entsprechende Anwendung. Gleiches gilt nach § 453 I S. 1 Alt. 2 BGB für den Verkauf „sonstiger Gegenstände“. Hierunter sind alle sonstigen verkehrsfähigen Güter zu verstehen, die sich nicht als „Sachen“ oder „Rechte“ einordnen lassen.

11

**Bsp.:** Verkauf des Kundenstammes im Rahmen des Verkaufs einer Arztpraxis. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann dadurch erfolgen, dass der Verkäufer dem Käufer die Patientendateien überlässt und seinen Patienten den neuen Arzt empfiehlt.

**hemmer-Methode: „Gegenstand“ ist nicht gleichzusetzen mit „Sache“. Der Sachbegriff ist in § 90 BGB definiert. Unter einem Gegenstand ist jedes Rechtsobjekt zu verstehen, das im Rechtsverkehr übertragen werden kann. Diesem sehr weiten Begriff unterfallen damit Sachen, Forderungen, sonstige Rechte und alle weiteren verkehrsfähigen Güter. Letztlich müssen**

<sup>2</sup> Hierzu vgl. Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 296 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Grüneberg, § 155, Rn. 1.

Sie nur beachten, dass „Sache“ und „Gegenstand“ nicht das Gleiche ist. Allerdings wird der Begriff der Sache im BGB nicht einheitlich gebraucht. So versteht man nach allgemeiner Meinung unter Sache bei § 119 II BGB den weiten Begriff des (verkehrsfähigen) Gegenstandes.

Sachen sind Immobilien und Mobilien, § 90 BGB. Beim Kauf können die Sachen konkret und individuell bestimmt (Stückkauf) oder aber nur ihrer Art nach beschrieben sein (Gattungskauf).

12

**hemmer-Methode: Die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf ist im kaufrechtlichen Mängelrecht von Bedeutung. So ist es insbesondere umstritten, ob bei einer aliud-Lieferung beim Stückkauf § 434 V BGB einschlägig ist (vgl. dazu Rn. 133). Ferner ist es umstritten, ob es Nacherfüllung in Form der Nachlieferung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB auch bei einer mangelhaften Stücksache gibt (vgl. dazu Rn. 166).**

Kaufverträge über Rechte können nur erfüllt werden, wenn diese übertragbar sind. Hieran fehlt es bei den sog. höchstpersönlichen Rechten.<sup>4</sup> Der Verkauf eines unübertragbaren Rechtes stellt eine anfängliche Unmöglichkeit der Verpflichtung aus § 433 I S. 1 BGB dar.

13

*Bsp.: V verkauft an K ein Nießbrauchsrecht, das ihm am Grundstück des D zusteht.*

Die Übertragung eines Nießbrauchsrechtes ist nach § 1059 S. 1 BGB nicht möglich. Damit ist die Verpflichtung des V zur Rechtsübertragung nach §§ 453 I, 433 I S. 1 BGB anfänglich unmöglich, es liegt ein Fall sog. rechtlicher Unmöglichkeit vor. Dies ändert zwar nichts an der Wirksamkeit des Vertrages, vgl. § 311a I BGB. Allerdings ist V nach § 275 I BGB nicht zur Primärleistung verpflichtet; er haftet K jedoch möglicherweise nach § 311a II S. 1 BGB.

Die Parteien müssen sich außer über den Kaufgegenstand auch über die Höhe des Kaufpreises einigen. Er muss in Geld bestehen, da anderenfalls ein Tauschvertrag vorliegt, für welchen über § 480 BGB allerdings das Kaufrecht entsprechende Anwendung findet.

14

Allein die Tatsache, dass der Kaufpreis nicht ausdrücklich vereinbart wurde, lässt noch nicht das wirksame Zustandekommen eines Kaufvertrages scheitern: Gerade bei alltäglichen Geschäften lässt sich oft dem schlüssigen Verhalten der Vertragsparteien eine Vereinbarung über den Kaufpreis entnehmen. Der vereinbarte Kaufpreis ist dann durch Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Häufig wird sich ergeben, dass der Börsen- oder Marktpreis bzw. der im Geschäftsbetrieb des Verkäufers übliche Laden- oder Listenpreis als vereinbart anzusehen ist.

