

# Übungsfall: A Life 4 Sale

Von **Hanjo Hamann**, Hamburg\*

*Der Übungsfall richtet sich an Studierende fortgeschrittener Semester und spinnt eine wahre, wenn auch bizarre, Begebenheit aus der Tagespresse weiter. Die erste Frage betrifft rechtliche Probleme der Internetauktion, die Formerfordernisse des § 311b BGB sowie das Mangelgewährleistungsrecht bei Kauf einer Sachgesamtheit. Die zweite Frage thematisiert das Institut der Vertragsübernahme.*

## Sachverhalt

Der 44-jährige Jan U. hat genug von seinem Leben. Seine Ehefrau hat sich nach 12 Jahren glücklicher Beziehung scheiden lassen und er bringt es nicht über sich, noch länger im ehemals gemeinsamen Haus zu leben. Von einer *midlife crisis* gepackt, beschließt er, das Haus und all sein Hab und Gut zu versilbern und ein neues Leben zu beginnen – egal wo und wie, nur erst weg aus dem Haus, der Stadt, dem Land.

U stellt also beim Internetauktionator eBay folgendes Angebot für Selbstaholder ein:

„Mein Name ist Jan U., ich verkaufe mein ganzes Leben! [...] Ja, Sie haben richtig gelesen. Nach der Auktion spazierte ich zum letzten Mal aus meinem Haus, mit nicht mehr als meinen Kleidern am Leib, meinem Pass und meiner Geldbörse. Alles andere kann Ihnen gehören: Lebensstil. Haus. Auto. Motorrad. Job. Freunde.

[Es folgt eine detaillierte Beschreibung vom Haus mit einer vollständigen und teils fotografisch illustrierten Liste von Inventar und Ausstattung sowie dem Alltags- und Hobbybedarf von U, darunter BBQ-Ausstattung, Mountainbike, Fallschirmausrüstung, Jet-Ski Kawasaki 650SX, Supersportler-Motorrad Kawasaki „Ninja“ ZX-6R und ein 4-türiger Mazda 929, 1989er Baujahr.]

Freunde: Auch meine Freunde biete ich hier an. Aber um Missverständnissen vorzubeugen – ich verkaufe meine Freunde nicht und habe das nie gesagt. Alles, was ich anbieten kann, ist, den erfolgreichen Bieter einigen wirklich warmherzigen und großartigen Leuten vorzustellen.

Job: Seit drei Jahren arbeite ich im Teppichladen von Jenny J. Als ich ihr von meiner Idee erzählte, fand sie das großartig. Deshalb biete ich hier auch meinen Job an. [Der Arbeitsvertrag von U wird näher beschrieben.]“

Weiter unten weist U darauf hin, dass seine Identität und Staatsbürgerschaft nicht zum Verkauf stehen: „Nach der Auktion werde ich immer noch ich sein, und Sie immer noch Sie!“.

Die Auktion startet am 22.6.2008 bei 1 € und endet eine Woche später. Mit 243.300 € stammt das höchste der 66 Gebote von M.<sup>1</sup>

\* Der Autor ist juristischer Mitarbeiter der Hamburger Sozietät Huth Dietrich Hahn.

<sup>1</sup> Bis hier handelt es sich um einen absolut wahren Fall – nur die Währung wurde geändert. Der britischstämmige Australier Ian Usher hatte 100 Tage vor seiner eBay-Auktion eine Homepage unter [www.alife4sale.com](http://www.alife4sale.com) erstellt, auf der er Beweggründe und Inhalt der Auktion erläuterte. Weniger als

U und M treffen sich beim Notar, wo sogleich die Auflassung beurkundet wird.<sup>2</sup> Die Eintragung wird beantragt, U übergibt M die Hausschlüssel und macht sich auf den Weg in sein neues Leben. Einige Wochen später kommt U unter ungeklärten Umständen am Strand von Ipanema zu Tode; sein volljähriger Sohn Dan U. (D) wird Alleinerbe.

M hat unterdessen festgestellt, dass sein Kauf vielleicht etwas übereilt war. Als er seine Eintragung ins Grundbuch überprüft, bemerkt er, dass vor ihm der D eingetragen war; Notar und Registergericht hatten übersehen, dass U sein Grundstück aus steuerlichen Gründen schon vor Jahren auf seinen Sohn übertragen hatte. Außerdem hat die exquisite Heimkinoanlage einen irreparablen Defekt. Hat M ein Recht zum Rücktritt vom gesamten Vertrag?

Zu allem Überfluss tritt kurz nach dem Tod des U auch noch J auf den Plan. U hatte sie noch vor seiner Abreise über den Vertrag mit M informiert; nun fordert sie M auf, endlich zur Arbeit zu erscheinen. Hat sie darauf einen Anspruch?

## Lösungsvorschlag zur ersten Frage:

### A. Rücktrittsrecht des M

Ein Rücktrittsrecht könnte sich aus §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 Abs. 1 Var. 2 BGB ergeben. Voraussetzung hierfür ist, dass U und M einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben (unter I.) und ein zum Rücktritt berechtigender Mangel vorliegt (unter II.). Ferner kann M vom Kaufvertrag gemäß § 323 Abs. 1 Var. 1 BGB nach Fristsetzung zurücktreten, wenn U die ihm nach § 433 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB obliegende Leistung nicht erbracht, also dem M nicht wirksam Eigentum an dem Hausgrundstück verschafft hat (unter III.).

### I. Kaufvertrag, § 433 BGB

Die Begründung eines Kaufvertrags setzt voraus, dass U und M korrespondierende Willenserklärungen abgegeben haben, der geschlossene Vertrag als Kaufvertrag zu qualifizieren und der Vertrag nicht gemäß § 125 S. 2 BGB formnichtig ist.

