

Hausarbeit in der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene, 14 Punkte

stud. iur. Louisa Huske

Die Hausarbeit ist in der Veranstaltung Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene im Wintersemester 2021/2022 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt dabei Professor Dr. Oppermann, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

Die W-OHG betreibt einen Weinhandel, in dessen Geschäftsräumen regelmäßig auch Kunstgegenstände ausgestellt und zum Verkauf angeboten werden. Gesellschafter der W-OHG sind A und B, während P dort als Verkäufer ange stellt ist. Da er die höchsten Umsatzzahlen generiert, möchte B den P dafür belohnen und erteilt ihm Prokura für die W-OHG. Eine Eintragung ins Handelsregister erfolgt allerdings nicht. Den Stammkunden Rabatte zu gewähren, möchte B aber sich und A vorbehalten. Daher weist er P an, entsprechende Rabatte nur nach vorheriger Rücksprache mit ihnen zu gewähren.

K ist eine aufstrebende Künstlerin und stellt regelmäßig mehrere ihrer Gemälde in den Geschäftsräumen der W-OHG aus. Zwei der aktuellen Gemälde sind dabei ihre persönlichen „Lieblingsstücke“, die sie lediglich zur Betrachtung und nicht, wie sonst, zum Verkauf ausstellt, was sie dem A mitteilt. Da A am nächsten Tag in ein toskanisches Weingebiet verreist, vergisst er vor lauter Vorfreude dem B hierüber Bescheid zu geben. Kurz nach der Abreise des A betritt R, geschäftsführender Rechtsanwalt der wirksam gegründeten und nach der BRAO zugelassenen R-Rechtsanwalts-GmbH, die Geschäftsräume der W-OHG. Den Jahrestag seiner Gesellschaftsgründung möchte er in den Kanzleiräumlichkeiten feiern. Zu diesem Anlass will er mit seinem Festvortrag über Mietrecht neue Mandanten akquirieren. Dafür plant er auch Wein an seine Gäste auszuschenken. In der Vergangenheit hat R bereits häufiger Wein für die R-Rechtsanwalts-GmbH bei der W-OHG bestellt und lässt sich auch diesmal durch P beraten.

Wie gewohnt führt P dem R mehrere Weinsorten vor und empfiehlt ihm einen akzeptablen Tropfen. Da die R-Rechtsanwalts-GmbH etwa 40 Personen erwartet, schlägt P dem R den Erwerb von je zwei Kisten Weiß- und Rotwein vor. Weil die Kanzlei Stammkundin ist, bietet P dem R unter glaubhaftem Verweis auf seine Prokuristenstellung einen Nachlass von 15 % an, sodass anstelle des regulären Preises in Höhe von insgesamt 200 € nur 170 € zu zahlen wären. R ist begeistert und sagt: „Oh, das Angebot klingt ja hervorragend!“, weshalb P bereits von einem Geschäftsabschluss ausgeht. Nachdem R die Geschäftsräume der W-OHG verlassen hat, setzt P eine entsprechende E-Mail auf, in welcher er sich für den – aus seiner Sicht bereits erteilten – Auftrag bedankt. Allerdings gibt er versehentlich einen Rabatt von lediglich 10 % an, sodass ein Preis in Höhe von 180 € ausgewiesen wird. Die E-Mail wird zwei Tage später durch P von der E-Mail-Adresse der W-OHG an die E-Mail-Adresse der R-Rechtsanwalts-GmbH versendet.

Nach einer schlaflosen Nacht voller Gedanken an die im Weinhandel der W-OHG ausgestellten Gemälde der K, macht sich R am nächsten Morgen wieder auf den Weg zu den Geschäftsräumen der W-OHG. Dort angekommen, trifft R auf B, dem er verkündet, dass er gerne eines der ausgestellten Gemälde der K für die R-Rechtsanwalts-GmbH erwerben würde, um es in den Kanzleiräumen aufzuhängen. Aufgrund der regelmäßigen Einkäufe hat R Kenntnis davon, dass die Gemälde nicht der W-OHG, sondern der K gehören, die W-OHG diese aber regelmäßig für die K veräußert. In Unkenntnis der Absprache zwischen A und K, dass gerade dieses Gemälde der K nicht verkauft werden darf, verlangt B den üblichen Preis für Gemälde der K, den R für die R-Rechtsanwalts-GmbH sogleich in bar bezahlt. Anschließend überreicht B dem R das Gemälde, der sich herzlich bedankt und sich bereits einen schönen Platz dafür in den Kanzleiräumen vorstellt. Der erhaltene Kaufpreis wird für K in eine von ihr hinterlegte Geldkassette zur Abholung bereitgelegt.

Am darauffolgenden Tag erhält die R-Rechtsanwalts-GmbH, während R mitten in der Vorbereitung für seinen Vortrag steckt, die E-Mail des P. Erst jetzt fällt ihm ein, dass noch fünf Kisten Wein im Keller der Kanzlei stehen, sodass der Wein der W-OHG überhaupt nicht benötigt wird. Daher reagiert R nicht auf die E-Mail, in der Vorstellung, die Bestellung zu vermeiden.

Zwei Wochen später werden die vier Kisten Wein durch A persönlich an die R-Rechtsanwalts-GmbH ausgeliefert. R ist völlig überrascht und verweigert die Annahme sowie Zahlung. A reagiert erbost und weist auf die E-Mail des P hin, in welcher die Bestellung festgehalten worden sei. Er verlangt im Namen der W-OHG von der R-Rechtsanwalts-GmbH die Annahme und Zahlung, allerdings in Höhe von 200 €, da P überhaupt keine Rabatte hätte gewähren dürfen. R widerspricht, die R-Rechtsanwalts-GmbH sei nicht daran gebunden, schließlich habe man nicht auf die E-Mail des P reagiert. Es sei ja allgemein bekannt, dass Schweigen keine Auswirkungen habe. Ohnehin widerspreche sich A, da der Preis laut E-Mail des P 180 € betrage.

Kurz nachdem A wieder in den Geschäftsräumen der W-OHG angekommen ist, betritt auch K den Weinhandel und erhält ihre Geldkassette samt Inhalt. Empört berichtet sie sodann, auf dem Weg an der Kanzlei der R-Rechtsanwalts-GmbH vorbeigekommen zu sein und mit einem zufälligen Blick durch die großflächige Fensterfront gesehen zu haben, dass dort eines der von ihr in den Geschäftsräumen der W-OHG ausgestellten Lieblingsgemälde hängt. Daraufhin erfährt sie, dass dieses Gemälde entgegen der Absprache mit A verkauft wurde. Sie verlangt umgehend das Gemälde von der R-Rechtsanwalts-GmbH zurück.

Frage 1: Kann die W-OHG Abnahme und Zahlung der Weinkisten von der R-Rechtsanwalts-GmbH verlangen?

Frage 2: Kann K das Gemälde von der R-Rechtsanwalts-GmbH zurückverlangen?

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Frage 1

Die W-OHG könnte gemäß § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Abnahme und Zahlung der Weinkisten gegen die R-GmbH haben.

A. Anspruch entstanden

Dieser Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB müsste zunächst entstanden sein. Dies setzt einen wirksamen Kaufvertragsschluss gemäß § 433 BGB zwischen der W-OHG und der R-GmbH voraus. Ein Kaufvertrag ist ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag, in dem sich der Verkäufer zur Veräußerung eines Vermögensgegenstands und der Käufer zur Zahlung einer Geldsumme verpflichtet.¹ Der Vertragsschluss erfolgt gem. §§ 145 ff. BGB nach den allgemeinen Vorschriften und setzt sich zusammen aus zwei übereinstimmenden, miteinander korrespondierenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme.²

I. Angebot der W-OHG

Zunächst müsste ein Angebot abgegeben worden sein. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die alle vertragswesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*) enthält und durch die der Vertragsschluss einem anderen so angetragen wird, dass das Zustandekommen nur von dessen Einverständnis abhängt.³ Eine Willenserklärung ist eine private Willensäußerung, die darauf gerichtet ist eine Rechtsfolge zu erzielen.⁴ Als wesentliche Vertragsbestandteile eines Kaufvertrages müssen die Vertragsparteien, der Kaufgegenstand und -preis hinreichend bestimmt sein.⁵

1. Willenserklärung durch die W-OHG

Um Vertragspartei zu werden, müsste die W-OHG ein Angebot abgegeben haben. Eine OHG ist gem. § 124 Abs. 1 HGB selbst als rechtsfähiges Subjekt Trägerin von eigenen Rechten und Pflichten, das durch ihre Organe handelt.⁶ Bei Rechtsgeschäftsabschlüssen wird die OHG von vertretungsberechtigten Gesellschaftern gem. § 125 Abs. 1 HGB oder Bevollmächtigten vertreten, wobei die Vertragswirkungen unmittelbar die Gesellschaft treffen.⁷ Damit die W-

¹ Jauernig/Berger, BGB, § 433, Rn. 1.

² Schulze/Saenger, Hk-BGB, § 433 Rn. 2.

³ Brox/Walker, BGB AT, § 8 Rn. 1; Palandt/Ellenberger, BGB, § 145 Rn. 1.

⁴ Brox/Walker, BGB AT, § 4 Rn. 14.

⁵ RGZ 124, 81 (83f.); OLG Frankfurt WRP 2006, 1384 (68 ff); Staudinger/Beckmann, BGB, § 433 Rn. 18.

⁶ BGH NJW 1981, 1213 (1214); Kindler, in: K/K/R/D, HGB, § 124 Rn. 1, 6.

⁷ MüKoHGB/Schmidt, § 124 Rn. 15.

OHG Vertragspartei wird, muss eine berechnigte Person eine Willenserklärung für sie abgegeben haben.

