

Stud. jur.  
Nadine Zipperle  
Rotlintstr.22  
60316 Frankfurt  
Matrikelnr.2603285  
Fachsemester: 6

Frankfurt am Main, den 29.06.2004

Studienarbeit im Rahmen des Seminars zum jüdischen Recht

**Der Kauf im jüdischen Recht im Vergleich zur heutigen  
Rechtsauffassung**

bei Herrn Dr. Miller im Sommersemester 2004.

## **Inhaltsverzeichnis:**

<b>I. BEGRIFF .....</b>	<b>1</b>
<b>II. DER KAUF IN DER BIBEL.....</b>	<b>2</b>
1. Der Mobilienkauf im alten Testament .....	2
2. Der Immobilienkauf im alten Testament .....	2
3. Der Sklavenkauf im alten Testament .....	3
4. Der „Brautkauf“ im alten Testament.....	3
<b>III. ALLGEMEINE WIRKSAMKEITSVORAUSSETZUNGEN DES KAUFES .....</b>	<b>3</b>
1. Rechtsfähigkeit der Kaufvertragsparteien als Wirksamkeitsvoraussetzung .....	3
2. Handlungsfähigkeit der Kaufvertragsparteien als Wirksamkeitsvoraussetzung .....	4
a. Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger .....	4
(1) Minderjährige unter 6 Jahren ohne Vormund: .....	4
(2) Minderjährige über 6 Jahren ohne Vormund: .....	5
b. Die Geschäftsfähigkeit Unzurechnungsfähiger .....	5
(1) dauerhaft erkrankte Personen.....	5
(2) vorübergehend erkrankte Personen .....	5
c. Die Geschäftsfähigkeit Taubstummer .....	6
<b>IV. ZUSTANDEKOMMEN DES KAUFVERTRAGES .....</b>	<b>6</b>
<b>V. STELLVERTRETUNG.....</b>	<b>7</b>
Erlöschen der Vollmacht .....	8
<b>VI. BOTE.....</b>	<b>9</b>
<b>VII. KAUFGEGENSTAND .....</b>	<b>9</b>
<b>VIII. KAUFPREIS.....</b>	<b>10</b>
<b>IX. WESENTLICHE VERTRAGSPFLICHTEN.....</b>	<b>11</b>
1. Vertragspflichten des Verkäufers.....	11
2. Vertragspflichten des Käufers .....	11
<b>X. GEFahrTRAGUNG .....</b>	<b>12</b>
<b>XI. GEWÄHRLEISTUNG .....</b>	<b>12</b>
Haftung des Verkäufers wegen Mängel .....	12
1. Haftung des Verkäufers wegen Sachmangels .....	13
2. Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmangels .....	13

<b>XII. BEDINGUNG ALS NEBENABREDE BEIM KAUF .....</b>	<b>13</b>
1. Aufschiebende Bedingung .....	14
2. Auflösende Bedingung .....	14
<b>XIII. IRRTUM.....</b>	<b>15</b>
1. Irrtum im Beweggrund (Motivirrtum).....	15
2. Irrtum hinsichtlich des Wesens der Kaufsache .....	16
3. Irrtum hinsichtlich der Qualität der Kaufsache .....	16
4. Irrtum hinsichtlich der Mängel der Kaufsache.....	16
5. Irrtum hinsichtlich Maß, Gewicht und Zahl oder den entsprechenden Kaufbetrag .....	16
a. Irrtum bei der Willensäußerung .....	17
b. Irrtum bei der Willensbildung .....	17
<b>XIV. ZWANG.....</b>	<b>17</b>
<b>XV. RÜCKTRITT .....</b>	<b>18</b>

## **Literaturverzeichnis:**

- Alpmann-Schmidt, Brockhaus (Hrsg.)      Alpmann Brockhaus Fachlexikon Recht, Mannheim, 2004.
- Brox, Hans      Allgemeiner Teil des BGB, 24. Auflage, München, 2000.
- Brüggemeier, Gert      Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, WM 2002 S.1376-1387.
- Cohn, Marcus (Hrsg.)      Wörterbuch des jüdischen Rechts, Königstein, Neudruck 1980 der im "Jüdischen Lexikon" (1927-1930) erschienenen Beiträge zum jüdischen Recht.
- Erlar, Adalbert / Kaufmann, Ekkehard/  
Stammler, Wolfgang (Hrsg.)      Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, zweiter Band, Berlin, 1990.
- Fassel, Hirsch Baer      Das Mosaisch-Rabbinische Zivilrecht, Verlag J. Markbreiter, zweiter Band, Neudruck, Groß Kanischa, 1981.
- Herlitz, Georg /Kirschner, Bruno      Jüdisches Lexikon, 2. Auflage, Königstein, 1987.
- Klatzkin, Jakob. (Hrsg.)      Encyclopaedia Judaica  
Das Judentum in der Geschichte und der Gegenwart, neunter Band, Berlin, 1930.
- Mayer-Maly, Theo      Römisches Recht, 2. Auflage, Wien, 1999.
- Reicke, Bo/ Rost Leonhard.      Biblisch-historisches Handwörterbuch, Göttingen, 1997.
- Rüthers, Bernd/ Stadler, Astrid      Allgemeiner Teil des BGB, 13. Auflage, München, 2003.

## I. Begriff

Der Begriff des Kaufes ist ein allgemeiner Ausdruck der Umgangssprache für das Umsatzgeschäft Ware gegen Geld, von der Seite des Erwerbers aus gesehen. Das Gegenstück zum Kauf ist der Verkauf. Gegenstand eines Kaufes ist das Kaufgut, also das durch Rechtsgeschäft erworbene Gut.

Die Römer nannten den Kauf „emptio venditio“. Ist die Gegenleistung für eine Sache wiederum eine Sache, so liegt nicht ein Kauf, sondern ein Tausch (lat. permutatio) vor (*Theo Mayer-Maly, Römisches Recht, S. 133*).

Der Kauf ist die häufigste Art der Güterüberführung vom Rechtsbereich einer Person in den einer anderen. Der Kauf ist daher „in der Praxis die wirtschaftlich bedeutendste Vertragsform zum Austausch von Wirtschaftsgütern“ (Fachlexikon Recht, S. 756).

Dem Kauf kam daher im jüdischen Recht eine Vorbildfunktion für die allgemeinen Rechtsbestimmungen, sowie für die Eigentums- und Besitzübertragung im Besonderen zu, und erfuhr als Prototyp der Rechtsgeschäfte in der Halacha eine minutiöse Bearbeitung (*Encyclopaedia Judaica, Bd. 9, „Kauf“*).

Der Kauf ist nach jüdischer wie nach heutiger Rechtsauffassung ein zweiseitig verpflichtender Vertrag (Cohn, „Vertrag“).

Die deutsche Privatrechtsdogmatik versteht unter Kauf einschränkend nur das obligatorische Rechtsgeschäft - vgl. §§ 433 ff., 2371 ff. BGB; §§ 373 ff. HGB- unter Ausschluss der abstrahierten Erfüllungsgeschäfte und Erfüllungshandlungen, sog. Abstraktionsprinzip (Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, „Kauf“). Der rein obligatorische Charakter des Kaufvertrages nach heutigem Recht kommt darin zum Ausdruck, dass er wirksam ist sobald sich die Vertragsparteien über Ware und Preis geeinigt haben. Der Kaufvertrag wird also wirksam, ohne dass eine der Kaufvertragsparteien geleistet haben muss.