## II. Form

Der Kaufvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit im Regelfall nicht der Einhaltung einer besonderen Form. Ausnahmen sind §§ 311b I, III, V, 2371 BGB, § 15 IV S. 1 GmbHG.

15

Von erheblicher Bedeutung ist § 311b I S. 1 BGB, der für den Verpflichtungsvertrag bei Grundstücksgeschäften notarielle Beurkundung nach § 128 BGB vorschreibt.

16

Häufig werden bei Grundstückskaufverträgen zwischen den Parteien noch Dinge besprochen, die später nicht notariell beurkundet werden. In diesen Fällen ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen Äußerungen des Verkäufers und des Käufers, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag gefunden haben, zum Vertragsinhalt geworden sind.

Nach Ansicht des BGH führt zwar eine **Beschreibung von Eigenschaften** eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in der Regel nicht zu einer vertraglichen Vereinbarung. Der Käufer kann nämlich nicht davon ausgehen, dass der Verkäufer mit ihm eine bestimmte Beschaffenheit des Grundstücks oder Gebäudes vereinbaren will, wenn die geschuldete Beschaffenheit im Kaufvertrag nicht erwähnt wird.<sup>5</sup>

Ein solches Verständnis der vorvertraglichen Angaben des Verkäufers entspricht dem Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB.

§ 311b I S. 1 BGB gilt nämlich auch für Nebenabreden. Wenn diese nicht beurkundet werden, wären vertragliche Nebenabreden

<sup>4</sup> Vgl. Grüneberg, § 453, Rn. 20.

<sup>5</sup> **BGH, Life&LAW 03/2016, 147 ff.** = **jurisbyhemmer**. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: [www.hemmer.de](http://www.hemmer.de)).

nichtig, § 125 S. 1 BGB.

Teilnichtigkeit führt aber im Zweifel zur vollen Nichtigkeit, § 139 BGB.

Ist es nun unklar, ob die Parteien mündlich eine vertraglich bindende Vereinbarung oder lediglich eine Beschreibung des Kaufgegenstandes im Sinne einer Geschäftserwartung bzw. Geschäftsgrundlage getroffen haben, so gilt der Auslegungsgrundsatz, dass im **Zweifel** derjenigen **Auslegung** der Vorzug gebührt, die die **Nichtigkeit** des Rechtsgeschäfts **vermeidet**.

Mit diesem Grundsatz wäre es nicht vereinbar, bei vorvertraglichen Äußerungen des Verkäufers über Eigenschaften des Kaufgegenstandes nicht beurkundete Beschaffenheitsvereinbarungen anzunehmen; denn diese teilweise Formnichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB hätte die Gesamtnichtigkeit des Vertrags nach § 139 BGB zur Folge.

**hemmer-Methode: Eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt in aller Regel nicht zu einer verbindlichen Vertragsvereinbarung.**

Wenn die Parteien hingegen ausdrücklich eine Vereinbarung treffen, die nicht beurkundet wurde, so führt die Teilformnichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB im Zweifel zur Nichtigkeit des gesamten Kaufvertrages (§ 139 BGB), sofern es sich nicht um unwesentliche Nebenabreden gehandelt hat.

Klausurrelevant ist an dieser Stelle auch der Fall des Scheingeschäfts, der sich leicht mit Fragen aus dem Hypothekenrecht und der Vormerkungsproblematik kombinieren lässt.

**Bsp.:** V und K wollen einen Kaufvertrag über ein Grundstück im Wert von 500.000,- € schließen. Aus Gründen der Steuerersparnis geben sie jedoch bei der notariellen Beurkundung lediglich einen Kaufpreis von 200.000,- € an. V bewilligt K eine Auflassungsvormerkung. Später wird für D eine Hypothek eingetragen. Erst dann wird K als Eigentümer eingetragen. K verlangt von D die Zustimmung zur Löschung der Hypothek aus dem Grundbuch.