2. Zurechenbarkeit der Willenserklärung des P

Vorliegend könnte der Prokurist P für die W-OHG gegenüber der R-GmbH ein Angebot abgegeben haben, indem er dem R die Weinkisten vorstellt und sie ihm zum Preis von 170 € anbietet. P ist kein Gesellschafter der W-OHG und damit nicht nach § 125 Abs. 1 HGB vertretungsberechtigt. Mithin muss P die W-OHG nach §§ 164 ff. BGB vertreten haben, damit die Erklärung der W-OHG zuzurechnen ist. Dafür muss P eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen abgegeben und im Rahmen der Vertretungsmacht gehandelt haben.⁸

a) Eigene Willenserklärung

P muss zunächst gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 BGB eigenständig rechtsgeschäftlich handeln und eine eigene Willenserklärung abgeben.⁹ In Abgrenzung zum Boten ist bei der Willenserklärungsabgabe ein eigener Entscheidungs- und Handlungsspielraum nötig.¹⁰ P ist Verkäufer bei der W-OHG und empfiehlt dem R mehrere Weinsorten aus dem Weinhandel und bietet sie ihm mit einem Preisnachlass von 15 % für 170 € an. Dabei handelt er im Hinblick auf den Kaufgegenstand Wein und Kaufpreis ohne Weisung. Somit ist P kein Bote und gibt mit eigenem Entscheidungsspielraum eine eigene Willenserklärung ab.

b) In fremdem Namen

Die Willenserklärung muss gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 BGB in fremdem Namen abgegeben werden, sodass das Offenkundigkeitsprinzip gewahrt bleibt¹¹. Vorliegend tritt der P als Prokurist für die W-OHG dem R gegenüber. Damit wird hinreichend der Wille, in fremden Namen zu handeln, deutlich.

c) Im Rahmen der Vertretungsmacht

P müsste auch im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt haben. Die Vertretungsmacht des Vertreters kann sich

aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ergeben.¹² Vorliegend wurde P vom Gesellschafter B der W-OHG eine Prokura erteilt. Eine Prokura ist gemäß § 48 HGB eine rechtsgeschäftliche, handelsrechtliche Vollmacht mit einem besonders weiten, gesetzlich umschriebenen (§ 49 HGB), rechtsgeschäftlich grundsätzlich nicht einschränkbaeren Umfang.¹³

aa) Erteilung der Prokura

Zunächst müsste die Prokura jedoch wirksam erteilt worden sein. Gemäß § 48 Abs. 1 HGB erfolgt die Prokuraerteilung durch eine ausdrückliche einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung unmittelbar durch den Inhaber bzw. gesetzlichen Vertreter des Handelsgeschäfts.¹⁴

(1) Vollmachtgeber und Prokurist

Zunächst kann Prokurist nur eine natürliche Person sein.¹⁵ P ist Verkäufer bei der W-OHG und eine natürliche Person. B muss zur Erteilung nach § 48 Abs. 1 HGB berechnigt sein. Inhaber eines Handelsgeschäfts muss ein Kaufmann iSd §§ 1 ff. HGB sein, d.h. derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt.¹⁶ Handelsgesellschaften wie die OHG sind gem. § 6 Abs. 1 HGB Formkaufleute, in deren Namen nach § 126 Abs. 1 HGB die gesetzlichen Vertreter die Prokura erteilen können.¹⁷ Die gesetzlichen Vertreter sind nach § 125 Abs. 1 HGB die Gesellschafter A und B. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass nur B dem P ohne Mitwirken von A die Prokura erteilt. Bei Gesamtvertretung der Gesellschafter nach § 114 Abs. 1 HGB können diese nur gemeinsam eine Prokura erteilen bzw. gemäß § 116 Abs. 3 S. 1 HGB bedarf es intern für die Prokuraerteilung der Zustimmung aller Gesellschafter.¹⁸ Dieses interne Erfordernis beeinflusst jedoch die Wirksamkeit der Prokuraerteilung im Außenverhältnis nicht, sie bezieht sich nur auf die Geschäftsführungsbefugnis und nicht auf die Vertretungsmacht.¹⁹

(2) Ausdrückliche Erteilung

Die Erteilung der Prokura kann entsprechend § 167 Abs. 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem Prokuristen als Innenvollmacht oder einem Dritten als Außenvollmacht ab-

⁸ Schulze/Saenger, BGB, § 164 Rn. 1.

⁹ MüKoBGB/Schubert, § 164 Rn. 116.

¹⁰ BeckOK/Huber, § 164 Rn. 42; Neuner, BGB AT, § 49 Rn. 13.

¹¹ Neuner, BGB AT, § 49 Rn. 44f.; Staudinger/Schilken, BGB, § 164 Rn. 1.

¹² Jauernig/Mansel, BGB, § 164 Rn. 6.

¹³ MüKoHGB/Krebs, § 48 Rn. 1; Oetker/Schubert, HGB, § 48 Rn. 1.

¹⁴ EBS/Weber, HGB, § 48 Rn. 23; MüKoHGB/Krebs, HGB, § 48 Rn. 16, 43.

¹⁵ EBS/Weber, HGB, § 48 Rn. 16; MüKoHGB/Krebs, § 48 Rn. 27.

¹⁶ Brox/Henssler, HGB, § 2 Rn. 24.

¹⁷ Roth, in: K/K/R/D, HGB, § 48 Rn. 2a.

¹⁸ Baumbach/Hopt/Roth, HGB, § 116 Rn. 8, 14; MüKoHGB/Krebs, § 48 Rn. 16.

¹⁹ BeckOK/Meyer, HGB, § 48 Rn. 16; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, § 116 Rn. 8; EBS/Weber, HGB, § 48 Rn. 10.

gegeben werden.²⁰ Vorliegend erklärt B den P persönlich und ausdrücklich zum Prokuristen, um ihn für die hohen Umsatzzahlen zu belohnen. Damit wurde P die Prokura ausdrücklich im Innenverhältnis verliehen.

(3) Fehlende Eintragung in das Handelsregister

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass die Prokura nicht in das Handelsregister eingetragen wurde. Gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 HGB muss die Prokuraerteilung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, sie ist mithin eintragungspflichtig.²¹ Jedoch hat die Eintragung der Prokura nur deklaratorische Wirkung²², d.h. sie wirkt nur rechtsbekundend²³. Aus der Eintragungspflicht folgt der Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs bei fehlender oder fehlerhafter Eintragung und Bekanntmachung durch § 15 Abs. 1, Abs. 3 HGB.²⁴ Jedoch hat der Verstoß gegen die Anmeldepflicht keine Auswirkungen für die Wirksamkeit der Erteilung.²⁵ Damit wurde die Prokura wirksam erteilt.

bb) Umfang der Vertretungsmacht

Fraglich ist des Weiteren, ob der Abschluss des Kaufvertrages von dem Umfang der Prokura gedeckt ist. Vorliegend könnten sich Bedenken aufgrund der Weisung von B an P ergeben, Rabatte nur nach Rücksprache mit den Geschäftsführern zu gewähren.

(1) Grundsatz: § 49 Abs. 1 HGB

Gemäß § 49 Abs. 1 HGB umfasst die Prokura grundsätzlich alle Geschäfte, die zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehören. Dies sind alle Geschäfte, die in irgendeiner Weise dem Handelsgewerbe zugeordnet werden können.²⁶ Von der Prokura nicht erfasst sind Grundlagen- und Strukturentscheidungen des Handelsgewerbes, höchstpersönliche Inhaber- und Organpflichten und die Veräußerung und Belastung von Grundstücken i.S.d. § 49 Abs. 2 HGB.²⁷ P ist als Verkäufer in dem Weinhandel der W-OHG angestellt. Zu dem Hauptverkehrsgeschäft des Weinhandels gehört neben dem Verkauf von Weinen auch die Rabattgewährung zum typischen Verkaufsgeschäft. Dies ist weder ein

Grundlagengeschäft noch eine höchstpersönliche Organpflicht, die den Gesellschaftern ausdrücklich zuzuordnen wäre. Damit gehört der Weinverkauf mit Rabattgewährung zu den von § 49 Abs. 1 HGB umfassten Geschäften.

(2) Beschränkung des Umfangs nach § 50 Abs. 1 HGB

Die Vertretungsmacht könnte allerdings im Innenverhältnis begrenzt sein. Jedoch bestimmt § 50 Abs. 1 HGB, dass Beschränkungen des Prokura-Umfangs Dritten gegenüber unwirksam sind. Somit ist der in § 49 Abs. 1 HGB festgelegte Umfang aus Gründen des Verkehrsschutzes zwingend festgelegt und nicht rechtsgeschäftlich beschränkbar.²⁸ Die Weisung von B an P, Rabatte nur nach Rücksprache mit den Geschäftsführern zu gewähren, stellt eine Begrenzung im Innenverhältnis dar, die der P mit den 15 % Rabatt nicht eingehalten hat.

Damit liegt eine Überschreitung der Vertretungsmacht vor. Jedoch trifft das Risiko grundsätzlich den Vertretenen, indem er sich des Vertreters bedient und somit das Risiko des Missbrauchs aussetzt, es aber auch durch Kontrollmaßnahmen beeinflussen kann.²⁹ Deswegen hat diese Begrenzung wegen § 50 Abs. 1 HGB keine Auswirkungen auf die Willenserklärung gegenüber der R-GmbH.

(3) Evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht/ Kollusion

Ausnahmsweise wäre die Berufung auf § 50 Abs. 1 HGB nach § 242 BGB ausgeschlossen, wenn der Prokurist bewusst die Begrenzung im Innenverhältnis überschreitet und der Vertragspartner dies erkennt bzw. willentlich mit dem Prokuristen in Kollusion zusammenarbeitet.³⁰ Voraussetzung für den Missbrauch ist, dass der Geschäftspartner davon Kenntnis hatte oder der Missbrauch evident war und er massive Verdachtsmomente ignoriert hat.³¹ Allerdings trifft den Vertragspartner keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist.³² Vorliegend bietet P dem R die Weinkisten mit dem 15 % Nachlass unter glaubhaftem Verweis auf seine Prokuristenstellung an. R hat auf die Aussage vertraut. Somit hat

²⁰ Kindler, in: K/K/R/D, HGB, § 48 Rn. 8.

²¹ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 53 Rn. 1.

²² BGH NJW 2013, 297 Rn. 13; MüKoHGB/Krebs, § 53 Rn. 1.

²³ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 8 Rn. 11.

²⁴ BGH WM 1956, 727 (728); BeckOK/Meyer, HGB, § 53 Rn. 33.

²⁵ RG Beschl. v. 22.12.1931 – II B 30/31, RGZ 134, 303 (307).

²⁶ Roth, in: K/K/R/D, HGB, § 49 Rn. 2; EBJS/Weber, HGB, § 49 Rn. 3.

²⁷ MüKoHGB/Krebs, § 49 Rn. 8 ff.

²⁸ BeckOK/Meyer, HGB, § 50 Rn. 1; Roth, in: K/K/R/D, HGB, § 50 Rn. 2.

²⁹ RG 3.10.1928, HRR 1929, Nr. 84; Oetker/Schubert, HGB, § 48 Rn. 38.

³⁰ Brox/Henssler, HGB, § 10 Rn. 199a; Oetker/Schubert, HGB, § 48 Rn. 39 ff.

³¹ BGH, NJW 1999, 2883 (2883); BGH NJW 2017, 3373 (20).

³² BGHZ 127, 239 (241f.); BGH, NJW 2011, 66 (69).

er kein massives Verdachtsmoment ignoriert oder bewusst mit P zusammengearbeitet, um der W-OHG zu schaden. Damit scheidet ein evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht aus.

(4) Zwischenergebnis

Das Angebot des P über die vier Weinkisten in Höhe von 170 € mit dem Preisnachlass von 15 % ist vom Umfang der Vertretungsmacht umfasst.

cc) Kein Erlöschen der Prokura

Die Prokura ist auch nicht nach § 52 Abs. 1 HGB oder durch Beendigung des Grundverhältnisses nach § 168 BGB erloschen.³³

d) Zwischenergebnis

Somit hat P die W-OHG nach §§ 164 ff. BGB vertreten und eine Erklärung im Rahmen der Prokura abgegeben, die der W-OHG zuzurechnen ist.

3. Zwischenergebnis

Somit hat die W-OHG, wirksam vertreten durch P, ein Angebot abgegeben.