Im Gegensatz dazu entsteht nach jüdischem Recht ein wirksamer Kaufvertrag erst durch die dingliche Übertragung. Nur eine solche dingliche Übertragung der Kaufsache ist dazu geeignet obligatorische Verpflichtungen zwischen Käufer und Verkäufer entstehen zu lassen. Der Kauf steht und fällt also mit der Vornahme des Erwerbsaktes. Zuvor besteht zwischen den vertragsschließenden Parteien allenfalls eine moralische Bindung. (*Jüdisches Lexikon, Band III, „Kauf“*). Als die Distanzen größer wurden entstand die Notwendigkeit Kaufverträge auch ohne dingliche Übertragung in Kraft treten zu lassen, um den wirtschaftlichen Verkehr nach Möglichkeit zu erleichtern. Dieses Bedürfnis wurde gestillt, indem Kaufverträge fortan auch durch die Erwerbsform des symbolischen Mantelgriffes begründet werden konnten. Dieser Erwerbsakt ist ein fiktiver Realvertrag mit Eigentumsübertragung und Begründung obligatorischer Pflichten durch einen rein symbolischen Erwerbsakt. Dabei übertrug die eine Vertragspartei der anderen ein Stück eines Mantels. Auf diese Gepflogenheit lässt sich letztendlich der Ausdruck "Mantelgriff" zurückführen. Der Mantelgriff findet auf den Kauf von Mobilien sowie Immobilien Anwendung (*Jüdisches Lexikon, Bd. III, „Kinjan“*).

*„Dieser Mantelgriff (...) besteht darin, dass der Erwerber dem Übereigner eine Sache mit der Formel übergibt: "Erwirb dies als Tausch für die Sache X, die du mir überträgst." Sobald der Übereigner die Sache an sich gezogen hat, geht das zu übertragende Objekt ohne weiteres in das Eigentum des Erwerbers über, gleichviel, wo*

*es sich befindet. Zu diesem Akt sind keine Zeugen notwendig. Die Sache braucht keinen Wert zu repräsentieren“ (Jüdisches Lexikon, Bd. III, S.706).*

## **II. Der Kauf in der Bibel**

In älteren biblischen Perioden war der Kauf bereits eine gängige Erwerbsform. So konnten Mobilien, Immobilien sowie Sklaven durch Geld respektive Silber erworben werden (Encyclopaedia Judaica, Bd. 9, „Kauf“, S. 1090). *„Da Münzen erst in pers. Zeit aufkamen, kaufte man in der Regel mit abgewogenem Silber. Die Einführung geprägter Münzen hat sich für den Käufer als vorteilhaft erwiesen, weil nunmehr das Wiegen des Silbers wegfiel“ (Bibl.-Histor. Handwörterbuch, Bd. II, „Kauf“).* In der biblischen Gesetzgebung finden sich zahlreiche Textstellen, die den Kauf zum Gegenstand haben. So musste der Kauf hinsichtlich des Maßes und Gewichts stets redlich sein (Deut. 25, 13 ff.).

### **1. Der Mobilienkauf im alten Testament**

Sachwerte wie Nahrungsmittel kaufte man im Tore der Stadt. Am Sabbat und Neumond sollten keine Käufe getätigt werden (Bibl.-Histor. Handwörterbuch, Bd. II, „Kauf“). Als Ägypten unter Zinsknechtschaft stand, kauften Ägypter bei Josef Getreide, bis ihr gesamtes Geld verbraucht war (Gen. 47, 14 ff.).

### **2. Der Immobilienkauf im alten Testament**

Der Grundstücksverkauf unterlag bereits in biblischer Zeit besonderen Förmlichkeiten, deren Zweck es war eine Bekanntgabe an die Öffentlichkeit zu gewährleisten. So kaufte z.B. Abraham öffentlich die Höhle Machpela zum Preis von vierhundert Silberstücken. (Gen. 23, 7 ff.). Beim „Ackerkauf von Anatot“ im Lande Benjamin wurde ein Kaufbrief, der versiegelt wurde, mit einer offenen Abschrift hergestellt, Zeugen unterschrieben den Kaufbrief als Beglaubigung (Jr. 32, 10f.).

Ein Grundstücksverkauf war nur bis zum 50. Jahr rechtsgültig, sog. Jubeljahr. Der Verkaufspreis richtete sich dabei nach den Erntejahren, die bis zum Jubeljahr verblieben (Lev. 25, 15). Außerdem unterlag der Grundstücksverkauf dem Vorbehalt des Rechtes der Wiedereinlösung (Lev. 25, 23). Danach konnte das Grundstück jederzeit zu seinem Kaufpreis abzüglich der bereits gezogenen Früchte ausgelöst werden (Lev. 25, 27). Die Wiedereinlösung durfte auch durch Verwandte erfolgen (Lev. 25, 25). Für städtische Wohnhäuser war die Wiedereinlösung nur binnen Jahresfrist möglich (Lev. 25, 29). Verstreicht das Jahr ohne Wiedereinlösung, so fällt das Haus in einer ummauerten Stadt als dauerndes Eigentum für alle Geschlechter an den Käufer ohne im Jubeljahr frei zu werden (Lev. 25, 30). Für Wohnhäuser in Levitenstädten gilt ein immer währendes Einlösungsrecht, „denn die Häuser der Levitenstädte sind Erbbesitz inmitten der Söhne israels“ (Lev. 25, 33). Der Verkauf der Ländereien der Leviten war gänzlich untersagt. (Encyclopaedia Judaica, Bd. 9, „Kauf“, S. 1092). Häuser in unummauerten Ortschaften werden zum Feldbesitz gerechnet. „Für sie gilt die Einlösung und sie werden im Jubeljahr frei (Lev. 25, 31).

### **3. Der Sklavenkauf im alten Testament**

Es gab in Israel neben dem im Hause seines Herren geborenen und damit seinem Herren gehörenden auch den „um Geld gekauften Sklaven“; dieser kostete 30 Schekel (Bibl.-Histor. Handwörterbuch, Bd. II, „Kauf“). So hatte Abraham neben hausgeborenen auch Sklaven, die für Geld gekauft waren (Gen.17, 12. 23. 27). Josef wurde für 20 Silberlinge an eine Handelskarawane von Ismaeliten verkauft ( Gen. 37,28). Ein jüdischer Sklave konnte für die Dauer von 6 Jahren gekauft werden (Ex.21,2; Deut. 15,12). Eine andere Bibelstelle geht hingegen von 50 Jahren aus. Menschendiebstahl zum Zwecke des Verkaufs wird mit der Todesstrafe bestraft (Ex. 21, 16; Deut. 24,7). Der Dieb, der das gestohlene Gut nicht ersetzen kann, wird als Sklave verkauft (Ex. 22,2).

### **4. Der „Brautkauf“ im alten Testament**

Die Eheschließung bedeutete den Kauf der Braut (Ex 22,16; Bibl.-Histor. Handwörterbuch, Bd. II, „Kauf“ m.w.N.). Der Kauf der Ehefrau wird durch ein Kaufsymbol fingiert (Cohn, „Fiktion“).

## **III. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen des Kaufes**

### **1. Rechtsfähigkeit der Kaufvertragsparteien als Wirksamkeitsvoraussetzung**

Ein wirksamer Kaufvertrag setzt nach jüdischem Recht und heutiger Rechtsauffassung die Rechtsfähigkeit der vertragsschließenden Parteien voraus. Die Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (Brox, AT, Rn. 655). Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt nach jüdischem wie heutigem Recht mit der Vollendung der Geburt (Cohn „Rechtsfähigkeit“/ § 1 BGB) und endet mit dem Tod (Cohn „Rechtsfähigkeit“/ vgl. § 1922 I BGB). Das Kind im Mutterleib -lat. nasciturus- ist nach beiden Rechtsauffassungen nicht rechtsfähig. Es bleibt dabei nicht ohne jeden zivilrechtlichen Schutz, was sich insbesondere aus erbrechtlichen Vorschriften und aus Schadensersatzansprüchen wegen vorgeburtlicher Schädigung ergibt (Cohn „Rechtsfähigkeit“, Brox, AT, Rn. 658).

Eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit ist nach heutiger Rechtsauffassung nicht möglich, sie kommt jedem Menschen zu (Brox AT Rn.655). Das jüdische Recht lässt hingegen zwei Arten von Beschränkungen erkennen:

(1) Die Frau ist dem Mann auf dem Gebiet des Privatrechts grundsätzlich gleichgestellt. Dieser zivilrechtliche Grundsatz wird u.a. durch das väterliche Recht die minderjährige Tochter verheiraten oder verkaufen zu können eingeschränkt. Ferner gehen mit der Eheschließung Beschränkungen in güterrechtlicher Hinsicht einher (Cohn, „Rechtsfähigkeit“).