---

einen Tag nach Beginn der Auktion lagen die Gebote bei mehr als 2 Mio. AUD (1,2 Mio. €) – darunter zahlreiche Scherzgebote. Usher änderte deshalb die Auktionskonditionen und ließ nur noch registrierte Bieter zu. Die Auktion endete bei 399.300 AUD (243.000 €.) – 700 AUD unter dem sachverständig geschätzten Mindestwert des Hauses. Seine Pläne für die 100 Wochen nach der Auktion hat Ian Usher unter [www.100goals100weeks.com](http://www.100goals100weeks.com) aufgelistet.

<sup>2</sup> Im wahren Leben musste Usher am 12.7.2008 feststellen, dass der Höchstbietende den Kaufpreis nicht aufbringen konnte und die nachfolgenden fünf Bieter nicht mehr interessiert waren. Er beauftragte den Immobilienauktionator [www.geewizauctions.com](http://www.geewizauctions.com) und zog zum 1.8.2008 „normal“ aus. Das Haus (55 Henley Blvd, Wellard WA 6170, Australien) stand erneut zur Versteigerung – abermals erfolglos. Erst am 6.2.2009 war der Verkauf perfekt – da hatte Walt Disney bereits eine 18-Monats-Option auf die Filmrechte erworben.

## 1. Vertragsschluss

## a) Willenserklärung des U

U hat auf der eBay-Seite sein Vermögen im dort bezeichneten Umfang – also Sachen, Rechte oder sonstige Gegenstände i.S.v. §§ 433, 453 Abs. 1 BGB – angeboten. Fraglich ist, ob hierin ein Antrag i.S.v. § 145 BGB *ad incertae personae* zu sehen ist,<sup>3</sup> oder ob es sich um eine bloße *invitatio ad offerendum* handelt.<sup>4</sup> Für Letzteres spricht, dass sich aus der Angebotsseite weder der Preis noch der Vertragspartner ergibt, so dass mehrere *essentialia negotii* fehlen.<sup>5</sup> Allerdings genügt es, wenn die Bestimmung der *essentialia* zumindest konkludent dem Angebotsempfänger überlassen wird.<sup>6</sup> Die Onlineauktion setzt das Gebot eines Dritten voraus, durch das sowohl Preis als auch Partner eines möglichen Kaufvertrags fixiert werden. Die Angebotsseite des U könnte daher auch als Antrag ausgelegt werden. Die Entscheidung darüber kann aber letztlich dahingestellt bleiben, weil U jedenfalls einen Antrag von M (dazu sogleich unter bb) angenommen hatte.

## b) Willenserklärung des M

M hat durch Mausklick ein Gebot zur Auktion des U abgegeben und damit konkludent seinen Willen erklärt, mit U einen Kaufvertrag zu den Bedingungen seines Gebots abzuschließen.

Diese Willenserklärung wäre aber nach § 156 S. 2 Var. 2 BGB erloschen, wenn eBay Versteigerungen i.S.v. § 156 BGB durchführte und die Versteigerung des U ohne Zuschlag geschlossen worden wäre. Indessen erfolgt bei Online-Auktionen kein Zuschlag; eine solche Willenserklärung des Auktionators liegt nicht im bloßen Zeitablauf.<sup>7</sup> Das ist nicht unzweifelhaft. Zum einen bietet die h.M. keine positive Begründung, warum angesichts gewandelter Lebensverhältnisse nicht auch der Zeitablauf als „Zuschlag“ i.S.v. § 156 BGB verstanden werden kann; das traditionelle Dreipersonenverhältnis der Versteigerung ist schließlich nicht zwingend. Zum anderen argumentiert der BGH ergebnisorientiert zugunsten des Verbraucherschutzes, um das Widerrufsrecht nach § 312d BGB bei Online-Auktionen entgegen § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB aufrechtzuerhalten. Dazu könnte aber auch § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB aufgrund der Besonderheiten der Online-Auktion für unanwendbar erklärt werden, ohne dass die dogmatische Wurzel – § 156 BGB – herausgerissen wer-

den müsste.<sup>8</sup> Im vorliegenden Fall ergeben sich freilich keine Unterschiede; wäre die Online-Auktion eine Versteigerung i.S.v. § 156 BGB und läge der Zuschlag im Zeitablauf, wäre die Willenserklärung des M ebenso wenig mangels Zuschlags erloschen. Folglich ist die Willenserklärung des M nicht mangels Zuschlags i.S.v. § 156 BGB erloschen.

## c) Qualifizierung als Kaufvertrag

Die vertragliche Einigung müsste die Typusmerkmale eines Kaufvertrags erfüllen. Nach §§ 433, 453 Abs. 1 BGB liegt ein Kaufvertrag vor, wenn sich die Parteien geeinigt haben, Sachen, Rechte oder sonstige Gegenstände gegen Zahlung eines vereinbarten Preises zu übertragen. Das ist hier der Fall.

## d) Zwischenergebnis

Mit Zeitablauf kam ein Kaufvertrag i.S.d. §§ 433, 453 Abs. 1 BGB zwischen U und M zustande.<sup>9</sup>

## 2. Nichtigkeit des Kaufvertrags nach § 125 S. 1 BGB

Der Vertrag wäre aber nach § 125 S. 1 BGB nichtig, wenn er der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelte. Fraglich ist, ob durch Gesetz eine Form vorgeschrieben war.

## a) Formnichtigkeit wegen der Verpflichtung zur Übertragung des gegenwärtigen Vermögens

Nach § 311b Abs. 3 Var. 1 BGB bedurfte der Vertrag der notariellen Beurkundung, wenn ein Teil sich darin verpflichtet hätte, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen. Zu klären ist daher, ob U sich verpflichtet hat, die Aktiva<sup>10</sup> seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen. Da die zu übertragenden Gegenstände im Vertrag einzeln genannt waren, könnte die Verpflichtung des U sich stattdessen auf eben diese einzelnen Gegenstände beziehen.