II. Annahme des Angebots durch die R-GmbH

Die R-GmbH müsste das Angebot auch angenommen haben. Eine Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der der Erklärende sein vorbehaltloses Einverständnis mit dem Angebot erklärt.³⁴ Eine GmbH ist gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG eine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit, die umfassende Rechtsfähigkeit durch Eintragung ins Handelsregister i.S.d. § 11 Abs. 1 GmbHG erlangt. Sie nimmt vertreten durch ihre Organe und Geschäftsführer nach § 35 GmbHG am Rechtsverkehr teil.³⁵ Dabei hat der Geschäftsführer gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG die Vertretungsmacht für jedes außenwirksame Handeln im Namen der Gesellschaft im Rechtsverkehr.³⁶ R ist Geschäftsführer der R-GmbH. Durch die wirksame Zulassung nach § 59c Abs. 1 BRAO und damit nach § 11 Abs. 1 GmbHG einhergehenden Eintragung hat die R-GmbH eigene Rechtsfähigkeit. R hat durch seine Ge-

schaftsführerstellung die organschaftliche Vertretungsmacht gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG inne, sodass seine Willenserklärungen der R-GmbH zuzurechnen sind.

1. Annahme im Laden

R könnte für die R-GmbH durch seine Aussage „Oh, das Angebot klingt ja hervorragend!“ das Angebot der W-OHG von P angenommen haben.

Es ist jedoch fraglich, ob die Aussage als Annahmeerklärung als Willenserklärung zu qualifizieren ist. Für eine Willenserklärung ist im äußeren Erklärungstatbestand ein Rechtsbindungswille und im inneren Tatbestand der Handlungswille, das Erklärungsbewusstsein und ein Geschäftswille erforderlich.³⁷ Unter dem Rechtsbindungswillen versteht man den Willen einer Person, sich rechtsgeschäftlich zu binden, d.h. eine rechtliche Verpflichtung einzugehen.³⁸ Ob dieser gegeben ist, ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 Abs. 1 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont zu ermitteln.³⁹ Ein objektiver Empfänger müsste bei verständiger Würdigung aller erkennbaren Umstände mit Rücksicht auf Treu und Glauben und der Verkehrssitte das Verhalten als Willenserklärung verstanden haben.⁴⁰ Davon abzugrenzen ist die bloße Erklärung der Vertragsbereitschaft, die lediglich unverbindlich ist.⁴¹

Die Aussage des R bezieht sich auf das Angebot des P. Jedoch macht sie lediglich die Begeisterung für den tollen Rabatt des P deutlich und ist somit nur auf den Teil des Angebots gerichtet. Aus der Sicht eines objektiven Empfängers ist bei einem Geschäftsabschluss dieser Größe nicht davon auszugehen, dass mit dem Ausruf über die Beschaffenheit des Angebots automatisch ein vorbehaltloses Einverständnis mit dem Angebot erklärt wird. Es fehlt der Aussage an einem Rechtsbindungswillen. Damit ist der äußere Erklärungstatbestand nicht gegeben und die Aussage kann nicht als Annahmeerklärung, sondern als bloße Erklärung der Vertragsbereitschaft gewertet werden.

2. Annahme durch Schweigen auf das kaufmännische Bestätigungsschreiben

Allerdings könnte das Schweigen auf die E-Mail des P als Annahmeerklärung gewertet werden. Grundsätzlich hat

³³ BeckOK/Meyer, HGB, § 52 Rn. 1 ff.

³⁴ Brox/Walker, BGB AT, § 8 Rn. 16; Palandt/Ellenberger, BGB, § 147 Rn. 1.

³⁵ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 13 Rn. 2 ff.; MüKoGmbHG/Merkt, § 13 Rn. 3f.

³⁶ MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, § 35 Rn. 95.

³⁷ Neuner, BGB AT, § 31 Rn. 1.

³⁸ MüKoBGB/Armbrüster, Vor § 116 Rn. 23; Neuner, BGB AT, § 31 Rn. 2.

³⁹ BGH NJW 1961, 2251 (2253); 1967, 673 (673); Palandt/Ellenberger, BGB, Einf § 116 Rn. 5.

⁴⁰ BGH NJW 1961, 2251 (2253); HK-BGB/Dörner, BGB, § 133 Rn. 8.

⁴¹ RGZ 131, 24 (26); 136, 132 (135).

Schweigen keinen Erklärungswert.⁴² Aus dem Interesse des Handelsverkehrs an der reibungslosen und raschen Abwicklung von Handelsgeschäften hat sich der gewohnheitsrechtliche Handelsbrauch entwickelt, wonach der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens diesem unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt des Schreibens nicht gegen sich gelten lassen will.⁴³ Sonst kommt der Vertrag mit dem Inhalt des Schreibens für beide Parteien verbindlich zustande, es sei denn, den Absender trüfe der Vorwurf unredlichen Verhaltens oder der Inhalt des Schreibens weiche von den tatsächlich getroffenen Abreden so weit ab, dass der Absender nicht auf eine Billigung durch den Empfänger vertrauen durfte.⁴⁴

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Erforderlich ist zunächst, dass die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf die R-GmbH und W-OHG anwendbar sind. Dies ist der Fall, wenn sowohl Absender als auch Empfänger des kaufmännischen Bestätigungsschreibens Kaufleute i.S.d. §§ 1ff. HGB sind oder in größerem Umfang wie Kaufleute am Geschäftsleben teilnehmen.⁴⁵ Vorliegend versendet P im Namen der W-OHG mittels deren E-Mail-Adresse eine E-Mail an die R-GmbH, welche dem R zugeht. P handelt dabei im Rahmen seiner Prokura. Der Absender, die W-OHG i.S.d. § 105 HGB, und der Empfänger, die R-GmbH i.S.d. § 13 Abs. 3 GmbHG sind Handelsgesellschaften, die gemäß § 6 Abs. 1 HGB Formkaufleute sind. Demnach sind die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens anwendbar.

b) Vorverhandlung

Zunächst muss dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben eine hinreichend konkretisierte ernsthafte Verhandlung vorausgegangen sein, deren Ergebnis das Schreiben als endgültigen Vertragsschluss wiedergibt.⁴⁶ Die Vertragsverhandlungen müssen nur aus Sicht des Bestätigenden und nicht objektiv zu einem Vertragsabschluss geführt haben.⁴⁷ P nimmt in der E-Mail für die W-OHG Bezug auf den für ihn zustande gekommenen Vertragsschluss im Weinhandel, wo er dem R die vier Kisten Wein zum Preis

von 170 € vorstellte. Damit ist der E-Mail eine hinreichend konkretisierte und ernstlich vorgenommene Verhandlung vorausgegangen.

c) Bestätigung des Vertragsschlusses

Der im kaufmännischen Bestätigungsschreiben behauptete Vertragsschluss muss mit seinem wesentlichen Inhalt im Schreiben eindeutig und präzise wiedergegeben sein.⁴⁸ Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist von der Auftragsbestätigung, die von ihrem Inhalt her nach §§ 133, 157 BGB die Annahme eines Angebots darstellt, zu unterscheiden.⁴⁹ P bedankt sich in der E-Mail für den Auftrag der R-GmbH und gibt zum Überblick die wesentlichen Vertragsbestandteile, den Kaufgegenstand und Kaufpreis der Vertragsverhandlungen, wieder. Damit nimmt er kein Angebot an, sondern bestätigt den für P im Weinhandel zustande gekommenen Vertragsabschluss.

d) Zeitlicher Zusammenhang

Das Bestätigungsschreiben muss dem Empfänger in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen i.S.d. § 130 BGB zugegangen sein, sodass der Empfänger auf das Eintreffen vorbereitet ist und noch damit rechnen kann.⁵⁰ Grundsätzlich gelten bis zu vier Werktagen noch innerhalb des unmittelbaren Zusammenhangs.⁵¹ P versendet die E-Mail zwei Tage nach den mündlichen Vertragsverhandlungen in der Weinhandlung. Diese geht der R-GmbH auch unmittelbar zu, sodass das Bestätigungsschreiben in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang abgegeben wurde.

e) Schutzwürdigkeit des Bestätigenden

Der Absender muss schutzwürdig sein, d.h. er muss unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nach § 242 BGB das Schweigen als Einverständnis auffassen dürfen.⁵² Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass P versehentlich statt wie mündlich vereinbart 15 % Rabatt in der E-Mail nur 10 % Rabatt gewährt, sodass der Kaufpreis in der E-Mail 180 € anstatt 170 € beträgt.

⁴² BGHZ 152, 63 (68); Neuner, BGB AT, § 31 Rn. 11; EBS/Fest, HGB, § 346 Rn. 192.

⁴³ BGH NJW 2011, 1965 (22); 1954, 105; MüKoHGB/Maultzsch, § 346 Rn. 142.

⁴⁴ EBS/Fest, HGB, § 346 Rn. 243; Oetker/Pamp, HGB, § 346 Rn. 38.

⁴⁵ Palandt/Ellenberger, BGB § 147 Rn. 9.

⁴⁶ BGH NJW 63, 1922, 1925; 1974, 991 (992); HK-BGB/Dörner, § 147 Rn. 11.

⁴⁷ BGH NJW 1964, 1951 (1952); 1973, 2106 (2106 f.); Oetker/Pamp, HGB, § 346 Rn. 42.

⁴⁸ BGH NJW 1965, 965 (966); 1970, 2021 (2022); EBS/Fest, HGB, § 346 Rn. 253.

⁴⁹ OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 2839 (Rn. 19f.).

⁵⁰ BGH NJW 1964, 1223 (1224); MüKoBGB/Busche, § 147 Rn. 21.

⁵¹ EBS/Fest, HGB, § 346 Rn. 292; Oetker/Pamp, HGB, § 346 Rn. 44.

⁵² MüKoBGB/Busche, § 147 Rn. 22f.; Roth, in: K/K/R/D, HGB, § 346 Rn. 30.

aa) Redlichkeit bezüglich des Inhalts

Die Zurechnung des Schweigens als Zustimmung scheidet aus, bei bewusst falscher oder entstellender Wiedergabe des Vereinbarten bzw. bei bewusster Bestätigung eines nicht verbindlich vereinbarten Vertrags.⁵³ Vorliegend ist P beim Versenden der E-Mail von dem Vertragsschluss überzeugt. Die Rabattänderung geschah versehentlich. Somit handelte er ohne Bewusstsein über das fehlende Zustandekommen und ist bezüglich des Inhalts redlich.

bb) Keine erheblichen Abweichungen

Jedoch darf die Bestätigung nicht so weit vom Verhandlungsergebnis entfernt sein, dass der Bestätigende nach Treu und Glauben nicht mit dem Einverständnis des anderen rechnen kann.⁵⁴ Eine inhaltliche Deckungsgleichheit mit den „realen“ Verhandlungen ist für das kaufmännische Bestätigungsschreiben gerade nicht erforderlich, sodass Änderungen, Ergänzungen oder sonstige nicht erhebliche Abweichungen, die das vorab Besprochene nicht ungewöhnlich ergänzen und den Empfänger nicht überraschen, deshalb zur näheren Ausgestaltung des Vertragsinhalts in das Bestätigungsschreiben aufgenommen werden dürfen.⁵⁵ Die Rabattänderung um 5 % verändert den Kaufpreis um 10 €. Der Kaufpreis gehört als essentialia negotii zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen.

Die Abweichung von 170 € zu 180 € ist jedoch keine erhebliche Abweichung des Kaufpreises, da schließlich weiterhin nicht der Original-Preis, sondern ein Preis mit Rabatt besteht. Somit ist die Kaufpreiserhöhung um 10 € kein Grund, weswegen die W-OHG nicht mit dem Einverständnis rechnen kann.

cc) Zwischenergebnis

Somit ist die W-OHG schutzwürdig und darf unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nach § 242 BGB das Schweigen als Einverständnis auffassen.