K könnte von D die Zustimmung zur Löschung der Hypothek nach § 888 BGB verlangen, wenn dies aufgrund der Auflassungsvormerkung ihm gegenüber gemäß § 883 II BGB relativ unwirksam wäre. Dies setzt eine wirksame Bestellung der Vormerkung voraus.

Die Vormerkung ist ein besonderes Sicherungsmittel zur Sicherung eines Anspruches auf Änderung der dinglichen Rechtslage an einem Grundstück oder an einem grundstücksgleichen Recht. Als solches ist sie akzessorisch zur zu sichernden Forderung. Daher setzt die Wirksamkeit der dem K bestellten Auflassungsvormerkung einen wirksamen Anspruch des K gegen V auf Überweisung des Grundstückes voraus, § 433 I S. 1 BGB.

Der notarielle Vertrag zwischen V und K ist jedoch als Scheingeschäft nach § 117 I BGB nichtig. Auch der eigentlich gewollte Vertrag (Kaufpreis: 500.000,- €) i.S.v. § 117 II BGB war zunächst wegen fehlender notarieller Beurkundung nach §§ 311b I S. 1, 125 S. 1 BGB formnichtig. Damit lag im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung kein wirksamer Anspruch des K aus dem Kaufvertrag nach § 433 I S. 1 BGB vor.

Durch die Eintragung des Grundstückseigentums für den K im Grundbuch wurde jedoch der tatsächlich gewollte Kaufvertrag hinsichtlich des Formverstößes geheilt, § 311b I S. 2 BGB. Fraglich ist jedoch, welche Auswirkungen dies auf die Vormerkung hat. Die Heilung nach § 311b I S. 2 BGB hat lediglich Wirkung ex nunc.

Allerdings könnte es sich bis zum Zeitpunkt der Heilung um einen künftigen Anspruch gehandelt haben i.S.d. § 883 I S. 2 BGB. In diesem Fall wäre zwar die Vormerkung auch erst im Zeitpunkt der Heilung mit Entstehung der Forderung wirksam entstanden; ihre Wirkungen würden jedoch auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung zurückwirken. Die Bestellung der Hypothek wäre dann als vormerkungswidrig i.S.d. § 883 II BGB anzusehen.

Ein künftiger Anspruch i.S.d. § 883 I S. 2 BGB kann aber nur angenommen werden, wenn für dessen Entstehung bereits eine feste Rechtsgrundlage („Rechtsboden“) geschaffen ist. Dies ist zu bejahen, wenn die Entstehung des Anspruches nur noch von dem Vormerkungsberechtigten (hier: von K) abhängig gewesen wäre. Da die Entstehung des Anspruches durch Heilung nach § 311b I S. 2 BGB von der Auflassung und Eintragung abhängt, wobei es auch auf Mitwirkungshandlungen des Verkäufers ankommt, war dies hier nicht der Fall. Ein Anspruch aus einem nach § 311b I S. 1 BGB unwirksamen Vertrag ist im Hinblick auf die Heilungsmöglichkeit nicht künftig i.S.d. § 883 I S. 2 BGB. Daher scheidet ein Anspruch des K gegen D aus § 888 BGB.

**hemmer-Methode: Bevor Sie sich in den Vormerkungsfällen auf § 888 BGB i.V.m. § 883 II BGB „stürzen“, sollten Sie in der Klausur auch kurz auf § 894 BGB eingehen. Hierzu sollten Sie ausführen, dass § 894 BGB die objektive Unrichtigkeit des Grundbuches voraussetzt, eine vormerkungswidrige Verfügung aber nicht zur objektiven Unrichtigkeit des Grundbuches führt.**