(2) Eine weitere Beschränkung ergibt sich quasi von selbst. Da das jüdische Recht auf einem nationalreligiösen Fundament fußt, bezieht sich die Rechtsfähigkeit nach jüdischem Recht nur auf die Angehörigen des jüdischen Bundes. Der außerhalb des jüdischen Bundes Stehende ist daher in seinen Erwerbsmöglichkeiten beschränkt, die Grundsätze des Erwerbsaktes finden bei ihm eine andere Regelung (Cohn, „Rechtsfähigkeit“).

## **2. Handlungsfähigkeit der Kaufvertragsparteien als Wirksamkeitsvoraussetzung**

Weitere Wirksamkeitsvoraussetzung für den Kauf ist neben der Rechtsfähigkeit die Handlungsfähigkeit der Kaufvertragsparteien. Die Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit des Menschen, rechtlich bedeutsame Handlungen vorzunehmen (Brox AT, Rn. 656). Die Handlungsfähigkeit ist im Unterschied zur Rechtsfähigkeit nicht jedem Menschen eigen. Sie steht nur rechtsfähigen Personen zu, die physisch und psychisch in der Lage sind ihren Willen zu äußern (Cohn „Handlungsfähigkeit“). So ist der Säugling oder der Geisteskranke nach heutiger Rechtsauffassung rechtsfähig, nicht aber handlungsfähig.

Nach jüdischem Recht fehlt Minderjährigen, Unzurechnungsfähigen und Taubstummen die Handlungsfähigkeit ganz oder teilweise. Den hebräischen Schuldknechten wurde die Handlungsfähigkeit gänzlich aberkannt. Infolge ihrer Handlungsunfähigkeit sind diese im Allgemeinen von Rechtshandlungen ausgeschlossen (Cohn, „Handlungsfähigkeit“).

Die Handlungsfähigkeit lässt sich begrifflich in die Geschäftsfähigkeit -als die Fähigkeit Rechtsgeschäfte vorzunehmen- einerseits und Deliktsfähigkeit -als die Fähigkeit eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung zu begehen- andererseits untergliedern.

Für den Kauf ist die Geschäftsfähigkeit notwendige Voraussetzung.

### **a. Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger**

Das biblische Recht differenziert bei der Frage nach der Mündigkeit zwischen Jungen und Mädchen. Mädchen müssen die Altersgrenze von 12 Jahren, Jungen die Altersgrenze von 13 Jahren um einen Tag überschreiten. Zusätzlich müssen Anzeichen körperlicher Reife erkennbar sein.

Mädchen sind - insoweit sie die beiden Kriterien erfüllen- zunächst beschränkt geschäftsfähig. Erst nach weiteren sechs Monaten wird ihnen die uneingeschränkte Geschäftsfähigkeit zuerkannt. Frühestens also mit 12 ½ Jahren

Jungen erreichen - insoweit sie die Kriterien erfüllen- ohne weiteres Zuwarten die uneingeschränkte Geschäftsfähigkeit. Frühestens also mit 13 Jahren.

Die Geschäftsunfähigkeit Minderjähriger hat zur Auswirkung, dass sie - wie alle Geschäftsunfähigen- weder Vertreter noch Zeuge sein können.

Beim Kauf differenziert das jüdische Recht zwischen Minderjährigen, die absolut geschäftsunfähig sind und solchen, die beschränkt geschäftsfähig sind. Die Möglichkeit einer beschränkten Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen setzt zunächst voraus, dass er keinen Vormund hat. Andernfalls sind die Kaufverträge stets zustimmungsbedürftig.

Das jüdische Recht kennt beim Kauf durch Minderjährige ohne Vormund verschiedene Phasen. Für Erwerber unter 6 Jahren gelten andere Regelungen als für Erwerber mit mehr als 6 Jahren. Die folgenden Regelungen finden nur auf Minderjährige ohne Vormund Anwendung.

#### **(1) Minderjährige unter 6 Jahren ohne Vormund:**

Für Minderjährige unter 6 Jahren besteht die Möglichkeit eigene Rechte zu erwerben, sobald ein Dritter den Zueignungsakt vornimmt. Bei einer gewissen geistigen Reife

können sie den Zueignungsakt selbst wirksam vornehmen: „ er muss die Nuss ergreifen und einen Stein wegwerfen“ (Cohn, „ Handlungsfähigkeit“).

### **(2) Minderjährige über 6 Jahren ohne Vormund:**

Minderjährige, die älter sind als 6 Jahre sind zum Erwerb und zur Veräußerung von beweglichen Sachen berechtigt (Cohn, „ Handlungsfähigkeit“).

Nach heutiger Rechtsauffassung sind Minderjährige unter sieben Jahren geschäftsunfähig, § 104, Ziff. 1 BGB. Mit sieben Jahren sind sie beschränkt geschäftsfähig, § 106 BGB. Beschränkt Geschäftsfähige können alleine nur solche Willenserklärungen abgeben, durch die sie lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, § 107 BGB. Alle anderen Willenserklärungen eines Minderjährigen sind zustimmungspflichtig, § 107 BGB oder zumindest genehmigungspflichtig, § 108 I BGB. Ein Kauf ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er ein im Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) stehender schuldrechtlicher Vertrag ist, durch den die Kaufvertragsparteien eine Verpflichtung zum Austausch eines Kaufgegenstandes gegen Hingabe des Kaufpreises begründen. Mithin wird ein Minderjähriger durch den Kaufvertrag nicht nur berechtigt sondern auch verpflichtet. Ausgenommen hievon sind Käufe, die der Minderjährige mit eigenen Mitteln bestreitet, § 110 BGB, daher auch Taschengeldparagraph genannt.

### **b. Die Geschäftsfähigkeit Unzurechnungsfähiger**

Beide Rechtsauffassungen unterscheiden bei der Frage nach der Geschäftsfähigkeit zwischen dauerhaft erkrankten und vorübergehend erkrankten Personen.

#### **(1) dauerhaft erkrankte Personen**

Personen, die sich in einem nicht nur vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, der die freie Willenbildung ausschließt, sind geschäftsunfähig, § 104, Ziff. 2 BGB. Nach § 105 I BGB ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig. Ein Geschäftsunfähiger kann infolge dessen nur durch seinen gesetzlichen Vertreter wirksam handeln. Als gesetzliche Vertreter kommen die Eltern bzw. der allein sorgeberechtigte Elternteil nach § 1626 BGB, der Vormund nach § 1793 BGB oder der bestellte Betreuer nach § 1902 BGB in Betracht. Für Verbindlichkeiten, die durch die Eltern gegenüber ihrem Kind begründet werden, haftet das Kind nach § 1629 a BGB. Für Verbindlichkeiten, die durch den Vormund gegenüber dem Mündel begründet werden haftet der Mündel nach § 1793 II BGB entsprechend § 1629 a BGB.

Eine Aufzählung der äußeren Merkmale aus der sich eine Geisteskrankheit ersehen kann, findet sich im Talmud (Cohn, „ Handlungsfähigkeit“). Der dauerhaft Erkrankte ist nach jüdischem Recht vom eigenständigen Erwerb und der Übertragung von Rechten ausgeschlossen. An seiner Stelle muss sein behördlich ernannter Vormund handeln. Die Rechtsstellung eines Unzurechnungsfähigen entspricht der eines absolut handlungsunfähigen Minderjährigen. Unzurechnungsfähige sind nach jüdischem Recht von einer Haftung ausgeschlossen.

#### **(2) vorübergehend erkrankte Personen**

Zeitweilig Erkrankte können nach jüdischem Recht nur im gesunden Zustand wirksame Rechtsgeschäfte abschließen. Den zeitweilig Erkrankten stehen nach jüdischer Rechtsauffassung den Berauschten gleich. Unter einem Berauschten sind nach jüdischem Recht all jene zu verstehen, die durch den Genuss geistiger Getränke willensunfähig sind.