(f) Schweigen bzw. kein unverzüglicher Widerspruch

Der Empfänger muss dem Bestätigungsschreiben unverzüglich widersprechen, um die Bestätigungswirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens zu verhindern.⁵⁶ Unverzüglich i.S.d. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB bedeutet ohne

schuldhaftes Zögern.⁵⁷ R reagiert nicht auf die E-Mail der W-OHG, weil ihm einfällt, dass er die Kisten aufgrund seines eigenen Vorrats nicht mehr benötigt. Damit hat er nicht dem Schreiben widersprochen, sondern geschwiegen. R widerspricht erst bei Lieferung der Weinflaschen zwei Wochen später im Rahmen der Abnahmeverweigerung. Dieser Widerspruch erfolgt jedoch evident nicht unverzüglich. R muss als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH über die Gebräuche des Handelsverkehrs zur schnellen Geschäftsabwicklung und die Folgen seines Schweigens Bescheid wissen. Somit hat der verspätete Widerspruch keine Wirkung.

3. Rechtsfolge

Infolge des Vorliegens der Voraussetzungen für das wirksame Bestätigungsschreiben, gilt dieses mit seinem Inhalt für beide Parteien als verbindlich zustande gekommen.⁵⁸ Fraglich ist, welche konkrete Wirkung dem Bestätigungsschreiben zukommt. Dabei ist das deklaratorische kaufmännische Bestätigungsschreiben, in der der Vertrag zwischen den Beteiligten bereits zuvor wirksam mit dem Inhalt zustande gekommen ist und das Schreiben nur den Inhalt bestätigt⁵⁹, von dem konstitutivem Bestätigungsschreiben zu unterscheiden, das den Vertragsschluss erst in den Fällen bewirkt, wo der bestätigte Inhalt von der vorangehenden Abmachung abweicht oder es fraglich ist, ob bei den Vorverhandlungen ein gültiger Vertragsschluss stattgefunden hat.⁶⁰ Vorliegend ist kein Vertragsschluss im Weinhandel mangels Annahmeerklärung der R-GmbH zustande gekommen. Das Schreiben enthält geringfügige Preisabweichungen von den Verhandlungen im Laden. Deswegen hat das Schreiben der W-OHG eine konstitutive Wirkung, sodass der Vertrag mit dem Inhalt des Schreibens zustande kommt. Damit ist neben dem Empfänger auch der Absender zur Stabilisierung des Handelsverkehrs an sein Bestätigungsschreiben gebunden.⁶¹ Die W-OHG kann sich nicht auf die Überschreitung der Vertretungsmacht durch P im Innenverhältnis berufen und muss ebenfalls den Vertragsschluss zum Kaufpreis von 180 € hinnehmen.

III. Vertragsschluss

Zwischen der W-OHG und der R-GmbH wurde ein Kauf-

⁵³ BGH NJW 1954, 105 (105); 1963, 1922 (1924).

⁵⁴ RGZ 95, 48 (51); BGH NJW 1952, 1369 (1370); 1963, 1922 (1923).

⁵⁵ BGH NJW 1963, 1922 (1923); 1954, 105 (105); MüKoBGB/Busche, § 147 Rn. 22; Oetker/Pamp, HGB, § 346 Rn. 60.

⁵⁶ BGH NJW 1962, 246 f.; 1955, 1794 (1795); Baumbach/Hopt/Leyens, HGB, § 346 Rn. 25.

⁵⁷ BGH 1955, 1794 (1795); MüKoHGB/Maultzsch, § 346 Rn. 176.

⁵⁸ BGH NJW 2011, 1965 (1966); BGHZ 7, 187 (6); 11, 1 (20).

⁵⁹ BGH NJW 1964, 1269 (1270); MüKoHGB/Maultzsch, § 346 Rn. 159.

⁶⁰ BGHZ 18, 212 (216); 40, 42 (46); 54, 236 (240); EBJS/Fest, HGB, § 346 Rn. 258.

⁶¹ Baumbach/Hopt/Leyens, HGB, § 346 Rn. 28; MüKoHGB/Maultzsch, § 346 Rn. 187.

vertrag über die vier Weinkisten i.H.v. 180 € geschlossen. Der Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB ist entstanden.

B. Anspruch nicht untergegangen

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein, d.h. er dürfte nicht durch eine rechtsvernichtende Einwendung erloschen sein.⁶² Der Anspruch könnte durch Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB untergegangen sein, wenn R seine Annahme durch Schweigen wirksam angefochten und mit *ex-tunc* Wirkung vernichtet hätte.

I. Anfechtung wegen Irrtum über Wirkung des Schweigens

R könnte bei der Lieferung der Weinkisten wegen eines Irrtums über die Bedeutung des Schweigens angefochten haben. Zunächst muss dafür dieser Irrtum einen tauglichen Anfechtungsgrund nach §§ 119 ff. BGB darstellen. Bei dem Irrtum könnte es sich um einen Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB handeln. Dieser liegt vor, wenn der Erklärende zwar das, was er erklären will, auch erklärt, sich aber über die rechtliche Bedeutung seiner Erklärung im Irrtum befindet.⁶³ Dieser ist abzugrenzen von einem Motivirrtum, wo der Erklärende objektiv dasjenige erklärt, was er subjektiv erklären wollte, sich aber über die Umstände der Erklärung irrt.⁶⁴ Unterfälle davon sind der Schlüssigkeits- bzw. Rechtsfolgenirrtum.⁶⁵ Gegen die Einschlägigkeit eines Inhaltsirrtums spricht die grundlegende Verpflichtung, ein Bestätigungsschreiben mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) zu lesen und inhaltlich zu prüfen.⁶⁶ Somit handelt es sich beim Irrtum des R über die Bedeutung des Schweigens lediglich um einen Schlüssigkeits- bzw. Rechtsfolgenirrtum. Mithin liegt kein tauglicher Anfechtungsgrund vor. R kann nicht anfechten.

II. Anfechtung wegen Inhalt des Bestätigungsschreibens

Zudem könnte R anfechten, weil er sich über den Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, hier den Kaufpreis, geirrt hat. Voraussetzung für die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB ist, dass der Empfänger des kaufmännischen Bestätigungsschreibens das Schreiben inhaltlich missversteht und auf Grund dessen und in Kenntnis der Rechtsfolge des Schweigens bewusst

keinen Widerspruch erhebt, um den Inhalt des Bestätigungsschreibens gelten zu lassen.⁶⁷ R macht gegenüber A bei der Übergabe geltend, dass dieser mit dem geforderten Kaufpreis von 200 € dem im kaufmännischen Bestätigungsschreiben festgelegten Kaufpreis von 180 € widerspricht. Darin könnte ein Inhaltsirrtum liegen. Jedoch sagt er zudem, er sei nicht an sein Schweigen gebunden. Damit macht er deutlich, unbewusst keinen Widerspruch erheben zu haben und sich nicht über den Inhalt des Schreibens geirrt zu haben. Eine Anfechtung scheidet aus.

III. Zwischenergebnis

Mithin kann der R den Anspruch nicht durch Anfechtung vernichten.

C. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch muss durchsetzbar sein. Es darf keine rechtshemmende Einwendung geben.⁶⁸ Diese ist nicht ersichtlich. Der Anspruch ist durchsetzbar.

D. Ergebnis

Schließlich hat die W-OHG einen Anspruch gegen die R-GmbH auf Abnahme der Weinkisten und Zahlung der 180 € aus § 433 Abs. 2 BGB.

Frage 2:

K müsste einen Herausgabeanspruch für das Gemälde gegen die R-GmbH haben. In Betracht kommen Ansprüche aus § 985, § 869 i.V.m. § 861, § 1007 Abs. 1, Abs. 2, § 823 Abs. 2 i.V.m. § 249 Abs. 1, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

A. Vertragliche Ansprüche

Mangels Vertragsverhältnis scheiden vertragliche Ansprüche aus.

B. Herausgabeanspruch aus § 985 BGB

K könnte gegen die R-GmbH einen Anspruch auf Herausgabe des Gemäldes gemäß § 985 BGB haben. Der Anspruch setzt eine Vindikationslage voraus.⁶⁹ Der Anspruchsteller müsste Eigentümer einer Sache und der Anspruchsgegner dessen Besitzer ohne ein entsprechendes Besitzrecht sein, §§ 985, 986 BGB.

⁶² Brox/Walker, BGB AT, § 38 Rn. 26.

⁶³ BGHZ 177, 65 (65 ff.); Jauernig/Mansel, BGB, § 119 Rn. 7.

⁶⁴ BeckOK/Rehberg, BGB, § 119 Rn. 126f.; MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rn. 108.

⁶⁵ BGH NJW 1972, 45 (46); EBS/Fest, HGB, § 346 Rn. 239; MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rn. 69; Roth, in: K/K/R/D, HGB § 346 Rn. 34.

⁶⁶ BGH NJW 54, 105 (106); 1972, 45 (45).

⁶⁷ MüKoBGB/Armbrüster, § 119 Rn. 70; Neuner, BGB AT, § 37 Rn. 56.

⁶⁸ Brox/Walker, BGB AT, § 38 Rn. 27.

⁶⁹ BeckOK/Spohnheimer, BGB, § 985 Rn. 1, 4.

I. Sachqualität des Gemäldes (§ 90 BGB)

Zunächst müsste es sich bei dem Gemälde um eine Sache handeln. Eine Sache ist nach § 90 BGB jeder körperliche Gegenstand. Ein Gemälde ist ein körperlicher Gegenstand und somit eine Sache i.S.d. § 90 BGB.

II. Eigentum der K

K müsste auch Eigentümerin des Gemäldes sein. Eigentümer ist, wer die rechtliche Herrschaftsmacht über die Sache besitzt (vgl. § 903 Abs. 1 BGB).⁷⁰

1. Ursprüngliches Eigentum der K

K ist Künstlerin und das infrage stehende Gemälde hat sie selbst geschaffen. Nach der Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 BGB hat der Eigenbesitzer das (unbedingte) Eigentum zugleich mit dem Eigenbesitz erworben.⁷¹ Damit war K als frühere Eigenbesitzerin ursprünglich Eigentümerin ihres Lieblingsgemäldes.

2. Eigentumserwerb der W-OHG nach § 929 S. 1 BGB

Jedoch könnte K das Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB an die W-OHG verloren haben. Voraussetzungen für den Eigentumsübergang nach § 929 S.1 BGB sind die Einigung über den Eigentumsübergang und die Übergabe der Sache.⁷² K muss das Gemälde an die W-OHG übergeben haben und beide sich über den Eigentumserwerb der W-OHG geeinigt haben. Die W-OHG ist gemäß § 124 Abs. 1 HGB rechtsfähig und kann somit selbst eine Eigentümerstellung einnehmen.

a) Dingliche Einigung, §§ 929 S. 1, 145, 147 BGB

Eine dingliche Einigung ist ein zweiseitiges Verfügungsgeschäft, das sich aus zwei inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen zusammensetzt, die darauf gerichtet sind, das Eigentum an einer bestimmten Sache zu übertragen.⁷³ Auf diese sind die Vorschriften über Willenserklärungen uneingeschränkt anwendbar.⁷⁴ Vorliegend stellt K regelmäßig ihre Gemälde im Weinhandel der W-OHG aus, die auch von dort verkauft werden. Jedoch fand niemals eine ausdrückliche Einigung zwischen der W-OHG und K statt, dass die ausgestellten Gemälde ins Eigentum der W-OHG übergehen sollen.

b) Zwischenergebnis

Somit hat die K ihr Eigentum nicht an die W-OHG verloren.