**Sound:** „Die Vormerkung bewirkt keine Grundbuchsperre“, sondern wirkt nur relativ (§ 883 II BGB).

Auch wenn das Hauptanwendungsfeld des § 311b I BGB der Kaufvertrag ist, stellt sich im Hinblick auf die von ihm beabsichtigte Warn- und Schutzfunktion die Frage, inwieweit das Formerfordernis auch für andere Rechtsgeschäfte gilt, die lediglich im Zusam-

menhang mit Grundstücksveräußerungen stehen.<sup>6</sup> Sicher ist, dass auch ein Vorvertrag, durch den die Verpflichtung begründet wird, einen Grundstückskaufvertrag abzuschließen, der Form § 311b I BGB unterliegt<sup>7</sup>, da die Schutzfunktion ansonsten leer liefe.

17

Wichtig ist, dass § 311b I BGB auch bei der Grundstücksschenkung gilt und § 518 I BGB verdrängt. Gem. § 518 I S. 1 BGB bedarf nämlich nur das Schenkungsversprechen der notariellen Beurkundung, sog. einseitiger Formzwang. Daher geht § 311b I BGB weiter, da hier beide Vertragserklärungen beurkundet werden müssen.

Liegt ein Auftrag vor, der den Auftragnehmer verpflichtet, ein Grundstück für den Auftraggeber zu erwerben, so muss genau zwischen den verschiedenen Verpflichtungen differenziert werden. § 311b I BGB betrifft sowohl die Pflicht zur Übertragung als auch die Pflicht zum Erwerb eines Grundstückes.

18

**Bsp.:** Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mündlich, in eigenem Namen das Grundstück des D von diesem zu erwerben. Hintergrund ist, dass D den AG nicht leiden kann und mit ihm persönlich keine Geschäfte abschließen würde. AG will auf diesem Weg an das Grundstück des D gelangen. Nachdem AN das Grundstück von D gekauft hat und ins Grundbuch als Eigentümer eingetragen wurde, weigert sich AN, das Grundstück an AG zu übereignen. Anspruch des AG?

Als Anspruchsgrundlage kommt nur § 667 BGB in Betracht. AN hat durch die Ausführung des Auftrags „etwas erlangt“, nämlich das Eigentum an dem Grundstück. Dieses müsste er an den AG im Wege der Übereignung nach §§ 873, 925 BGB jedoch nur dann „herausgeben“, wenn der zwischen AG und AN geschlossene Auftrag i.S.d. §§ 662 ff. BGB wirksam wäre. Hier kommt ein Verstoß gegen § 311b I BGB in Betracht.

1. Durch den Auftrag hat sich der Auftragnehmer AN gegenüber AG verpflichtet, ein Grundstück zu erwerben. Aufgrund dieser Erwerbsverpflichtung könnte der Auftrag formbedürftig nach § 311b I S. 1 BGB gewesen sein; die notarielle Form wurde nicht eingehalten.

Es ist jedoch zu beachten, dass der Auftragnehmer das Grundstück nicht auf Dauer für sich erwirbt; vielmehr soll er das Grundstück an den Auftraggeber weiterübereignen, wobei er auch den verauslagten Kaufpreis nach § 670 BGB von diesem erhält. Bei einem solchen „Durchgangsgeschäft“ ist der Erwerber nicht so stark schutzbedürftig, da sich an der Zusammensetzung seines Vermögens auf lange Sicht nichts ändert. Dies lässt eine Ausnahme von § 311b I S. 1 BGB zu. Insoweit kommt ein Formverstoß nicht in Betracht.

2. Gleichzeitig beinhaltet der Auftrag die Pflicht, das Grundstück an den AG weiter zu übereignen. Diese Übertragungspflicht des AN könnte zu einem Verstoß gegen § 311b I BGB führen.

a) Nach einer Auffassung soll dies ausgeschlossen sein, da diese Übertragungspflicht des Auftragnehmers nach § 667 BGB eine Pflicht kraft Gesetzes darstelle; § 311b I BGB betrifft aber anerkanntermaßen nur rechtsgeschäftliche Verpflichtungen.<sup>8</sup>

b) Dem steht allerdings entgegen, dass AG und AN zumindest konkludent auch rechtsgeschäftlich vereinbart haben können, dass AN nach Erwerb des Grundstückes dieses an AG weiter übereignen solle. Schließlich war die Erlangung des Grundstückes das von AG angestrebte wirtschaftliche Ziel.