## aa) Ermittlung des Angebotsinhalts

Dazu müssten die zu übertragenden Vermögensstücke im Vertrag bestimmt oder zweifelsfrei bestimmbar sein.<sup>11</sup> Zwar enthält schon der Beginn des Angebotstextes die Formulierung „ganzes Leben“, die auch das gesamte Vermögen erfasst; hierin liegt aber unter Berücksichtigung von §§ 133, 157 BGB ersichtlich nur ein Blickfang, ohne dass sich U insoweit rechtlich binden wollte (ein anderes Ergebnis ist bei entsprechender Begründung vertretbar). Maßgeblich ist daher der weitere Angebotstext, in dem die Vermögensgegenstände einzeln aufgezählt waren. Zwar lässt sich nicht ausschließen,

<sup>3</sup> BGH NJW 2005, 53 (54) – „eBay“; *Spindler/Nink*, DRiZ 2007, 193 sehen zusätzlich eine aufschiebende Bedingung, die *Heiderhoff*, ZIP 2006, 795 ablehnt.

<sup>4</sup> *Leible/Sosnitzka-Hoffmann*, Versteigerungen im Internet, 2004, Rn. 152.

<sup>5</sup> *Lampert*, JA 2000, 630.

<sup>6</sup> *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 145 Rn. 4.

<sup>7</sup> BGH NJW 2002, 363 (364) – „ricardo.de“ – verneinte eine Willenserklärung sogar bei ausdrücklichem, nach Zeitablauf per E-Mail erklärtem „Zuschlag“ durch die Auktionsplattform.

<sup>8</sup> Ähnliche Zweifel bei *Kramer* (Fn. 6), § 156 Rn. 3: § 156 BGB ist abdingbar, folglich könnten Online-Auktionen auch ohne Zuschlag Versteigerungen sein; einzig konsequent sei daher, § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB zu streichen.

<sup>9</sup> Zu weiteren Problemen beim Vertragsschluss durch Onlineauktion vgl. den Übungsfall *Deutsch*, JA 2006, 346.

<sup>10</sup> *Klöckner*, DB 2008, 1083; *Wufka*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 311b Abs. 3 Rn. 9; a.A. *Knieper*, MDR 1970, 979 (980 f.).

<sup>11</sup> BGHZ 25, 1 (4); *Kanzleiter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 311b Rn. 103.

dass U einzelne Gegenstände nicht aufgelistet hat, wodurch er seiner Behauptung widerspräche, in bloßen Kleidern das Haus verlassen zu wollen. Andererseits gehörte auch diese Behauptung zur effektheischenden Einleitung, für die kein Rechtsbindungswille des U angenommen werden kann. Damit waren die einzelnen Gegenstände der Versteigerung durch ihre Benennung hinreichend bestimmt. Nach h.M. hätte sogar die Verwendung eines Sachinbegriffs genügt;<sup>12</sup> insbesondere seien die von der Gesamtbezeichnung „Hausstand“ erfassten Einzelgegenstände ohne Weiteres bestimmbar.<sup>13</sup> Umstritten ist das nur für die beim Unternehmenskauf üblichen sog. *catch all* (Auffang-)Klauseln, nach denen der Vertrag sogar überhaupt nicht erwähnte Bestandteile des Unternehmens umfassen soll.<sup>14</sup>

#### bb) Rechtliche Behandlung des Angebots

U hat sich also nach dem Wortlaut seines Angebots nicht über sein gegenwärtiges Vermögen, sondern nur über die aufgezählten Einzelsachen verpflichtet. Indessen bildeten diese Einzelsachen in der Summe sein gesamtes Vermögen. Fraglich ist, ob § 311b Abs. 3 BGB auch für diesen Fall die Beachtung der notariellen Form verlangt.

Dagegen spricht, dass das Vermögen immerhin nicht „in Bausch und Bogen“<sup>15</sup> übertragen werden sollte; ungeachtet der Summe der Vertragsgegenstände und ihres Wertverhältnisses zum Gesamtvermögen des Verpflichteten liegt *qualitativ* eine Einigung über detailliert aufgezählte Einzelstücke vor. Deshalb könnte die notarielle Form entbehrlich sein (sog. Gesamttheorie).<sup>16</sup> Andererseits lässt sich bestreiten, dass der Wille der Parteien, formal nicht über das gesamte Vermögen kontrahieren zu wollen, zur Abgrenzung taugt, wenn nach dem Summenvergleich aller Vertragsgegenstände mit dem Schuldnervermögen eine Verpflichtung über das gesamte Vermögen *quantitativ* vorliegt; die Form des § 311b Abs. 3 BGB könnte daher auch in diesem Fall erforderlich sein (sog. Einzeltheorie).<sup>17</sup>

#### cc) Stellungnahme

Die möglichen Lösungswege führen zu verschiedenen Ergebnissen; eine Entscheidung ist erforderlich. Da das „gegenwärtige Vermögen“ sowohl *quantitativ* als auch *qualitativ*

bestimmt werden kann, ist die Frage nicht allein mit dem Wortlaut von § 311b Abs. 3 BGB zu entscheiden.

Systematisch sind zunächst die ähnlich lautenden § 419 BGB a.F. („Vermögens eines anderen“) und § 1365 Abs. 1 BGB („Vermögen als Ganzes“) zu berücksichtigen, die vorrangig Dritte schützen (Gläubiger in § 419 BGB a.F.,<sup>18</sup> Ehegatten und Lebensgrundlage der Familie in § 1365 BGB<sup>19</sup>) und deren Auslegung überwiegend zur sog. Einzeltheorie führt.<sup>20</sup> Ebenso ließe sich systematisch auf § 1822 Nr. 1 BGB („Vermögen im Ganzen“) abstellen, der vorrangig den Verfügenden schützt und bei dessen Auslegung folgerichtig die sog. Gesamttheorie überwiegt.<sup>21</sup> Mithin lassen sich durchschlagende systematische Argumente nicht finden, ohne den Zweck von § 311b Abs. 3 BGB – Dritt- oder Selbstschutz? – zu berücksichtigen (sog. teleologische Auslegung).