Das entspricht im Kern dem § 105 BGB, wonach Willenserklärungen, die im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben werden stets nichtig sind. Volljährige Geschäftsunfähige bleiben dabei berechtigt Geschäfte des täglichen Lebens besorgen, § 105 a BGB.

Im Gegensatz zu unserer heutigen Rechtsauffassung, kennt das jüdische Recht den Verschwender. Seine Entmündigung ist im jüdischen nicht ausdrücklich geregelt. Da aber im Talmud der Verschwender mitunter als geisteskrank bezeichnet wird, ist er analog dem Unzurechnungsfähigen gleich zu stellen.

### **c. Die Geschäftsfähigkeit Taubstummer**

Sie sind den Unmündigen mit 6 Jahren gleichgestellt. Ihre Erwerbsmöglichkeiten beschränken sich dabei auf Mobilien.

Nach Maimonides ist der Taube den Taubstummen gleichgestellt.

Der Stumme ist in seiner Handlungsfähigkeit unbeschränkt.

Nach modernem Recht ist der Taube, Stumme und Taubstumme grundsätzlich geschäftsfähig.

## **IV. Zustandekommen des Kaufvertrages**

Der Kauf ist nach beiden Rechtsauffassungen ein zweiseitig verpflichtender Vertrag.

Ein Kaufvertrag ist nur dann gültig, wenn er sich innerhalb der im Allgemeinen für die Rechtsgeschäfte gesetzten Grenzen hält (Cohn, „Vertrag“).

Die beiden Rechtsauffassungen unterscheiden sich beim Zustandekommen eines Kaufvertrages ganz wesentlich.

Nach heutiger Rechtsauffassung kommt ein Kaufvertrag als mehrseitiges Rechtsgeschäft durch einander entsprechende Willenserklärungen der Beteiligten zustande. Namentlich mit dem Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrages und der Annahme dieses Antrages. Das BGB regelt den Vertragsschluss im Allgemeinen Teil, §§ 145 –157 BGB. Mit einem wirksamen Vertragsschluss sind die Beteiligten getreu dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ an ihre Einigung gebunden. Inhalt und Wirkungen des Vertrages richten sich grundsätzlich nach der getroffenen Einigung.

Mindestanforderungen an den Vertragsinhalt sind eine Einigung der Vertragsparteien über einen bestimmten Kaufgegenstand und einen bestimmten Kaufpreis, lat. *essentialia negotii*.

Der schuldrechtliche Kaufvertrag begründet als Verpflichtungsgeschäft die Pflichten aus § 433 BGB und ist Rechtsgrund für den Austausch von Kaufgegenstand und Kaufpreis. Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft ist dabei streng vom dinglichen Verfügungsgeschäft zu trennen. Mit Abschluss des Kaufvertrages geht das Eigentum an der Sache nicht automatisch an den Käufer über. Es entsteht lediglich die Verpflichtung des Verkäufers, einen Übereignungsvertrag mit dem Käufer abzuschließen.

Dieser dem Abstraktionsprinzip folgende zweiaktige Vorgang fällt bei Geschäften des täglichen Lebens meist zusammen, so dass er in dieser Bedeutung nicht wahrgenommen wird.

Das jüdischem Recht kommt der Kauf mit der Übertragung des Eigentums an der verkauften Sache wirksam zustande. Die gegenseitigen obligatorischen Verpflichtungen zwischen Käufer und Verkäufer entstehen erst mit der dinglichen Übertragung.

Die bloße Übereinkunft der Vertragsparteien begründet nach jüdischer Rechtsauffassung allenfalls eine moralische Bindung (Encyclopaedia Judaica, Bd. 9). Den tatsächlichen Erwerbsakt können die Vertragsparteien auch durch einen symbolischen Erwerbsakt ersetzen, sog. Mantelgriff:

Der Käufer gibt dem Verkäufer ein Stück Mantel, sobald der Verkäufer dieses Stück annimmt, geht das zu übertragende Objekt ohne weiteres in das Eigentum des Käufers über, unabhängig davon wo es sich befindet (Jüdisches Lexikon, Bd. III, „Kinjan“). Der Mantelgriff ist daher kein dem heutigen Abstraktionsprinzip folgender zweiaktiger Vorgang.

## V. Stellvertretung

Eine Stellvertretung ist beim Kauf nach beiden Rechtsordnungen grundsätzlich möglich und bedeutet das rechtsgeschäftliche Handeln im Namen eines anderen. Rechtliche Folge einer wirksamen Stellvertretung ist, dass die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts den Vertretenen unmittelbar treffen.

*Die Entwicklung der Stellvertretung als allgemeines Vertragsprinzip wird im Talmud auf drei biblische Quellen zurückgeführt (...) von diesen drei religiösen Institutionen wurde dann die Anerkennung des direkten Vertretungsprinzips auf das ganze Rechtsleben übertragen (Cohn, „Stellvertretung“).*

Das römische Recht kannte die Rechtsfigur der Stellvertretung noch unbekannt (Rüthers/Stadler, AT, § 30, Rn. 68 m.w.N.).

Ein Stellvertretungsverhältnis kann nach jüdischem Recht nur unter Angehörigen des jüdischen Bundes begründet werden, wonach auch kanaanitische Sklaven einbezogen waren.

Nach beiden Rechtsauffassungen muss der Vertreter rechtsfähig, wie auch handlungsfähig sein. Nach jüdischem Recht sind Minderjährige, Geisteskranke und Taubstumme grundsätzlich nicht vertretungsbefugt. Nach heutiger Rechtsauffassung sind nur Geschäftsunfähige i.S.d. § 104 BGB von Vertretungshandlungen ausgeschlossen. Minderjährige sind ab einem Alter von sieben Jahren beschränkt geschäftsfähig, § 107 BGB und damit zur Stellvertretung berechtigt, § 165 BGB.

Die Willenserklärungen, die ein beschränkt Geschäftsfähiger im Rahmen seiner Vertretungsmacht abgibt, wirken unmittelbar für und wider den Vertretenen, § 164 I BGB. Handelt ein beschränkt Geschäftsfähiger ohne Vertretungsmacht, ist er nach § 179 III 2 BGB grundsätzlich von der Haftung befreit, der Minderjährigenschutz bleibt mithin gewahrt. Des Weiteren sind Taube, Stumme und Taubstumme vertretungsbefugt.

Ein Vertretungsverhältnis kann nach beiden Rechtsauffassungen formlos begründet werden. Es bedarf in der Regel der Unentgeltlichkeit in Abgrenzung zum Makler, der entgeltlich tätig wird.

Eine Vertretung bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften ist nach jüdischem und heutigem Recht unzulässig. Diese sind insbesondere im Familien- und Erbrecht zu finden.

#### **Neben den bestellten Vertretern, kennt das jüdische Recht gesetzliche Vertreter:**

- Der kanaanitische Sklave erwirbt für seinen Herren
- Die Ehefrau vertritt ihren Mann in güterrechtlicher Hinsicht
- Der Vormund.

Eine gesetzliche Vertretungsmacht ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vertretungsmacht unmittelbar auf einer gesetzlichen Vorschrift beruht (Rüthers/ Stadler, AT, § 29, Rn. 2) Gesetzliche Vertreter sind nach heutiger Rechtsauffassung die Eltern Minderjähriger (§ 1626 BGB), der Vormund (§ 1793 BGB) sowie der bestellte Betreuer (§ 1902 BGB).

Wird der Vertretene, also der Auftraggeber, durch einen Irrtum bei der Ausführung der Vertretungshandlung benachteiligt, wird das Vertragsverhältnis nach jüdischem Recht aufgelöst.

Nach heutiger Rechtsauffassung ist eine Anfechtung des Vertretergeschäfts wegen Irrtums nach §§ 119 ff. BGB nur möglich, wenn sich der Vertreter geirrt hat, § 166 I BGB. Die Anfechtung wirkt ex tunc, § 141 I BGB, das angefochtene Rechtsgeschäft ist als von Anfang an nichtig anzusehen. Beide Rechtsauffassungen sind sich in der Sache sehr ähnlich mit dem rechtstechnischen Unterschied, dass die Vertragsauflösung nach jüd. Recht ex nunc die Anfechtung dagegen ex tunc wirkt.