Dennoch lässt sich aufgrund der Veräußerungspflicht des AN ein Verstoß gegen § 311b I BGB mit obiger Argumentation verneinen: Es handelt sich nur um ein Durchgangsgeschäft, weshalb AN weder hinsichtlich des Erwerbs noch hinsichtlich der Veräußerung besonders durch die Form des § 311b I BGB geschützt werden muss.

3. Ein Verstoß gegen § 311b I BGB könnte sich aus einer Erwerbspflicht des AG durch Vereinbarung des Auftrages ergeben.

Eigentlich begründet der Auftrag zwar die Pflicht des Auftragnehmers, den erlangten Gegenstand an den Auftraggeber herauszugeben (§ 667 BGB), nicht aber die Pflicht des Auftraggebers, diesen auch entgegenzunehmen. Hierbei handelt es sich um eine bloße Obliegenheit, deren Verstoß allenfalls zum Annahmeverzug nach den §§ 293 ff. BGB führen kann.

Dennoch ist nach wirtschaftlicher Betrachtung eine Erwerbsverpflichtung des AG anzunehmen, die zum Schutz nach § 311b I BGB führt. Der Auftrag führt dazu, dass der AG dem AN den verauslagten Kaufpreis nach § 670 BGB zahlen muss und hierfür nach § 667 BGB das Grundstück erhält. Dies steht wirtschaftlich dem Abschluss eines Kaufvertrages sehr nahe, sodass es der Schutz- und Warnfunktion des § 311b I BGB bedarf.

Dennoch ist unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nach § 242 BGB nicht zuzulassen, dass sich AN auf die Formnichtigkeit des Auftrages nach §§ 311b I, 125 S. 1 BGB beruft: Denn § 311b I BGB dient hier allein dem Schutz des AG. Es wäre treuwidrig, wenn sich der AN auf die Formnichtigkeit berufen könnte, um damit einen Anspruch des AG zu Fall zu bringen, wenn er dabei eine allein dem AG zum Schutz dienende Vorschrift ins Felde führt (a.A. vertretbar).

Daher ist ein Anspruch des AG aus § 667 BGB gegeben.

Entgegen dem Wortlaut des § 167 II BGB kann auch die Bevollmächtigung zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstückes

6 Vgl. die ausführliche Darstellung bei Tiedtke, **Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Kaufrechts** - JZ 1997, 869 - 880 (Teil 1); JZ 1997, 931 - 940 (Teil 2).

7 BGHZ 82, 398 - 407 = [jurisbyhemmer](#).

8 BGHZ 127, 168 - 176 = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 1996, 1960 - 1961 = [jurisbyhemmer](#).

nach § 311b I BGB (analog) formbedürftig sein, wenn die Vollmacht entweder unwiderruflich erteilt wird oder eine rechtliche bzw. tatsächliche Bindung des Vertretenen bewirkt.

19

Demgegenüber bleibt es im Rahmen des § 182 II BGB nach h.M. generell bei der Formlosigkeit der Genehmigung.<sup>9</sup>

Im Rahmen des § 311b I BGB ist schließlich immer auch daran zu denken, dass der Formmangel nach § 242 BGB unbeachtlich sein kann. Dies allerdings nur unter engen Voraussetzungen, i.d.R. muss die Formnichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen, wobei an dieser Stelle Einigkeit bzgl. zweier Fallgruppen herrschen dürfte:

20

- Arglist bzw. besonders schwere Treuepflichtverletzung der einen Seite (z.B.: Täuschung über die Formbedürftigkeit)
- oder Existenzgefährdung im Falle der Rückabwicklung nach § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB der anderen Seite.<sup>10</sup>

Andere Fälle der Unbeachtlichkeit nach § 242 BGB (wie z.B. im obigen Auftragsfall) sind selten, aber nicht schlechthin ausgeschlossen.