Der Formzwang des § 311b Abs. 3 BGB erfüllt drei Zwecke: Rechtssicherheit, Übereilungsschutz bei inhaltsschweren und schwer überschaubaren Geschäften und Umgehungsschutz hinsichtlich erbrechtlicher Formvorschriften.<sup>22</sup> Letzteres kann vorliegend außer Betracht bleiben. Auch der Rechtssicherheit ist durch die öffentlich zugängliche Angebotsseite des M wohl genügt. Allenfalls der Selbstschutz vor Übereilung könnte eine Beurkundung auch dann gebieten, wenn die Gegenstände der Verpflichtung einzeln aufgezählt sind. Andererseits ist der Verpflichtete gerade dann über den Umfang seiner Verpflichtung orientiert. Die in § 311b Abs. 3 BGB ausgesprochene Warnung vor der Aufgabe der wirtschaftlichen Unabhängigkeit (Verfügungsfreiheit) wirkt überflüssig, wenn der Verpflichtete sein Vermögen schon aufwändig katalogisiert hat, nur um sich davon zu trennen. Immerhin weiß er dann detailliert, was er aufgibt – dass die Verlesung der Liste durch den Notar in diesem Fall noch einen besonderen Warneffekt hat, muss bezweifelt werden.<sup>23</sup> Ebenso wie i.R.v. § 1822 Nr. 1 BGB ist hier deshalb von der sog. Gesamttheorie auszugehen.

#### dd) Zwischenergebnis

Nach der Wertung der Gesamttheorie hat U nicht sein gegenwärtiges Vermögen verkauft. Der Vertrag bedurfte daher nicht nach § 311b Abs. 3 Var. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Wer mit guten Argumenten zu einem anderen Ergebnis gelangt, wird nach § 125 S. 1 BGB die Unwirksamkeit

<sup>12</sup> Wufka (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 10, 16 m.w.N.

<sup>13</sup> RGZ 94, 314 (316) für § 311 BGB a.F., der dem heutigen § 311b Abs. 3 BGB nahezu wortlautgleich entsprach.

<sup>14</sup> Ausführlich Klöckner, DB 2008, 1083 (1088 f.); krit. Heckschen, NZG 2006, 772 (775, 777).

<sup>15</sup> So die vielzitierte Formel aus RGZ 94, 314 (316).

<sup>16</sup> Dafür die h.M.: RGZ 139, 200 (203 f.); 69, 416 (420); BGHZ 43, 174; Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 311b Rn. 66; Wufka (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 10 f.; für den Unternehmenskauf Müller, NZG 2007, 201.

<sup>17</sup> So insb. Grziwotz, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 311b Rn. 91; Knieper, MDR 1970, 979 (980); für den Unternehmenskauf Heckschen, NZG 2006, 772.

<sup>18</sup> Wufka (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 9.

<sup>19</sup> Zu den Schutzzwecken von § 1365 vgl. E. Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2000, § 1365 Rn. 1 f.; schon RGZ 94, 314 (316 f.) widersprach systematischen Vergleichen von § 311b Abs. 3 (damals § 311) mit § 1365 (damals § 1444).

<sup>20</sup> Für § 419: Wufka (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 10; RGZ 139, 200 (203 f.) m.w.N.; BGHZ 43, 174; für § 1365: BGHZ 35, 135; 64, 246 (247); 77, 293 (295); E. Koch (Fn. 19), § 1365 Rn. 10 ff.

<sup>21</sup> BGH FamRZ 1957, 121; Wagenitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2002, § 1822 Rn. 3.

<sup>22</sup> Klöckner, DB 2008, 1083; Kanzleiter (Fn. 11), § 311b Rn. 99; Grziwotz (Fn. 17), § 311b Rn. 88.

<sup>23</sup> Ähnlich auch Klöckner, DB 2008, 1083 (1084).

des Vertrages annehmen können, gelangt aber über § 140 BGB zu der Frage, ob wenigstens mehrere Verträge über die Einzelsachen geschlossen wurden.<sup>24</sup> Dass dazu ein Grundstück gehört, wirft vorbehaltlich § 139 BGB<sup>25</sup> erneut die Formfrage auf.

b) *Formnichtigkeit wegen der Verpflichtung zur Grundstücksübertragung*

Der Vertrag bedurfte aber nach § 311b Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB notarieller Beurkundung, wenn U sich verpflichtet hätte, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Der Angebotstext des U lässt das Grundstück unerwähnt; U bot lediglich sein Haus an. Indessen kann das Haus wegen § 94 Abs. 1 S. 1 BGB nicht Gegenstand selbstständiger Verfügungen sein, der Kaufvertrag ist also nach §§ 133, 157 BGB als Grundstücksverkauf auszulegen. U hat sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der Vertrag bedurfte daher insgesamt<sup>26</sup> notarieller Beurkundung. Diese ist nicht erfolgt. Die Formbedürftigkeit erfasst den gesamten Vertrag, da U und M nicht mehrere Parallelverträge abschließen wollten, sondern einen einheitlichen Vertrag über alle von U angebotenen Sachen, Rechte und sonstigen Gegenstände als Sachgesamtheit. Der Vertrag war also zunächst formnichtig (§ 125 S. 1 BGB).