Handelt der Vertreter gegen den Willen des Vertretenen, wird das Vertragsverhältnis nach jüdischer Rechtsauffassung aufgelöst. Entstehen infolge dessen Nachteile, muss der Vertreter dafür einstehen.

Das entspricht dem Grunde nach der heutigen Rechtsauffassung. Danach bleiben die Wirkungen der Stellvertretung zunächst aus, wenn ein Vertreter den Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht überschreitet. Nach § 177 I BGB hat der Vertretene nachträglich die Möglichkeit das Geschäft an sich zu ziehen. Das ist gerade dann sinnvoll, wenn das Geschäft wirtschaftlich vorteilhaft ist. Bleibt eine solche Genehmigung aus, ist das Rechtsgeschäft endgültig unwirksam. Der Geschäftsgegner wird somit in seinem Vertrauen darauf, dass ein Vertrag mit dem Vertretenen geschlossen hat enttäuscht. Nach § 179 ist haftet der Vertreter nach Wahl des Geschäftsgegners auf Erfüllung oder Schadensersatz. Die Haftung ist also strenger, als die des jüdischen Rechts.

Bleibt die Vertretungshandlung unausgeführt, so können nach jüdischer Rechtsauffassung gegen den Vertreter lediglich Vorwürfe erhoben werden. Unternimmt ein Vertreter die vorgesehene Vertretungshandlung als eigenes Geschäft, wird er nach jüdischem Recht als „Betrüger“ verpönt. Nach heutigem Recht kämen Schadensersatzforderungen aus Auftrag in Betracht.

#### **Erlöschen der Vollmacht**

Eine Vollmacht erlischt nach beiden Rechtsauffassungen mit ihrer Zweckerfüllung. Außerdem kann eine Vollmacht unter einer auflösenden Bedingung erteilt werden, sie erlischt dann mit dem vereinbarten Bedingungseintritt. Eine Vollmacht kann außerdem

zeitlich befristet sein, sie verliert dann mit Fristablauf ihre Wirkung. Das Vertragsverhältnis endet weiterhin mit dem Widerruf des Auftrags durch den Auftraggeber, sowie mit dem Tod des Vertreters oder des Vertretenen. Der Widerruf des Auftrags kann nach der anerkannten Ansicht von R. Jochanan jederzeit durch den Auftraggeber erfolgen (Cohn, „Stellvertretung“). Das entspricht § 169 I 2 BGB, wonach eine Vollmacht widerruflich ist.

Eine Besonderheit des BGB sind die sogenannten postmortalen Vollmachten: stirbt der Auftraggeber, erlischt der Auftrag im Zweifel nicht, § 672 BGB. Der Beauftragte handelt für und gegen dessen Erben, § 1922 BGB.

## VI. Bote

Eine weitere Gemeinsamkeit zwischen jüdischem Recht und heutiger Rechtsauffassung ist die Abgrenzung zwischen den Instituten Botenschaft und Stellvertretung.

In Mischna und Talmud werden die beiden Institute unter einen einheitlichen Terminus gefasst, daher ersieht es sich nur aus dem jeweiligen Kontext, welches der beiden Institute einschlägig ist. In nachtalmudischen Schriften wird die Botenhandlung allegorisch „bloße Handlungen eines Affen“ genannt. Dieser Ausdruck findet seinen Ursprung in einer Erörterung zum Talmud, wonach Botenhandlungen gleichermaßen von einem abgerichteten Affen ausgeführt werden könnten. Ein Bote sei im Gegensatz zum Stellvertreter *lediglich ein Werkzeug in der Hand des Auftraggebers und nur der Überbringer eines fremden Willens. Er ist Vertreter in der Willenserklärung, nicht der Vertreter im Willenentschluss.*

Deshalb müssen erst recht Vertretungsunfähige wie z.B. Minderjährige zu Botenhandlungen berechtigt sein (Cohn, „Bote“).

Diese Abgrenzung entspricht unserer heutigen Rechtsauffassung. Im Gegensatz zum Stellvertreter übermittelt ein Bote eine fremde Erklärung, ohne jeden Entscheidungsspielraum was den Inhalt der Willenserklärung betrifft. Da ein Bote nur eine fremde Willenserklärung überbringt, kann auch ein Geschäftsunfähiger Bote sein. Bsp. Ein 5 jähriges Kind ist zur Botenschaft berechtigt (Brox, AT, Rn. 477). Der Stellvertreter muss dagegen mindestens beschränkt geschäftsfähig sein.

## VII. Kaufgegenstand

Nach altem jüdischem Recht wurde gefordert, dass das Kaufobjekt konkret, bestimmt, tatsächlich vorhanden und im Eigentum und Besitz des Verkäufers sein musste (Cohn „Kauf“). Nach jüdischer und heutiger Rechtsauffassung sind diese Anforderungen überholt.

Beide Rechtsauffassungen unterscheiden aber zwischen dem Kauf von Mobilien und Immobilien.

Ein Kauf kann, nach jüdischer wie auch nach heutiger Rechtsauffassung, grundsätzlich formlos abgeschlossen werden.

Den beiden Rechtsauffassungen ist weiterhin gemeinsam, dass ein Grundstückskauf an bestimmte Formvorschriften gebunden ist. Der Kaufbrief wird nach jüdischem Recht mit einer offenen Abschrift hergestellt und von Zeugen unterschrieben.

Nach heutigem Recht bedürfen Kaufverträge über Grundstücke der notariellen Beurkundung.

## VIII. Kaufpreis

Die Höhe des Kaufpreises kann nach heutigem Recht von den Kaufvertragsparteien frei bestimmt werden, insoweit dem keine gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen. Dies gilt insbesondere nach Wegfall des Rabattgesetzes (Brockhaus, „Kaufpreis“). Der Preis ermittelt sich grundsätzlich nach Angebot und Nachfrage.

Der Festsetzung des Kaufpreises kann insbesondere die Regelung über wucherische Rechtsgeschäfte nach § 138 II BGB entgegenstehen. Das wucherische Rechtsgeschäft setzt objektiv ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung voraus. Subjektive Voraussetzung ist die Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche des Vertragspartners durch den Wucherer.

Nach jüdischem Recht soll der Kaufpreis dem tatsächlichen Wert der Kaufsache entsprechen (Cohn, „Kauf“). In der Mishna wird der zu viel oder zu wenig geforderte Betrag Übervorteilung genannt. Um Käufer sowie Verkäufer von beweglichen Gütern vor erheblichen Übervorteilungen schützen zu können, wurden Normen erlassen, die dem vorbeugen sollen. Diese Schutz vor benachteiligendem oder gar betrügerischem Vorgehen findet seinen Ursprung im alten Testament, in welchem bereits ganz allgemein eine Bedrückung im Handel untersagt ist (Cohn, „ONA´A“).

Bei der Frage nach der Übervorteilung ist maßgebend inwieweit der Kaufpreis vom objektiven Sachwert abweicht:

• Beträgt der Überpreis **weniger als 1/6** des angemessenen Wertes, so bleibt er ohne Folgen.

• Beträgt der Überpreis **genau 1/6** des angemessenen Wertes, ist der Kaufvertrag weiterhin wirksam. Es ist aber eine entsprechende Kaufpreisminderung bzw. Nachzahlung zu leisten, um damit nachträglich einen angemessenen Kaufpreis zu erreichen. Der Mehrerlös muss auf Aufforderung innerhalb einer angemessenen Frist zurückerstattet werden.

• Beträgt der Überpreis **mehr als 1/6** des angemessenen Wertes, kommt dem Benachteiligten ein Wahlrecht zu: Er kann am Vertrag festhalten und innerhalb einer Frist die überforderte Summe verlangen oder vom Kaufvertrag zurücktreten.

Bei Sklaven, Grundstücken und Forderungsrechten mittels Urkundenübertragung finden die Grundsätze der Übervorteilung grundsätzlich keine Anwendung. Außerdem ist umstritten, ob die Grundsätze der Übervorteilung auch auf Kaufleute Anwendung finden.