3. Eigentumserwerb der R-GmbH nach § 929 S. 1 BGB

K könnte ihr Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB an die R-GmbH verloren haben.

a) Dingliche Einigung, §§ 929 S. 1, 145, 147 BGB

Persönlich haben sich K und die R-GmbH nicht geeinigt. Jedoch könnte sich der nach § 125 Abs. 1 HGB vertretungsberechtigte Gesellschafter der W-OHG B mit dem nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertretungsberechtigten Geschäftsführer R für die R-GmbH geeinigt haben. R machte B ein dingliches Angebot i.S.d. §§ 929 S. 1, 145 BGB, indem er verkündet, das Gemälde für die Kanzleiräume erwerben zu wollen. Dieses nahm B durch das Einverständnis und die Kaufpreisforderung gemäß §§ 929 S. 1, 147 BGB an. Die Willenserklärung müsste K nach §§ 164 ff. BGB bei wirksamer Vertretung durch die W-OHG zugerechnet werden.

aa) Eigene Willenserklärung

Die W-OHG müsste eine eigene Willenserklärung abgegeben haben. Bezüglich des Handlungsspielraums ist auf das nach außen erkennbare Auftreten abzustellen.⁷⁵ Hier hat B sich im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts an den üblichen Gemäldepreisen von K orientiert. Er hatte freien Entscheidungsspielraum bei der Vertragspartnerwahl und unterlag keiner Weisung. Somit gab B für die W-OHG eine eigene Willenserklärung ab.

bb) Im fremdem Namen

Die W-OHG müsste in fremdem Namen gehandelt haben.

(1) Abgrenzung zum Handeln als Kommissionär in eigenem Namen

In Abgrenzung zur Stellvertretung könnte die W-OHG als Kommissionär für K in das Geschäft eingeschaltet sein. Kommissionär ist gemäß § 383 Abs. 1 HGB, wer es als Kaufmann gewerbsmäßig übernimmt, in eigenem Namen und auf fremde Rechnung des Kommittenten, Waren oder Wertpapiere zu kaufen oder verkaufen.⁷⁶ Das Kommissionsgeschäft enthält drei Rechtsverhältnisse.⁷⁷ Zunächst

⁷⁰ Palandt/Herrler, BGB, § 903 Rn. 1.

⁷¹ BGH NJW 1994, 939 (941); 2002, 2101 (2102); Jauernig/Berger, BGB, § 1006 Rn. 1.

⁷² HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB, § 929 Rn. 2.

⁷³ BGH NJW 1958, 1133 (1134); Baur/Stürner, Sachenrecht, § 51 Rn. 6; MüKo-BGB/Oechsler, § 929 Rn. 22.

⁷⁴ HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB, § 929 Rn. 3.

⁷⁵ BGH NJW 1954, 797 (798); HK-BGB/Dörner, BGB, § 164 Rn. 4.

⁷⁶ MüKoHGB/Häuser, § 383 Rn. 18.

⁷⁷ Canaris, HGB, § 30 Rn. 4.

den Kommissionsvertrag als ein nach §§ 145 ff. BGB geschlossener, gegenseitiger Vertrag über eine Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1 BGB), in dem sich der Kommissionär zum Tätigwerden i.S.d. § 383 Abs. 1 HGB gegen eine Provision gemäß § 396 Abs. 1 HGB verpflichtet.⁷⁸ Dann das Ausführungsgeschäft, das der Kommissionär im eigenen Namen, auf Rechnung des Kommittenten, als dessen „mittelbarer Stellvertreter“ mit dem Dritten schließt.⁷⁹ Zuletzt das Abwicklungsgeschäft, das der Überführung des Geschäftsergebnisses dient.⁸⁰

Ausdrücklich hat B für die W-OHG gegenüber der R-GmbH nicht im Namen der K gehandelt. Das Geschäft könnte auch ein Ausführungsgeschäft in eigenem Namen auf fremde Rechnung als Verkaufskommission sein. Besonders im Kunsthandel werden regelmäßig Kommissionsgeschäfte in Form von Dienstverträgen mit Geschäftsbesorgungscharakter abgeschlossen.⁸¹

Zwischen K und der W-OHG müsste ein Kommissionsvertrag geschlossen worden sein. Ein Vertrag über eine Verkaufskommission setzt eine ausdrückliche Absprache über die Weiterveräußerung des Gutes voraus.⁸² Der Kommissionär ist nur im Einzelfall bezüglich einer oder mehrerer bestimmter Geschäftsbesorgungen tätig⁸³ und hat das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen (§ 384 Abs. 1 Hs. 2 HGB)⁸⁴. Vorliegend ist die W-OHG Kaufmann gemäß § 6 Abs. 1 HGB, die im Rahmen ihres Weinhandels auch Gemälde ausstellt und verkauft, mithin gewerbsmäßig tätig wird. Der Kommissionsvertrag kann im Verhältnis zu K dahingehend geschlossen worden sein, dass die W-OHG für den Zeitraum der Ausstellung die Gemälde veräußern kann. Es fehlt allerdings an dem ausdrücklichen Vertragsschluss über die Geschäftsbesorgung mit vereinbarter Provision. Beim infrage stehenden Gemälde wurde im Einzelfall explizit der Verkauf untersagt, mithin eine Verkaufskommission ausgeschlossen. Es besteht kein Kommissionsvertrag. B handelt für die W-OHG nicht im eigenen Namen.

(2) Offenkundigkeitsgrundsatz

Grundsätzlich muss der Offenkundigkeitsgrundsatz gewahrt bleiben. Nach § 164 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich das Handeln in fremden Namen auch aus den Umständen ergeben, insb. wenn bereits frühere Erklärungen im Namen des anderen abgegeben worden sind⁸⁵ oder es sich um ein unternehmensbezogenes Geschäft mit hinreichend deutlichem Unternehmensbezug handelt⁸⁶. Explizit veräußert B für die W-OHG das Gemälde nicht im Namen der K, jedoch ist R bewusst, dass die W-OHG regelmäßig im Rahmen ihres Geschäfts Gemälde für die K veräußert. Somit ergibt sich das Handeln unter fremden Namen aus den Geschäftsumständen und der Offenkundigkeitsgrundsatz ist gewahrt.

cc) Im Rahmen der Vertretungsmacht

Zudem ist fraglich ist, im Rahmen welcher Vertretungsmacht die W-OHG für die K tätig wird bzw. welche Position sie innehat.

(1) W-OHG als Handelsvertreter i.S.d. § 84 Abs. 1 HGB

Die W-OHG könnte als Handelsvertreter für K tätig geworden sein. Ein Handelsvertreter ist nach § 84 Abs. 1 HGB, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen.⁸⁷ Der Abschluss von Geschäften erfolgt im Rahmen einer Handlungsvollmacht i.S.d. § 54 HGB.⁸⁸ Ein Handelsvertreter für Künstler muss deren Interessen vertreten und durch vielfältige Aktivitäten fördern, z.B. durch werbewirksame Vermarktung der Werke und nicht bloß Gelegenheit zum Geschäftsschluss bieten.⁸⁹ Vorliegend stellt die W-OHG die Gemälde zum Verkauf in ihrem Weinhandel aus, tätigt aber keine weiteren expliziten Bemühungen für die K, den Geschäftsabschluss durch Einwirkungen auf potentielle Käufer zu fördern. Somit tritt die W-OHG nicht als Handelsvertreter mit einer Handlungsvollmacht für K auf.

⁷⁸ Baumbach/Hopt/Kumpan, HGB, § 383 Rn. 1; MüKoHGB/Häuser, § 383 Rn. 30, 39.

⁷⁹ MüKoHGB/Häuser, § 383 Rn. 65f.; Oetker/Martinek, HGB, § 383 Rn. 9; Palandt/Ellenberger, Einf. v. § 164 Rn. 6.

⁸⁰ Canaris, HGB, § 30 Rn. 4.

⁸¹ Canaris, HGB, § 30 Rn. 10; Anton, in: Martinek/Semler/Flohr, VertrieBR, § 55 Rn. 17 ff.

⁸² BFH BeckRS 2006, 25009758.

⁸³ BGH NJW 2017, 475 (Rn. 12); Oetker/Martinek, HGB, § 383 Rn. 14.

⁸⁴ MüKoHGB/Häuser, § 383 Rn. 30.

⁸⁵ Staudinger/Schilken, BGB, § 164 Rn. 1.

⁸⁶ BGH NJW 1974, 1191 (1193); 2000, 2984 (2985); Jauernig/Mansel, BGB, § 164 Rn. 3.

⁸⁷ Canaris, HGB, § 15 Rn. 1; MüKoHGB/Ströbl, § 84 Rn. 6.

⁸⁸ Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 84 Rn. 24 f.

⁸⁹ BGH NJW 1983, 42 (43); Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 84 Rn. 22; Canaris, HGB, § 15 Rn. 11; Anton, in: Martinek/Semler/Flohr, VertrieBR, § 55 Rn. 26.

(2) W-OHG als Handelsmakler i.S.d. § 93 Abs. 1 HGB

Die W-OHG könnte Handelsmakler nach § 93 Abs. 1 HGB sein, d.h. gewerbsmäßig für andere Personen die Vermittlung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren übernehmen. Sie müsste vermittelnd auf die Abschlussbereitschaft der Vertragsparteien hinwirken.⁹⁰ Die W-OHG vermittelt nicht den Vertragsschluss zwischen K und der R-GmbH, sondern führt diesen aus. Die W-OHG kann nicht Handelsmakler sein.

(3) Rechtsgeschäftliche Vollmacht

Die W-OHG könnte von K eine rechtsgeschäftliche Vollmacht für die Veräußerung und die Vertretung in der dinglichen Einigung i.S.d. § 166 Abs. 2 BGB nach § 167 Abs. 1 BGB erteilt bekommen haben. Die Bevollmächtigung durch empfangsbedürftige Willenserklärung kann durch ausdrückliche oder konkludente Erklärung erfolgen.⁹¹ K stellt mehrere Gemälde aus, die die W-OHG auch für sie veräußern kann. Für ihre Lieblingsgemälde hat sie jedoch ausdrücklich A angewiesen, dass diese nicht veräußert werden dürften. Damit könnte K ausdrückliche eine Vollmachterteilung verweigert haben. Fraglich ist, ob die Anweisung an A der W-OHG zuzurechnen ist und demnach auch für B gilt.

(a) Organtheorie, § 31 BGB analog

Nach einer Ansicht soll die Wissenszurechnung analog § 31 BGB erfolgen, wonach der juristischen Person bzw. einer Gesamthandsgesellschaft jedes Wissen eines Vertretungsorgans zuzurechnen sei.⁹² § 31 BGB ist dabei analog auf eine OHG als Personengesellschaft als eigenständiger Rechtsträger anwendbar.⁹³ Nach dieser Ansicht ist der W-OHG das Wissen der A über die Vollmachtverweigerung im Hinblick auf das Gemälde zuzurechnen.