c) *Heilung durch Vollzug der Eigentumsübertragung*

Die Formnichtigkeit nach §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB könnte gem. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt worden sein. Die dazu erforderliche Auflassung und Eintragung ins Grundbuch sind erfolgt. Da § 311b Abs. 1 S. 2 BGB aber seinem Zweck nach den vollwirksamen Vollzug des Vertrags voraussetzt, bedarf es auch der für Verfügungen nach §§ 873, 925 BGB erforderlichen Berechtigung des Verfügenden. Diese fehlte bei der Beurkundung, da U weder Eigentümer des Grundstücks noch kraft Rechtsgeschäfts oder Gesetzes zur Verfügung befugt war. Indessen wurde der Nichtberechtigte U (§ 185 Abs. 1 BGB) zwischenzeitlich von seinem Sohn D beerbt, die Verfügung könnte deshalb nach § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 3 BGB wirksam geworden sein. Dazu müsste D für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haften. Dies ist nach § 1967 Abs. 1 BGB grundsätzlich der Fall;

<sup>24</sup> Dazu RGZ 61, 284; 137, 324 (350); damit die Umdeutung § 311b Abs. 3 BGB nicht unterläuft, muss eine klare Willensrichtung der Parteien feststellbar sein, vgl. *Grziwotz* (Fn. 17), § 311b Rn. 92; *Wufka* (Fn. 10), § 311b Abs. 3 Rn. 22, 24.

<sup>25</sup> Instruktiv RGZ 61, 284: „Ob [ein nach § 311b Abs. 3 BGB formnichtiger] Vertrag wenigstens insoweit, als er die Übertragung des Grundstückes betrifft, durch Auflassung und Eintragung gültig wird, hängt nach § 139 BGB davon ab, ob anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag insoweit auch allein [...] geschlossen haben würden.“

<sup>26</sup> Vgl. nur *Kanzleiter* (Fn. 11), § 311b Rn. 50 m.w.N in Fn. 172.

Ausnahmen hiervon (§§ 1975, 1990 BGB) sind nicht ersichtlich.<sup>27</sup> Die Auflassung ist damit *ex tunc* wirksam geworden.

Der Formmangel wurde also nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt.

3. *Zwischenergebnis*

Zwischen U und M bestand trotz Formmangels ein vollwirksamer Kaufvertrag.

**II. Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 BGB**

1. *Sachmangel an der Heimkinoanlage im Zeitpunkt des Gefahrübergangs*

Die Heimkinoanlage wäre im Zeitpunkt des Gefahrübergangs – d.h. hier dem Zeitpunkt der Schlüsselübergabe an M – mangelhaft, wenn sie nicht die vereinbarte, vorausgesetzte oder vorhersehbare Beschaffenheit i.S.v. § 434 Abs. 1 BGB hätte. Eine Vereinbarung über die Beschaffenheit der Heimkinoanlage (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) ist nicht bekannt, auch eine im Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB) ist nicht ersichtlich. Die Heimkinoanlage ist aber defekt, mithin nicht für die gewöhnliche Verwendung geeignet (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). M konnte die gewöhnliche Beschaffenheit auch erwarten, folglich war die Heimkinoanlage mangelhaft i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.

2. *Mangel der Einzelsache als Mangel der Sachgesamtheit?*

Fraglich ist, ob der Mangel der Heimkinoanlage als Mangel der Kaufsache anzusehen ist. Kaufsache war hier die aus dem Grundstück und zahlreichen Gegenständen bestehende Sachgesamtheit.

a) *Anwendbarkeit von § 434 BGB auf Sachgesamtheiten*

Der Mangelbegriff des § 434 BGB müsste auf Sachgesamtheiten anwendbar sein. Für Unternehmenskäufe wird vereinzelt vertreten, das Gewährleistungsrecht passe nicht und sei daher unanwendbar;<sup>28</sup> zumindest aber gebe es für Unternehmen keine „gewöhnliche Verwendung“ oder „übliche Beschaffenheit“ i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.<sup>29</sup> Indessen ergibt sich aus dem Wortlaut von §§ 433, 453 BGB nicht, dass Unternehmen anders zu behandeln wären als andere Vermögensgegenstände.<sup>30</sup> Auch ist nicht ersichtlich, dass es für Unternehmen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen oder empirischen Befunden keine übliche Beschaffenheit geben kann. Das gilt über den Fall des Unternehmenskaufs hinaus auch für andere Sachgesamtheiten; auch hier ist eine gesetzesnah differenzierende Lösung pauschalen Bewertungen vorzuziehen.

<sup>27</sup> Beschränkbarkeit der Erbenhaftung würde genügen, so *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 185 Rn. 71.

<sup>28</sup> *Huber*, AcP 202 (2002), 179 (223 ff.).

<sup>29</sup> *Huber*, AcP 202 (2002), 179, (212 f.); *Weitnauer*, NJW 2002, 2511 (2514); *Kindl*, WM 2003, 412.

<sup>30</sup> So auch die h.M., vgl. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 Rn. 23 m.w.N. in Fn. 26.

b) „Durchschlagen“ des Mangels der Einzelsache als Voraussetzung?

aa) Position des BGH

Für den Unternehmenskauf verlangte der BGH nach altem Schuldrecht ein „Durchschlagen“ des Mangels, indem der Mangel die wirtschaftliche Grundlage des Unternehmens berührt oder in dessen sachlichem Substrat eine nicht unwesentliche Abweichung vom vertraglich vorausgesetzten Zustand herbeiführt.<sup>31</sup> Das neuere Schrifttum setzt diese Judikatur teilweise fort; der Mangel müsse sich auf die Funktionsfähigkeit des Unternehmens auswirken – fehlt es daran, liege kein Mangel der Sachgesamtheit vor.<sup>32</sup>

bb) Position der abweichenden Literatur

Eine andere Ansicht weist auf den Wegfall von § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. hin, wonach Mängelgewährleistungsrechte stets eine nicht „unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit“ voraussetzen. Die BGH-Rechtsprechung sei im Lichte dieser Norm zu sehen, ein „Durchschlagen“ des Mangels sei nach neuem Recht nicht mehr erforderlich.<sup>33</sup> Danach wäre jeder Mangel im Sachsubstrat auch ein Mangel der Sachgesamtheit.