## **B) Die Pflicht des Verkäufers nach § 433 I S. 1 BGB und ihre Nichterfüllung**

Der Verkäufer einer Sache ist verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen, § 433 I S. 1 BGB.

21

Der Verkäufer muss dem Käufer die Sache ferner übergeben, d.h. grundsätzlich den unmittelbaren Besitz gemäß § 854 BGB verschaffen.<sup>11</sup>

22

Als „Übergabe“ i.S.d. § 433 I S. 1 BGB genügt die Verschaffung mittelbaren Besitzes daher nur, wenn der Kaufvertrag dies von Anfang an vorsieht oder eine – selbstverständlich auch stillschweigend denkbare – Vertragsänderung (§ 311 I BGB) vorliegt.<sup>12</sup>

**hemmer-Methode: Bedenken Sie, dass das Eigentum auch mit Erlangung des mittelbaren Besitzes übergehen kann. Selbst im Fall des § 929 S. 1 BGB reicht zur Übereignung die Einräumung mittelbaren Besitzes aus, wenn nur der Veräußerer jeglichen Besitzrest aufgibt.<sup>13</sup>**

**Eine Erfüllung der Pflicht aus § 433 I S. 1 BGB tritt aber nur ein, wenn man in der Vereinbarung bei der Übereignung eine Modifizierung und Abbedingung der Pflicht zur Verschaffung des unmittelbaren Besitzes sieht.**

### **I. Durchsetzung des Anspruches aus § 433 I S. 1 BGB durch den Käufer**

Kommt der Verkäufer seiner Pflicht aus § 433 I S. 1 BGB nicht nach, kann der Käufer gegenüber einer Inanspruchnahme durch den Verkäufer aus § 433 II BGB die Einrede des nichterfüllten Vertrages gem. § 320 BGB geltend machen.

23

Der Käufer kann die Erfüllung des Anspruches auf Übereignung und Übergabe nach § 433 I S. 1 BGB auf gerichtlichem Wege erzwingen. Zunächst muss er auf Erfüllung klagen. Das obsiegende Urteil fingiert mit seiner Rechtskraft nach § 894 ZPO die nach § 929 S. 1 BGB erforderliche dingliche Einigungserklärung des Verkäufers.

**hemmer-Methode: Zu beachten sind §§ 894 I S. 2, 726 II ZPO: Der Käufer erhält eine vollstreckbare Ausfertigung (mit „Vollstreckungsklausel“) nur, wenn er nachweist, den Kaufpreis geleistet zu haben bzw. dass der Verkäufer im Gläubigerverzug mit der Annahme des Kaufpreises ist.**

An die Stelle der Übergabe tritt die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher, § 897 I ZPO. Gemäß § 898 ZPO kann auf diese Weise sogar ein Erwerb vom Nichtberechtigten stattfinden, wenn der Käufer gutgläubig i.S.d. § 932 II BGB und die Sache nicht abhandengekommen ist, § 935 BGB. Mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher ist die Sache aber nicht abhandengekommen,

9 BGH, NJW 1994, 1344 - 1347 = **jurisbyhemmer**; ausführlich: Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 88 ff.

10 Vgl. im Einzelnen Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 82 ff.

11 Grüneberg, § 433, Rn. 13.

12 Grüneberg, § 433, Rn. 13.

13 Hemmer/Wüst, Sachenrecht II, Rn. 35 f.

da das Gesetz diese Wegnahme gestattet, § 897 I ZPO.

**hemmer-Methode:** Hierbei handelt es sich eben nicht um einen Erwerb kraft Hoheitsaktes (wie etwa bei der Verwertung nach § 814 ZPO), bei dem es auf den guten Glauben des Erwerbers nicht ankommt. Vielmehr handelt es sich um einen staatlich erzwungenen rechtsgeschäftlichen Erwerb.