(b) Anwendung von § 166 Abs. 1, Abs. 2 BGB

Nach anderer Ansicht ist § 166 Abs. 1, Abs. 2 BGB anwendbar, wonach nur auf das Wissen des Handelnden abgestellt wird.⁹⁴ Dabei wird zum Verkehrsschutz an die Organisationspflichten der Organvertreter angeknüpft. Demnach wird das zugerechnet, was die handelnde Person bei ordnungsgemäßem „Wissensmanagement“ innerhalb der

juristischen Person hätte wissen müssen, damit die Geschäftspartner nicht schlechter stehen, als wenn sie mit einer natürlichen Person zu tun hätten.⁹⁵ Grundsätzlich ist nur auf das Wissen des B für die W-OHG als Handelnder abzustellen. Allerdings ist die Beschränkung der Innenvollmacht gegenüber A eine Weisung, auf deren Befolgen K vertraut und die im Rahmen der Gesellschaftsorganisation B hätte mitgeteilt werden müssen. Somit ist die Kenntnis der A der W-OHG und damit auch B zuzurechnen.

(c) Stellungnahme

Beide Ansichten kommen im Hinblick auf die W-OHG zu demselben Ergebnis, dass die Kenntnis des A der W-OHG zuzurechnen ist. Während B für die W-OHG im Namen der K die dingliche Einigung mit der R-GmbH geschlossen hat, handelte er mithin ohne rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht.

(4) Anscheins- oder Duldungsvollmacht

Zuletzt könnte K die Willenserklärung zuzurechnen sein, wenn die W-OHG eine Rechtsscheinvollmacht in Form der Anscheins- und Duldungsvollmacht innehatte. Bei der Duldungsvollmacht muss eine Person bereits als Vertreter aufgetreten sein und der Vertretene das Verhalten geduldet haben.⁹⁶ Bei der Anscheinsvollmacht kannte der Vertretene das Auftreten des Vertreters nicht, hätte es aber bei ordnungsgemäßer Sorgfalt bemerken und verhindern können, sodass der Dritte auf die Vollmacht vertrauen durfte.⁹⁷ R vertraute aufgrund seiner Kenntnis, dass die W-OHG regelmäßig für K veräußerte, auf deren Vertretungsmacht. Jedoch duldete K dies nicht, denn sie erteilte für die entsprechenden Gemälde die Veräußerungserlaubnis und hatte im Hinblick auf das konkrete Gemälde ausdrücklich die Veräußerung verneint, und vertraute auf die Weisungsbefolgung. Es liegt keine Rechtsscheinvollmacht vor.

dd) Zwischenergebnis: Vertreter ohne Vertretungsmacht

B handelte für die W-OHG bei der dinglichen Einigung mit R für die R-GmbH als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die K.

⁹⁰ BGH NJW-RR 2009, 1282 (1283); Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB, § 93 Rn. 1f.

⁹¹ BeckOK/Schäfer, BGB, § 167 Rn. 7; Staudinger/Schilken, BGB, § 167 Rn. 13.

⁹² BGH NJW 1996, 1339 (1341); RGZ 53, 227 (231); 78, 347(353); Schmidt, GesR, § 10 V.

⁹³ BGH NJW 1952, 537 (538); 1973, 456; MüKoBGB/Leuschner, § 31 Rn. 4.

⁹⁴ Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 35 Rn. 62ff.

⁹⁵ BGH NJW 1996, 1339 (1340); 1990, 975 (976); Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, § 35 Rn. 67.

⁹⁶ BGH VersR 1992, 989 (990); BGH NJW 1988, 1199 (1200); 2004, 2745 (2747).

⁹⁷ BGH NJW 1975, 2101 (2102); 1981, 1727 (1728).

b) Zwischenergebnis

Vorliegend wird die dingliche Einigung des B mit R nicht K nach §§ 164 ff. BGB zugerechnet und die R-GmbH erwirbt kein Eigentum nach § 929 S. 1 BGB.

4. Eigentumserwerb der R-GmbH nach §§ 929 S. 1, 932 BGB

Allerdings könnte K ihr Gemäldeigentum durch gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten nach §§ 929 S. 1, 932 BGB an die R-GmbH verloren haben.

a) Rechtsgeschäft i.S.e. Verkehrsgeschäfts

Zunächst ist ein Rechtsgeschäft i.S.d. Verkehrsgeschäft erforderlich.⁹⁸ Dieses liegt vor, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung auf Erwerberseite eine Person steht, die nicht zugleich auf Veräußererseite zu finden ist.⁹⁹ Vorliegend sind B für die W-OHG in scheinbarer Vertretung der K und R für die R-GmbH personenverschieden, sodass ein Verkehrsgeschäft vorliegt.

b) Objektiver Rechtsscheintatbestand: Einigung und Übergabe

Es muss ein objektiver Rechtsscheintatbestand i.S.d. § 932 BGB vorliegen, mithin die Veräußerung mit Einigung und Übergabe erfolgt sein.¹⁰⁰ Es kommt aufgrund fehlender Vertretungsmacht der W-OHG zu keiner dinglichen Einigung zwischen K und der R-GmbH, sodass der Rechtsscheintatbestand fehlt.

c) Gutgläubigkeit des Erwerbers § 932 Abs. 1 S. 1 BGB

Zudem hätte R gemäß § 932 Abs. 1 S. 1 BGB gutgläubig sein müssen, um die Nichtberechtigung der W-OHG bei der Eigentumsübertragung zu überwinden. Der Erwerber darf nicht bösgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB sein, also Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Eigentümerstellung des Veräußerers haben.¹⁰¹ Gegenstand des guten Glaubens ist das Veräußerer-Eigentum. Der gute Glaube an die Vertretungsmacht wird von §§ 932 ff. BGB nicht geschützt.¹⁰² R weiß, dass die W-OHG regelmäßig Gemälde für K veräußert und vertraut nur auf die Vertretungsmacht. R war mithin nicht gutgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB.

d) Zwischenergebnis

Somit konnte der vertretungsberechtigte Geschäftsführer R der R-GmbH das Gemäldeigentum auch nicht gutgläubig nach §§ 929 S. 1, 932 BGB erwerben.

5. Eigentumserwerb der R-GmbH nach § 366 Abs. 1 HGB analog

Zuletzt könnte die K ihr Gemäldeigentum durch gutgläubigen Erwerb der R-GmbH nach § 366 Abs. 1 HGB verloren haben. § 366 Abs. 1 HGB schützt denjenigen, der gutgläubig im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine bewegliche Sache erwirbt.¹⁰³

a) Veräußerer ist Kaufmann

Zunächst müsste der Veräußerer, d.h. der vorgeblich Verfügungsbefugte, Kaufmann sein.¹⁰⁴ Die W-OHG ist Kaufmann i.S.d. § 6 Abs. 1 HGB.

b) Veräußerung einer beweglichen Sache im Betrieb des Handelsgewerbes

Die Veräußerung einer beweglichen Sache muss im Betrieb des Handelsgewerbes erfolgen. Das Gemälde ist eine bewegliche Sache. Betriebszugehörig sind alle Geschäfte mit nur lockerem Funktionszusammenhang zum Handelsgewerbe.¹⁰⁵ Die Veräußerung erfolgt im Rahmen des regelmäßigen Gemäldeverkaufs im Weinhandel der W-OHG und gehörte damit für die objektiven Betrachter zum Betrieb des Handelsgewerbes.

c) Gutgläubigkeit des Erwerbers, § 932 II BGB analog

R müsste gutgläubig analog § 932 Abs. 2 BGB gewesen sein, mithin keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Verfügungsbefugnis des nichtberechtigten Kaufmanns haben.¹⁰⁶ Vorliegend fehlt es der W-OHG jedoch an der für die dingliche Einigung erforderliche Vertretungsmacht. R hatte keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von deren Fehlen. Diese ist mithin nicht von § 932 Abs. 2 BGB erfasst. Fraglich ist, ob der gute Glaube an die Vertretungsmacht über § 366 HGB analog geschützt ist.

⁹⁸ BGH NJW 2007, 3204 (Rn. 22 f.); NJW 1981, 522 (524).

⁹⁹ BGH NJW 2007, 3204 (Rn. 22); BeckOK/Klinck, BGB, § 932 Rn. 20.

¹⁰⁰ BeckOK/Klinck, BGB, § 932 Rn. 79; Jauernig/Berger, BGB, § 932 Rn. 4.

¹⁰¹ BeckOK/Klinck, BGB, § 932 Rn. 28, 32; Palandt/Herrler, BGB, § 932 Rn. 6.

¹⁰² HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB, § 932 Rn. 11; Jauernig/Berger, BGB, § 932 Rn. 7f.

¹⁰³ BeckOK/Moussa, HGB, § 366 Rn. 1; Koller, in: K/K/R/D, HGB § 366 Rn. 1.

¹⁰⁴ MüKoHGB/Welter, § 366 Rn. 27, 34; Canaris, in: Staub, HGB, § 366 Rn. 14.

¹⁰⁵ BGH NJW 1974, 1462 (1463); Oetker/Pamp, HGB, § 343 Rn. 17.

¹⁰⁶ EBS/Lettl, HGB, § 366 Rn. 2; Oetker/Maultzsch, HGB, § 366 Rn. 2.

aa) § 366 HGB analog bei fehlender Vertretungsmacht

Nach einer Ansicht soll § 366 HGB analog auf die Fälle der fehlenden Vertretungsmacht ausgeweitet werden.¹⁰⁷ Dies wird damit begründet, dass sich aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig ergebe, dass damit die Verfügungsbefugnis durch Ermächtigung i.S.d. § 185 BGB gemeint sei und demnach auch die Befugnis aus der Vertretungsmacht einschlägig sein könnte, somit eine vergleichbare Interessenlage vorliegt.¹⁰⁸ Im Handelsrecht sei das Tätigwerden in eigenem oder fremdem Namen als Eigenhändler, Kommissionär, -makler oder Handels- bzw. Stellvertreter für den Vertragspartner nicht eindeutig und zum Verkehrsschutz sei eine Gleichstellung dieser im guten Glauben nach § 366 Abs. 1 HGB geboten.¹⁰⁹ Hier wäre der gute Glauben des R an die Vertretungsmacht der W-OHG für K von § 366 Abs. 1 HGB analog geschützt.

bb) Keine analoge Anwendung von § 366 HGB

Nach anderer Ansicht läge keine vergleichbare Interessenlage vor und das Vertrauen auf die Vertretungsmacht wird nicht nach § 366 Abs. 1 HGB analog geschützt.¹¹⁰ Demnach sei hinreichend Verkehrsschutz über die §§ 54 – 56 HGB bzw. die Rechtsinstitute der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht gegeben.¹¹¹ Zudem ergebe sich im Handelsverkehr regelmäßig die berufliche Stellung, sodass erkennbar ist, ob in fremdem oder eigenem Namen gehandelt werde.¹¹² Demnach ist der gute Glauben des R für die R-GmbH an die Vertretungsmacht der W-OHG bei der Gemäldeveräußerung nicht über § 366 HGB geschützt.

cc) Streitentscheid

Die beiden Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, mithin ist eine Stellungnahme erforderlich. Grundsätzlich spricht für die zweite Ansicht, dass infolge der Anwendung des § 366 HGB die fehlende Vertretungsbefugnis hinsichtlich des Verfügungsgeschäfts ausgeglichen werde. Es ist daher fraglich, wie sich dies auf das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft auswirke und

welche Ansprüche dem bisherigen Eigentümer verbleiben.¹¹³ Jedoch muss zum Verkehrsschutz im Handelsverkehr die Schutzbedürftigkeit der Vertragspartner besonders in den Blick genommen werden.¹¹⁴ Dies entspricht dem Willen des historischen Gesetzgebers bei der Entstehung von § 366 HGB, wonach es im Handelsverkehr so häufig vorkomme, dass die Sache in eigenem oder fremdem Namen veräußert wird, jede Verfügungsbefugnis vom guten Glauben erfasst werden sollte.¹¹⁵ Mithin ist der zweiten Ansicht zu folgen und der gute Glaube des R im Hinblick auf die Vertretungsmacht wird von § 366 Abs. 1 HGB analog erfasst.