cc) Vermittelnde Position

Namentlich *Canaris* bemüht sich um eine Präzisierung der Fragestellung und vermittelt wie folgt: Das Erfordernis des „Durchschlagens“ war entgegen missverständlicher Formulierungen schon früher keine zusätzliche Voraussetzung, sondern eine bildliche Konkretisierung von § 434 BGB. Folglich schlage ein Mangel der Einzelsache immer dann auf die Sachgesamtheit „durch“, wenn er bei Sachgesamtheiten der betreffenden Art unüblich sei.<sup>34</sup> Danach ist § 434 BGB also schlicht anzuwenden; ein Mangel läge vor, wenn der Sachgesamtheit selbst die vereinbarte, vorausgesetzte oder vorhersehbare Beschaffenheit fehlte.

dd) Stellungnahme

Die Ansicht von *Canaris* ist mit dem gesetzlichen Wortlaut am besten vereinbar. Kaufsache ist die Sachgesamtheit, folglich kann auch die Feststellung eines Mangels ausschließlich mit Blick auf die Sachgesamtheit erfolgen. Eines zusätzlichen „Durchschlagens“ bedarf es nicht.

c) Mangel der Sachgesamtheit

Damit bleibt zu fragen, ob die Sachgesamtheit einen Mangel i.S.v. § 434 Abs. 1 BGB aufwies. Es könnte am Vorliegen einer üblichen Beschaffenheit i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB fehlen. Zwar ist fraglich, ob es für einen derart einzigartigen Kaufgegenstand wie den vorliegenden eine übliche

Beschaffenheit i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB überhaupt gibt. Allerdings bildet das Wohnhaus des U ersichtlich den Hauptteil der Sachgesamtheit, daher kann man sachgerecht auf die übliche Beschaffenheit von Wohnhäusern abstellen. Zu fragen ist daher, ob in Wohnhäusern dieser Preiskategorie eine mangelfreie Heimkinoanlage üblich und zu erwarten ist. Dafür spricht, dass Heimkinoanlagen in zahlreichen Ausführungen erhältlich sind und dass zumindest eine einfache Multimedia-Ausstattung in einem voll eingerichteten Wohnhaus erwartet werden darf. Dagegen spricht, dass gerade eine exquisite Heimkinoanlage ein Liebhaber- bzw. Luxusartikel ist, der nicht ohne Weiteres zur üblichen Ausstattung gehört. Ihre Funktionsuntüchtigkeit begründet deshalb keinen Mangel der Sachgesamtheit.

Hilfsgutachtlich: Wer einen Mangel bejaht, muss § 323 Abs. 5 S. 2 BGB prüfen. Zur Bestimmung dessen, was „erheblich“ i.S.d. Norm ist, greift ein Teil der Literatur auf die „erhebliche Beeinträchtigung“ i.S.v. § 651e BGB zurück, die in der Rechtspraxis einen Minderwert von 20% bis 50% erfordert.<sup>35</sup> Da auch nicht ersichtlich ist, dass M auf die Heimkinoanlage besonders großen Wert gelegt hätte, wird seinem Äquivalenzinteresse durch § 441 BGB ausreichend Rechnung getragen, ohne dass es der Rückabwicklung des gesamten Vertrags bedürfte. Der Mangel wäre deshalb unerheblich i.S.v. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.

d) Zwischenergebnis

Die Heimkinoanlage war bei Gefahrübergang mangelhaft i.S.v. § 434 BGB – nicht indessen nach der hier vertretenen Auffassung die kaufgegenständliche Sachgesamtheit als solche. Ein Rücktrittsrecht „vom ganzen Vertrag“ (§ 323 Abs. 5 S. 1 BGB) steht M allein wegen der Mangelhaftigkeit der Heimkinoanlage daher nicht zu. Allenfalls könnte M insoweit einen Teilrücktritt erklären.<sup>36</sup>

### III. Rücktrittsrecht nach § 323 BGB wegen Nichtübereignung des Hausgrundstücks?

M könnte unter den Voraussetzungen des § 323 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn U seiner Pflicht zur Einräumung des Eigentums gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht nachgekommen wäre. Dies ist hinsichtlich des verkauften Hausgrundstücks fraglich. Im Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch wurde M zwar noch nicht Eigentümer des Grundstücks. Jedoch ist er es gemäß § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 3 BGB dadurch geworden, dass U von D beerbt wurde (siehe oben unter I.1.b.cc).

### IV. Gesamtergebnis zur ersten Frage

M hat kein Recht zum Rücktritt vom gesamten Vertrag.

<sup>31</sup> BGH WM 1970, 819 (821); NJW 1979, 33.

<sup>32</sup> *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 453 Rn. 27.

<sup>33</sup> *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411 (414 f.).

<sup>34</sup> *Canaris* (Fn. 30), § 8 Rn. 37; vgl. auch *Westermann* (Fn. 32), § 453 Rn. 28.

<sup>35</sup> *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 243.

<sup>36</sup> Dazu *Ernst* (Fn. 35), § 323 Rn. 201 f., 256; *Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 453 Rn. 59 ff.

**Lösungsvorschlag zur zweiten Frage:**

Ein Anspruch der J gegen M auf die Leistung versprochener Dienste setzt einen Dienstvertrag i.S.v. § 611 Abs. 1 BGB zwischen ihr und M voraus. Ein Vertragsschluss zwischen M und J ist nicht erfolgt, aber M könnte die Schuld des U aus dessen Dienstvertrag mit J übernommen haben, § 415 Abs. 1 BGB.

**A. Schuldübernahme, § 415 Abs. 1 S. 1 BGB**

Indessen ist fraglich, ob M und U sich tatsächlich i.S.v. § 415 Abs. 1 S. 1 BGB einigen wollten. Das lässt sich nur durch Auslegung der vertraglichen Einigung feststellen, §§ 133, 157 BGB. Nach der vertraglichen Einigung sollte M den „Job“ übernehmen. Dazu gehört nicht nur die Pflicht zur Leistung der versprochenen Dienste, sondern auch der Anspruch auf Vergütung. Der Wortlaut spricht daher gegen die Annahme einer bloßen Schuldübernahme.