## II. Rechte des Käufers bei Nichtleistung wegen (vollständiger) Unmöglichkeit

Ist dem Verkäufer die Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache (bzw. die Übertragung des Rechts beim Rechtskauf) nicht möglich, so ist seine Leistungspflicht gem. § 433 I S. 1 BGB nach § 275 I - III BGB ausgeschlossen, d.h. sie besteht nicht bzw. nicht mehr. In den Fällen des § 275 II, III BGB ist dies jedoch nur dann der Fall, wenn der Verkäufer die sich hiernach ergebende Einrede erhoben hat.

24

### 1. Begriff der Unmöglichkeit und Auswirkung auf die Primärleistungspflicht

a) Unmöglichkeit ist die Nichterbringbarkeit des Leistungserfolges. Dies führt zum Erlöschen der geschuldeten Leistungspflicht nach § 275 I BGB. Die Vorschrift stellt die subjektive (Leistungserfolg ist von einem Dritten, nicht aber vom Schuldner zu erbringen) der objektiven Unmöglichkeit (Leistungserfolg ist von jedermann nicht zu erbringen) gleich.

25

**hemmer-Methode:** Der Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit ist i.R.d. § 275 I BGB ohne Bedeutung. Relevant wird diese Frage aber beim Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 311a II BGB bei anfänglicher Unmöglichkeit bzw. §§ 280 I, III, 283 BGB bei nachträglicher Unmöglichkeit).

*Bsp.:* Der von V an K verkaufte Gebrauchtwagen wird vor der Übereignung durch einen Blitzschlag vollständig zerstört.

Mit wirksamem Abschluss des Kaufvertrages entstand ein Anspruch des K gegen V auf Übereignung und Übergabe des Pkw nach § 433 I S. 1 BGB. Infolge der Zerstörung des Wagens ist die Erbringung dieses Leistungserfolges jedermann unmöglich geworden (objektive Unmöglichkeit); der Anspruch des K gegen V ist nach § 275 I BGB erloschen.

Mit § 275 II, III BGB wurden Regelungen geschaffen, die dem Schuldner im Falle faktischer (§ 275 II BGB) oder persönlicher Unzumutbarkeit (§ 275 III BGB) ein Leistungsverweigerungsrecht geben. Macht der Schuldner dieses geltend, so ist seine Leistungspflicht ausgeschlossen.

26

**hemmer-Methode:** Sollten hier Unklarheiten bestehen, wiederholen Sie unbedingt den Abschnitt „Unmöglichkeit“ im Skript Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 9 ff.!

Mit § 275 II, III BGB wurde die dem BGB bislang nicht bekannte Figur der rechtsvernichtenden Einrede geschaffen; denn die Einredeerhebung führt nicht nur zur Undurchsetzbarkeit (wie etwa bei der Verjährung, § 214 I BGB), sondern zum Erlöschen der Forderung (str.). Für diese Wirkung spricht auch die amtliche Überschrift des § 275 BGB: „Ausschluss der Leistungspflicht“!

Aus diesem Grund vertritt eine im Vordringen befindliche Ansicht, dass es sich bei § 275 II, III BGB um ein Gestaltungsrecht handelt.

Für die Frage des Erlöschens der Primärleistungspflicht ist es unbeachtlich, ob die Unmöglichkeit anfänglich oder nachträglich, subjektiv oder objektiv, vom Schuldner zu vertreten oder nicht zu vertreten ist.

27

b) Klausurrelevant sind Fälle der Unmöglichkeit bei Gattungsschulden. Bei einer Gattungsschuld verpflichtet sich der Schuldner, einen nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand zu leisten.

**Bsp.:** K bestellt beim Lieferanten V 30 Schlagbohrmaschinen zu jeweils 250,- €. Bei einem Großbrand wird das Lager des V, wo auch die Schlagbohrmaschinen aufbewahrt wurden, zerstört.