6. Gutgläubiger Erwerb (§ 366 HGB analog i.V.m. §§ 929 S. 1, 932 BGB)

Somit liegt durch die analoge Anwendung von § 366 Abs. 1 HGB die dingliche Einigung zwischen der W-OHG und R-GmbH vor. Es müssten die weiteren Voraussetzungen des Eigentumserwerbs nach §§ 929 S. 1, 932 BGB vorliegen.

a) Übergabe

Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB bedeutet die vollständige Besitzaufgabe des Veräußerers bei Besitzerlangung des Erwerbers auf Veranlassung des Veräußerers.¹¹⁶ Fraglich ist, wie die W-OHG den Besitz übertragen kann, schließlich hat K ihr kein Eigentum an dem Gemälde gemittelt. Die W-OHG könnte bei der Übergabe als Besitzmittler nach § 868 BGB eingeschaltet sein. Besitzmittler i.S.d. § 868 BGB ist, wer aufgrund eines Rechtsverhältnisses mit einer anderen Person, dem mittelbarer Besitzer, zeitweise zum Besitz berechtigt ist und den Besitz mit Fremdbesitzerwillen ausübt und dem Oberbesitzer zur Herausgabe verpflichtet ist.¹¹⁷

aa) Rechtsverhältnis i.S.d. § 868 BGB

Es müsste ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 868 BGB begründet werden, indem der unmittelbare Besitzer einer anderen Person den Besitz mittelt.¹¹⁸ Ob mittelbarer Besitz oder ein Besitzdienerverhältnis vorliegt, hängt von den Umständen

¹⁰⁷ Baumbach/Hopt/Leyens, HGB, § 366 Rn. 5; Brox/Henssler, HGB, § 16 Rn. 313; MüKo-HGB/Welter, § 366 Rn. 43; Schmidt, HandelsR, § 23 IV 2; Schmidt, JuS 1987, 936 (936ff).

¹⁰⁸ MüKoHGB/Welter, § 366 Rn. 43; Schmidt, HandelsR, § 23 IV Rn. 33 ff.

¹⁰⁹ Schmidt, JuS 1987, 936 (937).

¹¹⁰ BeckOK/Moussa, HGB, § 366 Rn. 11; Bosch, JuS 1988, 439 (439f.); Canaris, HGB, § 27 Rn. 16 f; Canaris, in: Staub, HGB, § 366 Rn. 37; EBJS/Lettl, HGB, § 366 Rn. 11; Oetker/Maultzsch, HGB, § 366 Rn. 27.

¹¹¹ Oetker/Maultzsch, HGB, § 366 Rn. 29.

¹¹² Canaris, HGB, § 27 Rn. 16; EBJS/Lettl, HGB, § 366 Rn. 11.

¹¹³ Bosch, JuS 1988, 439 (440); Canaris, HGB, § 27 Rn. 17.

¹¹⁴ Schmidt, JuS 1987, 936 (937).

¹¹⁵ Quellen zum HGB, 1897, S. 119.

¹¹⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 51 Rn.12; Jauernig/Berger, BGB, § 929 Rn. 8.

¹¹⁷ MüKoBGB/Schäfer, § 868 Rn. 8; HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB, § 868 Rn. 1.

¹¹⁸ BGH NJW 2005, 359 (364).

des Einzelfalls ab.¹¹⁹ Ein Besitzdiener ist gemäß § 855 BGB, wer die tatsächliche Gewalt über die Sache für einen anderen im sozialen Abhängigkeitsverhältnis ausübt und Weisungen unterworfen ist.¹²⁰ Vorliegend hat K der W-OHG mehrere Gemälde zur Ausstellung und zum Verkauf überlassen. Über diese Gemälde wurde ein Kommissionsvertrag in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrages geschlossen, der hier nicht über das infrage stehende Gemälde zustande gekommen ist. Jedoch wurde das Gemälde der W-OHG zur Ausstellung bereitgestellt. Dabei könnte es sich um einen Auftrag i.S.d. §§ 662 ff. BGB handeln. Ein Auftrag ist die vertragliche Übernahme der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung für einen anderen.¹²¹ Eine Geschäftsbesorgung umfasst jede unentgeltliche Tätigkeit in fremdem Interesse.¹²² Die Ausstellung des Gemäldes erfolgt unentgeltlich und im Interesse der K. Ein Auftrag ist ein Besitzmittlungsverhältnis über die übergebene Sache.¹²³ Ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 868 BGB ist mithin gegeben.

bb) Fremdbesitzerwille

Der Besitzmittler muss den Besitz in Anerkennung des Herausgabeanspruchs des mittelbaren Besitzers, mithin mit Fremdbesitzerwillen, ausüben.¹²⁴ Vorliegend besitzt die W-OHG das Gemälde offenkundig für K. Es ist objektiv für Außenstehende erkennbar, dass die W-OHG Fremdbesitzerwillen hat.

cc) Herausgabeanspruch

Zuletzt muss dem mittelbaren Besitzer ein durchsetzbarer Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer zustehen.¹²⁵ Beim Auftrag ergibt sich ein Herausgabeanspruch explizit aus §§ 675 Abs. 1, 667 BGB, dessen Inhalt sich nach der Art des Herausgabeobjektes richtet.¹²⁶ Damit hat K einen Herausgabeanspruch gegen die W-OHG auf Gemälderückgabe nach der Ausstellung.

dd) Zwischenergebnis

Die Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB erfolgte durch unmittelbaren Besitzverlust der K und W-OHG und ein vollständigem Besitzerwerb der R-GmbH.

b) Einigsein

Die Einigung muss noch im Zeitpunkt der Übergabe vorliegen.¹²⁷ Die Einigung bestand mittels § 366 Abs. 1 HGB bei Übergabe fort.

c) Kein Abhandenkommen

Zuletzt dürfte das Gemälde bei dem Erwerb nach § 366 HGB i.V.m. §§ 929 S. 1, 932 BGB nicht abhanden gekommen sein. Abhandenkommen i.S.d. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB bedeutet, dass der Eigentümer den unmittelbaren Besitz unfreiwillig verloren hat. Vorliegend hat K den Besitz jedoch freiwillig auf die W-OHG übertragen. Mithin ist das Gemälde nicht nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB abhandengekommen. Somit sind die weiteren Voraussetzungen von §§ 929 S. 1, 932 BGB gegeben.

III. Ergebnis

Schließlich hat die R-GmbH nach §§ 929 S. 1, 932 BGB i.V.m. § 366 HGB das Gemäldeigentum erlangt und K hat keinen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB.

C. Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gemäß §§ 869, 861 Abs. 1 BGB

K könnte gegen die R-GmbH einen Herausgabeanspruch aus §§ 869, 861 Abs. 1 BGB haben. Beim possessorischen Herausgabeanspruch des früheren mittelbaren Besitzers i.S.d. § 868 BGB gegen den fehlerhaften Besitzer muss dem unmittelbaren Besitzer die Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen worden sein.¹²⁸

I. Früherer mittelbarer Besitz des Anspruchstellers

K müsste frühere mittelbare Besitzerin i.S.d. § 868 BGB des Gemäldes sein. Durch das Besitzmittlungsverhältnis mit der W-OHG ist K mittelbare Besitzerin.

II. Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht

K müsste der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen worden sein. Verbotene Eigenmacht liegt i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB vor, wenn dem Besitzer widerrechtlich der Besitz ohne dessen Willen entzogen oder gestört wird und das Gesetz dies nicht gestattet. Bei § 869 BGB muss ge-

¹¹⁹ MüKoBGB/Schäfer, § 868 Rn. 36.

¹²⁰ BeckOK/Götz, BGB, § 855 Rn. 1; MüKoBGB/Schäfer, § 855 Rn. 1.

¹²¹ Jauernig/Mansel, BGB, § 662 Rn. 1.

¹²² BGH NJW 1971, 1404 (1404).

¹²³ RGZ 109, 167 (170); 100, 190 (193); OLG Frankfurt BeckRS 2016, 16936 (Rn. 47).

¹²⁴ BGH NJW 1955, 499 (500); 2005, 359 (364); MüKoBGB/Schäfer, § 868 Rn. 17.

¹²⁵ BGH NJW 1953, 1506 (1508); BeckOK/Götz, BGB, § 868 Rn. 42.

¹²⁶ HK-BGB/Wiese, BGB, § 667 Rn. 1, 4; Jauernig/Mansel, BGB, § 667 Rn. 1.

¹²⁷ HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB, § 929 Rn. 7.

¹²⁸ BeckOK/Fritzsche, BGB, § 869 Rn. 1; HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB, § 869 Rn. 1.

genüber dem unmittelbaren Besitzer die verbotene Eigenmacht iSd § 858 Abs. 1 BGB begangen worden sein.¹²⁹ Ein Einverständnis des Besitzmittlers lässt die verbotene Eigenmacht und damit den Anspruch des mittelbaren Besitzers ohne Rücksicht auf dessen Willen entfallen.¹³⁰ Die W-OHG hat das Gemälde als unmittelbare Besitzerin an die R-GmbH freiwillig übergeben. Damit liegt keine verbotene Eigenmacht vor.

Somit hat K keinen Herausgabeanspruch aus §§ 869, 861 BGB gegen die R-GmbH.

D. Herausgabeanspruch aus § 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB

K könnte einen petitorischen Herausgabeanspruch aus § 1007 BGB gegen die R-GmbH haben. Dafür muss der Anspruchsteller früherer Besitzer, der Anspruchsgegner gegenwärtiger Besitzer und beim Besitzerwerb bösgläubig gewesen (§ 1007 Abs. 1 BGB) bzw. im Besitz einer nach § 935 Abs. 1 BGB abhandengekommenen Sache (§ 1007 Abs. 2 BGB) sein, und der Anspruch darf nicht ausgeschlossen sein.¹³¹

I. Anspruchsvoraussetzungen

Die K war frühere Besitzerin i.S.d. § 854 BGB bzw. § 868 BGB des Gemäldes. Die R-GmbH hat die tatsächliche Sachherrschaft über das Gemälde, welches in den Geschäftsräumen ausgestellt ist, und ist mithin gegenwärtiger Besitzer. Zudem muss die R-GmbH beim Besitzerwerb bösgläubig oder im Besitz einer der K nach § 935 Abs. 1 abhandengekommenen Sache sein. R handelte jedoch bei dem Verfügungsgeschäft über das Gemälde nicht bösgläubig i.S.d. § 932 Abs. 2 BGB. Das Gemälde ist K auch nicht nach § 935 Abs. 1 BGB abhandengekommen. Der petitorische Besitzanspruch nach § 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB scheidet aus.