Zwar könnte M den Anspruch auf Vergütung durch eine konkludente Vorausabtretung (§§ 398, 158 S. 1 BGB) seitens U erlangt haben; dadurch liefe er aber doch wieder Gefahr, dass er bei Unwirksamkeit der Abtretung zur Dienstleistung verpflichtet wäre, ohne eine Vergütung zu erhalten. Auch belässt die Schuldübernahme alle Gestaltungsrechte aus dem Vertrag, also insbesondere das Recht zur Kündigung, beim Altschuldner.<sup>37</sup> Der Abschluss zwei getrennter Geschäfte entsprach daher nicht dem erkennbaren Willen der Parteien.<sup>38</sup>

**B. Vertragsübernahme, § 415 BGB analog***1. Einigung, § 311 BGB*

Statt einer Schuldübernahme könnten U und M aber eine Übernahme des gesamten Vertrags vereinbart haben (§ 311 Abs. 1 Var. 2 BGB). Die Zulässigkeit einer solchen Vertragsübernahme wird durch § 309 Nr. 10 BGB und arg e § 613a Abs. 1 S. 1 BGB vorausgesetzt; im Übrigen ist er von der Privatautonomie der Parteien gedeckt.<sup>39</sup> Nach dem bereits Gesagten kann die Einigung von U und M so ausgelegt werden, dass M in die gesamte Vertragsstellung des U gegenüber J eintreten sollte. Das ist – auch im Bereich des Arbeitsrechts – formfrei möglich.<sup>40</sup> Fraglich ist nur, ob die zusätzlichen Voraussetzungen des § 415 BGB vorliegen müssen. Das wäre der Fall, wenn § 415 BGB analog anwendbar wäre.

<sup>37</sup> Pöggeler, JA 1995, 641 (643); Möschel, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor § 414 Rn. 7 f.; a.A. Busche, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, Vor § 398 Rn. 200; Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 398 Rn. 5.

<sup>38</sup> A.A. mit guten Argumenten vertretbar; es sollte aber deutlich werden, dass die Möglichkeit einer Vertragsübernahme erkannt wurde.

<sup>39</sup> Systematische Darstellung der Vertragsübernahme bei Pöggeler, JA 1995, 641.

<sup>40</sup> So ausdr. BAG NJW 1973, 822 (823) für den Arbeitgeberwechsel durch Vertragsübernahme.

*2. Analoge Anwendbarkeit des § 415 BGB*

Die analoge Anwendbarkeit setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus. An einer Regelungslücke könnte es deshalb fehlen, weil der Erfolg einer Vertragsübernahme durch mehrere Einzelgeschäfte nach §§ 398, 414 f. BGB herbeigeführt werden kann. Begriffe man die Vertragsübernahme als bloße Bündelung von Abtretungen und Schuldübernahmen,<sup>41</sup> wäre § 415 BGB auf die darin enthaltenen Schuldübernahmen ohne Weiteres direkt anwendbar; eine Regelungslücke bestünde nicht.

Dagegen spricht aber der Wille der Parteien, einen vollständigen Subjektwechsel herbeizuführen und insbesondere auch die Gestaltungsrechte übergehen zu lassen (s.o.);<sup>42</sup> damit handelt es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft, das im BGB nicht geregelt ist.<sup>43</sup> Der historische Gesetzgeber hatte diesen Vertragstyp nicht vorausgesehen, daher ist die Regelungslücke auch planwidrig. Die vergleichbare Interessenlage ergibt sich daraus, dass die Vertragsübernahme lediglich ein qualitatives plus zur Schuldübernahme darstellt; das zum Schutz des Gläubigers normierte Zustimmungserfordernis muss daher auch (bzw. erst recht) bei der Vertragsübernahme beachtet werden.

*3. Voraussetzungen analog § 415 BGB*

§ 415 Abs. 1 S. 1 BGB setzt die Genehmigung des Gläubigers, hier J, voraus. Eine Genehmigung, also die nachträgliche Zustimmung i.S.v. § 184 Abs. 1 BGB, wäre aber nach allgemeinen Grundsätzen entbehrlich, wenn J eingewilligt hätte.<sup>44</sup>

*a) Einwilligung*

Eine Einwilligung (§ 183 BGB) könnte in dem vor Beginn der Auktion bekundeten Einverständnis der J zu sehen sein. Dagegen ist zum einen nicht ersichtlich, ob diese nur von U behauptete Erklärung überhaupt abgegeben wurde. Zum anderen hat J keinerlei materiellen Vorteil aus einer etwaigen vorab erklärten Zustimmung; dass sie trotzdem das Risiko eingehen wollte, ihren Vertragspartner U gegen einen unzuverlässigeren Dritten auszutauschen, ist sehr fraglich. Schließlich handelt es sich bei der arbeitsvertraglichen Verpflichtung des U um eine höchstpersönliche Schuld (§ 613 S. 1 BGB); daher kann nach §§ 133, 157 BGB kein rechtlich verbindlicher Wille der J angenommen werden, den Vertrag mit einem ihr völlig Unbekannten fortzusetzen.

Eine Einwilligung lag daher nicht vor.

*b) Genehmigung*

Damit kommt es auf die Genehmigung der J als Gläubigerin des Anspruchs auf Arbeitsleistung an. Diese kann analog § 415 Abs. 1 S. 2 BGB erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Vertragsübernahme mitge-

<sup>41</sup> So BGH NJW 1961, 453 (454).

<sup>42</sup> Vgl. Möschel (Fn. 37), Vor § 414 Rn. 8

<sup>43</sup> So auch Grüneberg (Fn. 16), § 398 Rn. 38a; Ficker, AcP 165 (1965), 32 (35); E. Wagner, JuS 1997, 690 (692).