Der Untergang einzelner Gegenstände aus der fraglichen Gattung führt nicht zur Unmöglichkeit. Bereits aus der Definition von „Unmöglichkeit“ folgt, dass der Untergang einzelner Gattungsgegenstände keine Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB darstellen kann. Denn: Geschuldeter Leistungserfolg ist die Leistung irgendeines Gegenstandes aus der Gattung. Dies ist aber nach Untergang einzelner Gattungsgegenstände weiterhin möglich, da noch andere Gattungsgegenstände vorhanden sind. Der Leistungserfolg ist also weiterhin erbringbar, es liegt keine Unmöglichkeit vor. Gattungsschulden sind Beschaffungsschulden!

29

Unmöglichkeit ist erst dann zu bejahen, wenn die Beschaffung eines weiteren Gattungsgegenstandes unmöglich ist. Dies hängt auch davon ab, in welchem Umfang der Schuldner nach der vertraglichen Vereinbarung zur Beschaffung verpflichtet ist. Bei der sog. Vorratsschuld hat er nur aus einem bestimmten Vorrat zu leisten. Geht der gesamte Vorrat unter, liegt demzufolge Unmöglichkeit vor.

30

**Bsp.:** Um eine Vorratsschuld handelt es sich regelmäßig (§§ 133, 157 BGB) beim Kauf von selbsterzeugten Produkten von einem Landwirt. Geht dessen Vorrat z.B. an Kartoffeln unter, so ist er nicht verpflichtet, Kartoffeln nun bei einem Dritten zu erwerben; vielmehr wird eine Leistungspflicht aus § 433 I BGB auf Übereignung von Kartoffeln unmöglich und erlischt nach § 275 I BGB.

Allerdings kann eine Gattungsschuld zu einer Stückschuld werden. Dann führt der Untergang des fraglichen Leistungsgegenstandes zur Unmöglichkeit, da nur dieser ein Gegenstand geschuldet war. Wichtigste Vorschrift hierbei ist die Konkretisierung nach § 243 BGB.<sup>14</sup> Zur gleichen Rechtsfolge führt nach § 300 II BGB der Annahmeverzug des Gläubigers.

31

## 2. Besonderheiten bei anfänglicher Unmöglichkeit

Besteht das Leistungshindernis bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, spricht man von anfänglicher Unmöglichkeit. Die Unmöglichkeit ist auch dann anfänglich, wenn das Leistungshindernis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses besteht, die nach § 275 II, III BGB erforderliche Einrede aber erst später erhoben wird.<sup>15</sup>

32

### a) Allgemeines

Die anfängliche Unmöglichkeit lässt die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages nach § 311a I BGB unberührt. Eine Differenzierung zwischen anfänglich subjektiver oder anfänglich objektiver Unmöglichkeit ist nicht erforderlich: In beiden Fällen richtet sich die Haftung nach § 311a II BGB.

33

Eine Haftung nach § 311a II BGB setzt Kenntnis bzw. zu vertretende Unkenntnis des Schuldners bzgl. des Leistungshindernisses im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraus.<sup>16</sup>

**hemmer-Methode: Eine Ausnahme gibt es aber im Mietrecht, wonach bei anfänglichen Mängeln gem. § 536a I Var. 1 BGB (als lex specialis zu § 311a II BGB nach Übergabe) ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Schadensersatz besteht.**

34

### b) Besonderheiten beim Rechtskauf?

Fraglich ist, ob beim Rechtskauf Besonderheiten gelten.

14 Hierzu vgl. Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 61 ff.

15 Vgl. Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 49.

16 BGH, NJW 2007, 3777 - 3781 = jurisbyhemmer; mit ausführlicher Besprechung von Tyroller, Der Verkauf gestohlener Sachen: Gedanken zur anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit beim Kaufvertrag!, Life&LAW 03/2008, 197 - 205 (203); OLG Karlsruhe, NJW 2005, 989 - 991 (990) = jurisbyhemmer; a.A. Sutschet, Haftung für anfängliches Unvermögen, NJW 2005, 1404 - 1406 (1406).