Nach R. Jakob Tam und Rosch ist bei Grundstücken, sobald die Preisdifferenz mehr als das Doppelte beträgt, ein Anspruch wegen Übervorteilung gegeben.

Die Übervorteilung kann nur innerhalb einer angemessenen Frist geltend gemacht werden. Zur Bestimmung der Frist, wird darauf abgestellt wie schnell man die notwendigen Erkundigungen über den Preis hätte einholen können. Hält der Käufer die Kaufsache nicht in seinen Händen, ist er an keine Frist gebunden. Marktwaren, deren Preis sich auch ohne Vorlegung der Kaufsache feststellen lässt, unterliegen dagegen nach der Auffassung von Maimonides notwendigerweise der Frist.

Der Anspruch wegen Übervorteilung kann nicht durch gegenteilige Abrede ausgeschlossen werden. A.a. Amoräer Samuel.

(Quellen zur Übervorteilung: Encyclopaedia Judaica, Bd. 9, « Kauf » ; Cohn « ONA`A » ; Jüdisches Lexikon, Bd. III, „Kauf“ S. 630 f.).

## **IX. Wesentliche Vertragspflichten**

### **1. Vertragspflichten des Verkäufers**

Nach jüdischem Recht ist der Verkäufer ab der Begründung eines symbolischen Erwerbsaktes gegenüber dem Käufer verpflichtet die Kaufsache herauszugeben. Weiterhin haftet der Verkäufer für den Wert sowie für jegliche geheime Mängel des Kaufgegenstandes. Er haftet weiterhin gegen die Ansprüche Dritter, also wegen Rechtsmangels. (Cohn, „Kauf“).

Nach § 433 I BGB ist die Hauptleistungspflicht des Verkäufers die Übergabe und Eigentumsverschaffung an der von Sachmängeln und Rechtsmängeln freien Kaufsache. Die Mangelfreiheit der Kaufsache ist erst seit Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung eine Hauptleistungspflicht des Verkäufers. Der Verkäufer haftet für die Sach- und Rechtsmängel, die der Käufer bei Abschluss des Kaufes nicht kannte.

Bei beweglichen Sachen werden Besitz und Eigentum an der Sache nach den §§ 929 ff. BGB verschafft. Bei Grundstücken erfolgen Auflassung und Eintragung im Grundbuch nach den §§ 873, 925 BGB.

### **2. Vertragspflichten des Käufers**

Der Käufer schuldet nach jüdischem Recht den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen (Encyclopaedia Judaica, Bd. 9, „Kauf“, S. 1092).

Hauptleistungspflicht des Käufers ist also nach jüdischem Recht wie auch nach § 433 II BGB die Kaufpreiszahlung. Nach heutiger Rechtsauffassung ist das Geld dabei im Rahmen des Verfügungsgeschäftes nach den §§ 929 ff. BGB zu übereignen. Weiterhin ist der Käufer zur Abnahme des Kaufgegenstandes verpflichtet.

Neben den Hauptleistungspflichten sind die Kaufvertragsparteien nach heutigem Recht an zahlreiche vorvertragliche und vertragliche Nebenpflichten gebunden. So z.B. Aufklärungspflichten, Obhutspflichten etc. Deren Verletzung kann zu Ansprüchen nach §§ 311 II, 241 II, 280 BGB führen. Bei Schlechterfüllung oder Nichterfüllung der kaufvertraglichen Pflichten gelten die allgemeinen Leistungsstörungenrechte mit den Besonderheiten der §§ 439 ff. BGB.

Auch das jüdische Recht kennt Nebenpflichten. Allerdings sind sie vielmehr moralisch verpflichtend. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist nach jüdischer Rechtsauffassung eine ethische Norm. Danach ist jeder einzelne ist zu einem ethischen Verhalten im Rechtsleben verpflichtet. (Cohn, „Treu und Glauben“).

## **X. Gefahrtragung**

Unter Gefahr (lat. periculum) sind in diesem Zusammenhang die Sachgefahr und die Preisgefahr zu verstehen. Die Sachgefahr trägt in der Regel der Eigentümer, mit der rechtlichen Folge, dass ihm beim zufälligen Untergang der Kaufsache keine Ersatzansprüche zustehen (Das neue Schuldrecht, 5. Kapitel, Rn. 362).

Nach beiden Rechtsauffassungen geht mit dem Erwerbsakt die Sachgefahr an den Käufer über. Im jüdischen Recht mit dem tatsächlichen oder auch nur symbolischen Erwerbsakt. Nach heutigem Recht erst mit Übergabe der Sache (Abstraktionsprinzip!).

Die Preisgefahr trägt nach beiden Rechtsauffassungen der Käufer.

## **XI. Gewährleistung**

### **Haftung des Verkäufers wegen Mängel**

Der Verkäufer schuldet nach heutiger Rechtsauffassung beim Sach- wie beim Rechtskauf als Hauptleistungspflicht die Mangelfreiheit der Sache und haftet für die Sach- und Rechtsmängel, die der Käufer beim Abschluss des Kaufs nicht kannte.

Terminologisch und sachlich ändert sich mit der Schuldrechtsreform nichts. Neu ist allerdings, dass nunmehr der Rechtsmangel, was die Rechtsfolgen anbelangt, genauso behandelt wird wie der Sachmangel (Brüggemeier, in: Das neue Kaufrecht des BGB, 1376 (1379)).

Eine Sache ist rechtsmangelhaft, wenn sie mit Rechten Dritter belastet ist, § 435 BGB. Eine Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat, § 434 I 1 BGB.

Ist die Kaufsache mangelhaft d.h. nicht vertragsgemäß kann der Käufer Nacherfüllung verlangen, vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern, Schadensersatz oder Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen verlangen, §§ 437 ff. BGB. Die Mangelgewährleistung (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung) ist verschuldensunabhängig, der Schadensersatz dagegen verschuldensabhängig. Der Rücktritt ist ein sekundärer Rechtsbehelf, er kommt grundsätzlich erst zur Anwendung, wenn eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde und erfolglos verstrich

(Brüggemeier, in: Das neue Kaufrecht zum BGB, 1376-1387 (1379)). Die Gewährleistungsansprüche können durch ausdrückliche Vereinbarung beschränkt oder ausgeschlossen werden, allerdings haftet der Verkäufer trotz einer solchen Vereinbarung für arglistig verschwiegene Mängel weiter. Die Gewährleistungsansprüche verjähren, wenn der Mangel nicht arglistig verschwiegen worden ist, bei beweglichen Sachen nach zwei Jahren, bei Bauwerken nach fünf Jahren von der Übergabe an.

Nach jüdischem Recht schuldet der Verkäufer ebenfalls eine mangelfreie Kaufsache, sofern der Käufer diese bei Vertragsschluss nicht kannte. Allerdings ist die Mangelfreiheit nach jüdischem Recht gerade keine Hauptleistungspflicht. Das entspricht dem römischen Recht und entsprach dem deutschen Recht vor Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung. Danach ist ein Mangel keine Pflichtverletzung, eine Anwendung eines allgemeinen Leistungsstörungsrechts ist danach ausgeschlossen. Folglich müssen Ansprüche aus dem Mangel selbst hergeleitet werden, sog. ädilische Rechtsbehelfe. Eine ädilische Gewährleistungsklage konnte zum einen auf die Kaufpreisrückzahlung gegen Rückgabe der Kaufsache gerichtet sein, woraus sich schließlich die Wandlungsklage unseres alten Schuldrechts entwickelte. Zum anderen konnte eine Kaufpreisminderung begehrt werden (Theo Mayer-Maly, Römisches Recht, S. 141 f.).

Beiden Rechtsauffassungen ist gemeinsam, dass sie zwischen Sach- und Rechtsmängeln unterscheiden und dass der Verkäufer für Mängel haftet. Die Mängelhaftung im jüdischen Recht stellt sich wie folgt dar:

### **1. Haftung des Verkäufers wegen Sachmangels**

Was handelsüblich als Fehler gilt, berechtigt jederzeit zum Rücktritt, wenn die Sache noch ungebraucht ist. (Jüdisches Lexikon, Bd. III „Kauf“).