<sup>44</sup> Möschel (Fn. 37), § 415 Rn. 9.

teilt haben. Sinn der Norm ist es, Schuldner und Übernehmer bis zur Genehmigung des Übernahmevertrages dessen Änderung oder Aufhebung offen zu halten (§ 415 Abs. 1 S. 3 BGB); anderweitige Kenntniserlangung genügt deshalb nicht.<sup>45</sup>

U hatte J die Vertragsübernahme mitgeteilt. In der Aufforderung der J gegenüber M kann eine konkludente Genehmigung gesehen werden, die analog § 415 Abs. 1 S. 2 BGB nach der Mitteilung durch U erfolgte; M ist nach § 182 Abs. 1 BGB richtiger Erklärungsempfänger.

#### c) Rechtsfolge

Fraglich ist aber, welche Rechtsfolgen diese Genehmigung zeitigt. Das hängt davon ab, in welchem Verhältnis § 414 BGB und § 415 BGB zueinander stehen.

##### aa) Verfügungstheorie

Die zwischen Schuldner und Übernehmer vereinbarte Schuldübernahme i.S.v. § 415 BGB könnte ein eigenständiges Verfügungsgeschäft darstellen, das von der zwischen Gläubiger und Übernehmer vereinbarten Schuldübernahme nach § 414 BGB unabhängig ist (sog. Verfügungstheorie)<sup>46</sup>. Dann hätten U und M als Nichtberechtigte über die arbeitsvertragliche Forderung der J verfügt; durch die Genehmigung der J wäre die Verfügung nach § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB wirksam geworden – und zwar rückwirkend gem. § 184 Abs. 1 BGB. Der Arbeitsvertrag hätte dann nicht wegen § 613 S. 1 BGB durch den Tod des U erlöschen können, sondern wäre übergegangen.

##### bb) Angebotstheorie

Dagegen ließe sich die Eigenständigkeit von § 415 BGB gegenüber § 414 BGB auch leugnen, indem die Mitteilung nach § 415 Abs. 1 S. 2 BGB nur als Vertragsangebot einer Schuldübernahme i.S.v. § 414 BGB aufgefasst würde (sog. Angebotstheorie)<sup>47</sup>. Ein solches Angebot könnte J durch ihre „Genehmigung“ nur ex nunc und nur gegenüber dem Antragsenden annehmen. Da mit dem Tod des U das Arbeitsverhältnis nach § 613 S. 1 BGB erloschen und die Vertragsübernahme gegenstandslos geworden wäre, hätte eine Genehmigung daher nur zu Lebzeiten des U erfolgen können; die Aufforderung an M nach dem Tod des U hätte keine Rechtsfolgen.

##### cc) Stellungnahme

Die verschiedenen Deutungen führen zu verschiedenen Ergebnissen, daher ist eine Entscheidung erforderlich. Der Wortlaut von § 415 Abs. 1 S. 2 BGB bezieht sich auf eine „Genehmigung“. Nach dem natürlichen Sprachgebrauch kann

nur etwas genehmigt werden, das bereits vorhanden ist.<sup>48</sup> Die Vertragsannahme, die den Vertrag erst herbeiführt, ist daher vom Wortlaut eindeutig nicht erfasst. Ein eindeutiger Wortlaut erlaubt keine Auslegung (*de claris non fit interpretatio*).<sup>49</sup> Hielte man den Wortlaut nicht für eindeutig, bliebe insbesondere in systematischer Hinsicht zu erörtern, dass die Genehmigung in § 184 Abs. 1 BGB als „nachträgliche Zustimmung“ legaldefiniert ist, die Vertragsannahme dagegen in § 147 BGB eine eigene Regelung gefunden hat. Der historische Gesetzgeber lehnte die Angebotstheorie ausdrücklich ab.<sup>50</sup>

Im Übrigen sind keine Gründe für eine Extension der Norm über ihren Wortlaut hinaus ersichtlich. Damit ist der ersten Lesart beizupflichten; die Genehmigung der J wirkte auf den Zeitpunkt der Vertragsübernahme zurück.

##### dd) Zwischenergebnis

Rechtsfolge der von J erklärten Genehmigung ist die Wirksamkeit der Vertragsübernahme.

Man könnte allenfalls noch erwägen, dass dieses Ergebnis mit dem höchstpersönlichen Wesen des Arbeitsvertrags unvereinbar ist; indessen sind die zugrundeliegenden Interessen aller Beteiligten gewahrt – auch die des M, der das Arbeitsverhältnis zu denselben Bedingungen kündigen kann wie U vor seinem Tod.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Vertragsübernahme zwischen U und M ist analog § 415 Abs. 1 BGB wirksam geworden. M ist in den Arbeitsvertrag mit J eingetreten und der Vertrag nicht durch den Tod des U erloschen.

### C. Ergebnis

J hat gegen M einen Anspruch gem. § 611 Abs. 1 BGB darauf, dass er zur Arbeit erscheint.

<sup>45</sup> Möschel (Fn. 37), § 415 Rn. 10.

<sup>46</sup> So das Verständnis der h.M., vgl. RGZ 63, 42 (46); 134, 185 (187); Grüneberg (Fn. 16), § 415 Rn. 1; Möschel (Fn. 37), § 415 Rn. 1.

<sup>47</sup> Dazu Möschel (Fn. 37), § 415 Rn. 2 m.w.N.

<sup>48</sup> Duden Bd. 10/12: Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2002, S. 412: „die Ausführung, Verwirklichung einer Absicht [...] gestatten“; das Vorhandensein einer Absicht ist folglich vorausgesetzt.

<sup>49</sup> So z.B. ausdrücklich BVerfGE 1, 263, 264; anders Busche (Fn. 37), § 133 Rn. 50.

<sup>50</sup> Mot. II 144 f.; Prot. I 405 f., 410 f.