### **2. Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmangels**

Der Verkäufer haftet für jede rechtliche Belastung der Kaufsache. Ist eine Kaufsache mit Rechten Dritter belastet, muss der Verkäufer den Kaufpreis zurückerstatten, selbst wenn diese Haftung in der Verkaufsurkunde nicht erwähnt wurde.

Ein Rechtsmangel steht einem wirksamen Kaufvertrag entgegen, wenn der Käufer den Rechtsmangel bei Vertragsschluss kannte. Die Haftung kann durch Abrede ausgeschlossen werden. Auch können die Kaufvertragsparteien eine Verkäuferhaftung für den Zufall vereinbaren (Encyclopaedia Judaica, Bd. 9, „Kauf“; Jüdisches Lexikon, Bd. III „Kauf“).

Des Weiteren haftet der Verkäufer, wenn die Kaufsache durch einen Dritten als ihm gestohlenen Gut in Anspruch genommen wird. (Encyclopaedia Judaica, Bd. 9, „Kauf“; Jüdisches Lexikon, Bd. III „Kauf“).

## **XII. Bedingung als Nebenabrede beim Kauf**

Die rechtliche Wirkung eines Kaufes kann nach beiden Rechtsauffassungen eine besondere Gestaltung erfahren. Dies kann mittels einer Verabredung der Parteien erreicht werden. Eine solche Verabredung ist die Bedingung, die im jüdischen Recht besondere Ausprägung erfährt (Fassel, §§ 1062 ff.) Unter einer Bedingung versteht man eine von

den Parteien vereinbarte Klausel, nach der die Rechtsgültigkeit eines Rechtsgeschäfts von dem Eintritt oder der Feststellung einer Tatsache abhängig gemacht wird.

Nach heutiger Rechtsauffassung ist eine Bedingung i.S.d. §§ 158 ff. BGB eine durch den Parteiwillen in ein Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmung, die die Rechtswirkung des Geschäfts von einem zukünftigen und objektiv ungewissen Ereignis abhängig macht. Die wesentlichen Merkmale einer Bedingung sind also die Ungewissheit und die Zukünftigkeit.

Im Gegensatz dazu, kann im jüdischen Recht die Tatsache auch bereits in der Vergangenheit liegen und beim Abschluss des Vertrages den Parteien nur unbekannt sein. Ein solches bereits eingetretenes, den Vertragsparteien nur subjektiv unbekanntes Ereignis ist nach heutigem Recht keine Bedingung i.S.d. §§ 158 ff. BGB. Hierauf sind aber nach die §§ 158 ff. BGB analog anwendbar, so dass sich im Ergebnis jüdisches und heutiges Recht decken.

Nach jüdischem Recht wie nach der heutigen Rechtsauffassung kann die Bedingung positiv oder negativ sein, mithin in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Die Bedingung kann sich auf die Parteien selbst, auf außenstehende Personen wie auch auf zufällige Ereignisse beziehen. Im Allgemeinen können alle Arten von Rechtsgeschäften unter Bedingung vorgenommen werden. Bestimmte Rechtsgeschäfte sind ausnahmsweise bedingungsfeindlich, können also nur unbedingt vorgenommen werden.

Im Bereich des Vermögensrechts, also auch beim Kauf, ist nach beiden Rechtsauffassungen grundsätzlich jede Bedingung gültig. Das jüdische Recht unterscheidet ebenso wie die heutige Rechtsauffassung i.S.d. §§ 158 ff. BGB zwischen zwei Grundformen der Bedingung. Diese sind die aufschiebende und die auflösende Bedingung. Ein Kaufvertrag der unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung abgeschlossen wird ist beispielsweise der Kauf auf Probe, § 454 I 2 BGB oder der Kauf unter Eigentumsvorbehalt.

### **1. Aufschiebende Bedingung**

Die aufschiebende Bedingung –auch Suspensivbedingung genannt- hat zur Wirkung, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts vom Eintritt der Bedingung abhängt. Bis zum Bedingungseintritt bleibt das Rechtsgeschäft in der Schwebe. Bei Eintritt der Bedingung wird es ipso iure wirksam. Der Bedingungseintritt hat dabei keine rückwirkende Kraft. Ist eine vereinbarte aufschiebende Bedingung gesetz- oder sittenwidrig, ist gegebenenfalls das gesamte Rechtsgeschäft mangels Teilbarkeit –139 BGB- nach §§ 134, 138 BGB nichtig.

Hinsichtlich der Suspensivbedingung scheint das jüdische Recht dem heutigen Recht zu entsprechen.

Ein Rücktritt bei suspensiv bedingt abgeschlossenen Rechtsgeschäften ist nach jüd. Recht bis zum Bedingungseintritt möglich.

### **2. Auflösende Bedingung**

Bei der Resolutivbedingung hängt das Fortbestehen der Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts vom Bedingungseintritt ab. In der Zeit bis zum endgültigen Bedingungseintritt oder dem endgültigen Ausfall der Bedingung liegt ein vollgültiges Rechtsgeschäft vor. Umstritten ist nach jüdischem Recht, ob und inwieweit auflösende Bedingungen der Form bedürfen.(Cohn „Bedingung“). Nach heutigem Recht können Bedingungen grundsätzlich formfrei vereinbart werden, außer das Rechtsgeschäft ist nach seinem Vertragsinhalt formbedürftig: Z.B. bedarf ein Kaufvertrag über eine Immobilie der notariellen Beurkundung.

Ein resolutiv bedingt abgeschlossenes Rechtsgeschäft entfaltet nach jüdischem Recht eine Sperrwirkung hinsichtlich des Rücktrittsrechts.

### **XIII. Irrtum**

Die Irrtumslehre ist beim Kauf von besonderer Bedeutung. Die jüdische Irrtumslehre gründet auf der Willenstheorie: Eine Erklärung ohne entsprechenden Willen ist nicht verbindlich. Das bedeutet, dass der erzielte Rechtserfolg dem tatsächlichen Willen des Erklärenden entsprechen muss, um Rechtswirkung entfalten zu können. Die Willenstheorie wirkt sich zugunsten des Erklärenden und zuungunsten des Erklärungsempfängers aus.

Nach jüdischer Rechtsauffassung ist es unbeachtlich, welche Umstände zu dem Irrtum führten. Maßgeblich ist, dass der Irrende unbeabsichtigter Weise irrt. (Cohn, „Irrtum“) Dabei sind die rechtlich beachtlichen Irrtümer von den nur unbeachtlichen Motivirrtümern zu unterscheiden.

#### **1. Irrtum im Beweggrund (Motivirrtum)**

Motivirrtümer werden im jüdischen Recht grundsätzlich nicht geschützt, sofern sie nicht Bestandteil des Vertragsinhaltes geworden sind. Nach dem Talmud sind Worte des Herzens keine Worte. Von diesem Grundsatz werden zwei Ausnahmen gemacht. Ein ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum hat zur rechtlichen Folge, dass der Kaufvertrag unwirksam ist.

**a.** Beim Verkauf von Immobilien sind Beweggründe beachtlich, die dem Vertragspartner bei Vertragsschluss bekannt gemacht wurden, sich später aber als irrig und unbegründet erweisen.

Nach dem Talmud werden diese als „Bekanntgabe der Ansicht“ bezeichnet.

**Bsp.** Beim Hausverkauf wird erklärt, dass das Haus unter der Vorstellung verkauft werden soll, in eine andere Region umzusiedeln. Infolge neuer Umstände muss der Verkäufer seine Vorstellung aufgeben. Mithin bewahrheitet sich die Voraussetzung, die für den Abschluss des Kaufvertrages maßgebend war, nicht. Dieser Motivirrtum ist daher von rechtlicher Relevanz.

Unter Berücksichtigung des Motivirrtums, ist der Kaufvertrag unwirksam.

**b.** Vereinzelt werden Irrtümer über stillschweigende Bedingungen geschützt. Das talmudische Recht bezeichnet sie als „begründete Vermutung“.

**Bsp.** Jemand verschenkt einem Dritten sein Vermögen, als er vom Tod seines Sohnes hört, der bei seinen Reisen ums Leben gekommen sein soll. Der todgeglaubte Sohn kehrt zurück. Das Motiv seiner Handlung traf damit nicht zu. Unter Berücksichtigung des Motivirrtums, ist der Vertrag unwirksam.

Weiterhin kennt das jüdische Recht die folgenden Irrtumstatbestände:

## **2. Irrtum hinsichtlich des Wesens der Kaufsache**

Der Käufer irrt sich hinsichtlich des Wesens der Kaufsache.

**Bsp.** Der gekaufte Essig stellt sich als Wein heraus. Rechtsfolge: Jede Vertragspartei kann den Kauf für ungültig erklären.

## **3. Irrtum hinsichtlich der Qualität der Kaufsache**

Die Kaufsache entspricht nicht der zugesagten Qualität.

**Bsp.** Der als gewürzt verkaufte Wein erweist sich als sauer. Rechtsfolge: Nur die benachteiligte Vertragspartei kann die Auflösung des Kaufvertrages begehren.

## **4. Irrtum hinsichtlich der Mängel der Kaufsache**

Ein Mangel ist ein Irrtum des Benachteiligten, da dessen Wille darauf gerichtet war eine fehlerfreie Sache zu kaufen.

Der Mangel muss nach dem Ortsgebrauch wesentlich sein. Als wesentlich ist ein Mangel anzusehen, wenn der vertragsgemäße Gebrauch oder die übliche Benutzung der Sache erschwert wird oder ausgeschlossen ist.

**Bsp.** Die zur Aussaat verkauften Früchte wachsen nicht. Rechtsfolge: Der Benachteiligte kann den Vertrag rückgängig machen. Die Möglichkeit einer Preisminderung besteht in diesem speziellen Fall nicht.

## **5. Irrtum hinsichtlich Maß, Gewicht und Zahl oder den entsprechenden Kaufbetrag**

Der Irrtum besteht darin, dass die irrende Vertragspartei eine Leistung von größerem Umfang versprach, als sie es wollte. Oder aber die irrende Vertragspartei bekam eine Gegenleistung in geringerem Umfang versprochen, als sie es wollte.

Rechtsfolge: der Vertrag ist wirksam, die fehlenden Einheiten müssen nachgeliefert werden. Der Vertrag ist nur rückgängig zu machen, wenn die Nachlieferung der fehlenden Einheiten unmöglich ist. Ein Irrtum über Maß, Gewicht, Zahl und Geldbetrag bewirkt also einen Anspruch auf Vergütung.

### **Folgende Mängel gelten nach jüdischem Recht als unbeachtlich:**

• Mängel, die dem Käufer bei Vertragsschluss bekannt gegeben wurden.
• Mängel, die für den Käufer sichtbar waren.
• Mängel, insoweit der Käufer bei Vertragsschluss auf jegliche Mängelrügen verzichtete.
• Mängel, sofern der Käufer die Sache trotz ihrer Mangelhaftigkeit genutzt hat.

Auch die heutige Rechtsauffassung kennt verschiedene Irrtumstatbestände. Im Unterschied zur jüdischen Irrtumslehre gründet die Irrtumslehre des BGB nicht auf der Willenstheorie. Es gibt jedoch auch nach unserer heutigen Rechtsauffassung Willensmängel, die für so beachtlich gehalten werden, dass die mit einem solchen Mangel behafteten Willenserklärung von vorneherein keine Rechtswirkung entfalten, also nichtig sind.

**Bsp.** Nach § 117 I BGB sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, die mit dem Einverständnis des Erklärungsempfängers nur zum Schein abgegeben werden nichtig:

Der A möchte seine Freundin nachhaltig beeindrucken. Er sagte zum Weinhändler er wolle 50 Weinfässer kaufen. In Wirklichkeit will er keines kaufen, was er zuvor mit dem Händler vereinbart hatte. Seine Erklärung entfaltet zugunsten des Erklärenden A keine Rechtswirkung.

Bei den meisten anderen Willensmängeln, die nach dem BGB beachtlich sind, ist die Willenserklärung zunächst wirksam. Ein Erklärender, dem bei seiner Willenserklärung ein Irrtum unterliefe, kann aber nach den §§ 119 ff. BGB seine Willenserklärung unter bestimmten Voraussetzungen anfechten. Damit wird ihm die Möglichkeit eingeräumt seine Erklärung mit Wirkung ex tunc rechtlich zu vernichten.

Im Wesentlichen untergliedert das BGB in folgende Irrtumstatbestände.

#### **a. Irrtum bei der Willensäußerung**

- Ein **Inhaltsirrtum** nach § 119 I 1. Var. BGB liegt vor, wenn der Erklärende bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war.
- Ein **Erklärungsirrtum** nach § 119 I 2. Var. BGB liegt vor, wenn der Erklärende bei der Abgabe einer Willenserklärung eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte.
- **Anfechtbarkeit wegen falscher Übermittlung**, § 120 BGB.

#### **b. Irrtum bei der Willensbildung**

Die heutige Rechtsauffassung unterscheidet, wie auch das jüdische Recht, zwischen dem rechtlich beachtlichen und unbeachtlichen Rechtsfolgenirrtum. Irrt sich der Erklärende über eine Rechtsfolge, die seine Willenserklärung auslöst, so kann es sich dabei nach heutigem Recht um einen rechtlich beachtlichen Inhaltsirrtum oder einen nur unbeachtlichen Motivirrtum handeln.

Ein Motivirrtum bei der Willensbildung liegt vor, wenn der Erklärende irrtümlich von einem Umstand ausgeht, der für den Geschäftswillen bedeutsam ist. Motivirrtümer sind grundsätzlich unbeachtlich. Ausnahmsweise berechtigt auch ein Motivirrtum zur Anfechtung, wenn er sich als Irrtum über eine verkehrswesentliche Sache qualifizieren lässt (§ 119 II BGB). Die Verkehrswesentlichkeit ist dabei ein objektives Kriterium. Ein Irrtum über eine subjektiv wesentliche Eigenschaft kann zur Anfechtung berechtigen, sobald diese Eigenschaft zum Inhalt der Erklärung gehört (Geschäftswesentlichkeit).

Ein Irrtum bei der Willensbildung ist der **Kalkulationsirrtum**: Der Erklärende irrt über einen Umstand (Rechnungsfaktor), den er seiner Berechnung (Preis, Menge, Gewicht etc.) zugrunde legt. Ist die Kalkulationsgrundlage dem Geschäftspartner offengelegt, ist eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums möglich. War die Kalkulationsgrundlage dem Geschäftspartner nicht erkennbar, so handelt es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum. (Brox, AT, Rn. 378).

## **XIV. Zwang**

Ein erzwungener Kaufvertrag ist wirksam. Er ist dagegen unwirksam, wenn ein Widerruf vorangegangen ist (Jüdisches Lexikon, Bd. III „Kauf“).

Nach heutiger Rechtsauffassung ist ein erzwungener Kaufvertrag nach § 123 I BGB anfechtbar.

## **XV. Rücktritt**

Die Parteien können insbesondere vom Vertrag zurücktreten,

- wenn Maß, Gewicht oder Zahl beim Kaufobjekt nicht genau stimmen (s.Irrtum)
- wenn der Kaufpreis nicht vollständig ist  
( Jüdisches Lexikon, Bd. III „Kauf“).

Nach Maßgabe des BGB kann eine Kaufvertragspartei wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung zurücktreten, § 323 BGB. Der Rücktritt bewirkt ein Rückgewährschuldverhältnis, § 346 BGB mit Leistung Zug- um-Zug, § 348 BGB. „Grundsätzliche Voraussetzung für die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts ist der fruchtlose Ablauf einer dem Schuldner zur Nacherfüllung gesetzten Frist. Das ist zwingende Konsequenz der gesetzlichen Stufensystematik der Mängelansprüche“ (Fachlexikon Recht, S. 1105). Der Rücktritt ist verschuldensunabhängig.