II. Ergebnis

Somit hat K keinen Herausgabeanspruch aus § 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB gegen die R-GmbH.

E. Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB (Naturalrestitution)

K könnte einen deliktischen Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB in Form der Naturalrestitution haben, also darauf, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen, demnach das Gemäldeigentum zurückzuerlangen.¹³² Erforderlich dafür ist, dass eine Rechtsgutsverletzung rechtswidrig und schuldhaft erfolgte, und diese dem Anspruchsgegner mitursächlich zurechenbar ist.¹³³ In Betracht kommt die Rechtsgutsverletzung des Eigentums und des Besitzes als sonstiges Recht.¹³⁴ Jedoch besteht der Anspruch nur, wenn der Schädiger die Rechtsgutsverletzung vorsätzlich oder fahrlässig verschuldet hat.¹³⁵ R ging von einer ordnungsgemäßen Vertretungsmacht der W-OHG für K bei der Einigung aus und hatte auch keine Anhaltspunkte für deren Fehlen, verschuldete mithin die Rechtsgutsverletzung nicht. Somit hat K keinen Anspruch aus § 823 Abs. 1 i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz in Naturalrestitution.

F. Herausgabeanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

K könnte den Herausgabeanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gegen die R-GmbH haben, wenn diese etwas durch Leistung ohne Rechtsgrund von K erlangt hat.

I. Etwas Erlangt i.S.d. § 812 Abs. 1 BGB

Die R-GmbH müsste „Etwas erlangt“ haben, d.h. jede Verbesserung der Vermögenslage des Bereicherungsschuldners.¹³⁶ Sie hat Eigentum und Besitz am Gemälde erhalten, somit ein vermögenswertes „Etwas“ i.S.d. § 812 Abs. 1 BGB.

II. Durch Leistung iSd § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Die R-GmbH müsste dies durch Leistung erlangt haben. Leistung i.S.d. § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB bedeutet die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.¹³⁷ Dabei ist auf den Empfängerhorizont des objektiven Leistungsempfängers und gerade nicht auf den inneren Willen des Leistenden abzustellen.¹³⁸ Das gilt auch, wenn der Vertreter ohne Vollmacht gehandelt hat und der Vertretene gegen diesen einen Anspruch aus § 179 BGB hat.¹³⁹ Aus Sicht des R veräußert B für die W-OHG im Namen der K

¹²⁹ BGH, BeckRS 1976, 31122539; MüKoBGB/Schäfer, § 869 Rn. 3.

¹³⁰ BGH, BeckRS 1976, 31122539.

¹³¹ HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB, § 1007 Rn.1f.; Jauernig/Berger, BGB, § 1007 Rn. 2 f.

¹³² BGH NJW 2012, 1796 (1796); BeckOK/Flume, BGB, § 249 Rn. 56, 57.

¹³³ BGH NJW 2000, 3199 (3200); HK-BGB/Staudinger, BGB, § 823 Rn. 2.

¹³⁴ BGH NJW 1998, 377 (380); 1976, 1630(1631); BeckOK/Förster, BGB, § 823 Rn. 155 f.

¹³⁵ MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 85; Palandt/Sprau, BGB, § 823 Rn. 40 ff.

¹³⁶ HK-BGB/Wiese, BGB, § 812 Rn. 3; Palandt/Sprau, BGB, § 812 Rn. 4.

¹³⁷ BGH NJW 1964, 399 (399); 1967, 1905 (1906); 2018, 1079 (Rn.17).

¹³⁸ BGH NJW 1964, 399 (399); 1979, 157 (158); 993, 1578 (1579); 1999, 1393 (1394).

¹³⁹ BGH NJW 1961, 1461 (1462).

und somit ist Leistende aus Sicht des R die Vertretene. Somit müsste die Leistung der K eine Zweckbestimmung beinhalten und ihr zurechenbar sein.¹⁴⁰ Vorliegend übergibt, aus Sicht des R, die W-OHG das Gemälde der K mit Vertretungsmacht zur Erfüllung des scheinbaren Kaufvertrages, mithin ist damit der Leistungszweck gegeben. Diese Leistung müsste K jedoch zurechenbar veranlasst haben.¹⁴¹ Das kann durch persönliche Gegenstandsübertragung vom Anspruchsteller an den Anspruchsgegner oder dadurch erfolgen, dass er dafür einen Dritten einschaltet.¹⁴² Der Leistende muss nicht bewusst handeln; es genügt eine beliebige Zurechnung auch unter Rechtsscheingesichtspunkten, sodass auch eine unbewusste, aber zurechenbar veranlasste Zuwendung eine Leistung sein kann.¹⁴³ Für R ist durch die regelmäßige Veräußerung der Gemälde der K durch die W-OHG und die vergleichbare Situation mit dem Lieblingsgemälde der Rechtschein entstanden, dass die W-OHG auch für dieses Vertretungsmacht hat. Mithin ist K durch die Gemäldeübergabe an die W-OHG die Leistung zurechenbar. Somit fand eine Leistung i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB statt.

III. Ohne Rechtsgrund

Die Leistung müsste ohne rechtlichen Grund erfolgt sein, d.h. der Empfänger darf kein Recht auf die Leistung haben, mithin das zugrunde liegende Kausalverhältnis nicht geschaffen oder unwirksam war oder jedenfalls die Leistung nicht oder nicht so erforderte.¹⁴⁴ Ein Rechtsgrund würde vorliegen, wenn die W-OHG die K auch beim Kaufvertragsabschluss, dem Verpflichtungsgeschäft, wirksam vertreten hätte. Fraglich ist, ob auch das Verpflichtungsgeschäft § 366 HGB analog die fehlende Vertretungsmacht überwindet.

1. § 366 HGB analog als Rechtsgrund

Nach einer Ansicht zielt der § 366 HGB analog auf kondiktionsfreien Erwerb des Eigentums, der das Recht zum Behalten bedingt.¹⁴⁵ Dies ergebe sich aus den Schutzfolgen des § 366 HGB, wonach der Erwerber beim Mangel

der Vertretungsmacht beim Grundgeschäft zunächst beim Vertretenen die Genehmigung nach § 177 Abs. 2 BGB fordern und infolge der Verweigerung die Vertragserfüllung nach § 179 Abs. 1 BGB verlangen könne.¹⁴⁶ Demnach entstehe zwischen dem Vertreter und Erwerber ein gesetzliches Schuldverhältnis, aus dem der Erwerber bei Nachkommen seiner eigenen Vertragspflichten kondiktionsfrei das Eigentum erwerbe.¹⁴⁷ Die R-GmbH hätte einen Rechtsgrund.

2. Unwirksamkeit nach § 177 BGB

Nach anderer Ansicht sei der schuldrechtliche Kaufvertrag von dem dinglichen Rechtsgeschäft zu unterscheiden. Der Kaufvertrag sei bei Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht infolge einer Genehmigungsverweigerung des Vertretenen nach § 177 BGB unwirksam.¹⁴⁸ Demnach habe die R-GmbH keinen Rechtsgrund für das Behalten des Gemäldes.

3. Stellungnahme

Mithin ist eine Stellungnahme erforderlich. Grundsätzlich spricht für die erste Ansicht, dass der Erwerbsschutz über § 366 HGB nur beim Verfügungsgeschäft inkonsequent ist.¹⁴⁹ Jedoch sind durch die Saldotheorie, wonach der Erwerber die Sache nur Zug um Zug gegen den gezahlten Kaufpreis herausgeben muss, die Interessen der Vertragsparteien damit gewahrt.¹⁵⁰ Zudem ist die Anspruchsbeurteilung aus § 179 Abs. 1 BGB nicht immer gewährleistet, z.B. bei fehlender Gutgläubigkeit nach § 179 Abs. 2 BGB.¹⁵¹ Die Auswechslung des Rechtsgrundes und der Partei stellt ein systemfremdes Konstrukt dar und die Heranziehung des § 366 HGB als Rechtsgrund ist bei den Leistungskonditionen nicht möglich.¹⁵² Grundsätzlich widerspricht die Konstruktion dem System des Bereicherungsrechts und dem Abstraktionsprinzip, welches eine Trennung des Verpflichtungs- vom Verfügungsgeschäfts vorgibt.¹⁵³ Daher ist der zweiten Ansicht zu folgen. Es liegt kein Rechtsgrund vor.

¹⁴⁰ HK-BGB/Wiese, BGB, § 812 Rn. 5; Jauernig/Stadler, BGB, § 812 Rn. 4 ff; MüKoBGB/Schwab, § 812 Rn. 47.

¹⁴¹ BeckOK/Wendehorst, BGB, § 812 Rn. 45 f.

¹⁴² BeckOK/Wendehorst, BGB, § 812 Rn. 45.

¹⁴³ BeckOK/Wendehorst, BGB, § 812 Rn. 46.

¹⁴⁴ BGH NJW 1989, 453 (455); BeckOK/Wendehorst, BGB, § 812 Rn. 60.

¹⁴⁵ Schmidt, HandelsR, § 23 IV Rn. 37; Schmidt, JuS 1987, 936 (939).

¹⁴⁶ Schmidt, HandelsR, § 23 IV Rn. 37; Bosch, JuS 1988, 439 (440).

¹⁴⁷ Schmidt, HandelsR, § 23 IV Rn. 37; Schmidt, JuS 1987, 936 (939).

¹⁴⁸ Bosch, JuS 1988, 439 (440); Brox/Henssler, HGB, § 16 Rn. 313a; Canaris, HGB, § 27 Rn. 17; Canaris, in: Staub, HGB, § 366 Rn. 37 f.

¹⁴⁹ Schmidt, HandelsR, § 23 IV Rn. 37; Schmidt, JuS 1987, 936 (939).

¹⁵⁰ Bosch, JuS 1988, 439 (440).

¹⁵¹ Canaris, HGB, § 27 Rn. 17.

¹⁵² Canaris, HGB, § 27 Rn. 17; Canaris, in: Staub, HGB, § 366 Rn. 37 f.

¹⁵³ Brox/Henssler, HGB, § 16 Rn. 313a; Canaris, in: Staub, HGB, § 366 Rn. 37 f.

IV. Zwischenergebnis

Somit kann K von der R-GmbH Zug um Zug gegen Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises die Rückübereignung des Gemäldes verlangen.

G. Endergebnis

Im Ergebnis hat K nur aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe des Gemäldes gegen die R-GmbH.

ANMERKUNGEN

Insgesamt handelt es sich um eine gute Arbeit. Die Schwerpunkte werden erkannt und korrekt gelöst. Die Formalien der Hausarbeit werden eingehalten und das Literaturverzeichnis überzeugt.

Die erste Aufgabe wird ordentlich gelöst. Es wird erkannt, dass die handelsrechtlichen Normen relevant sind und die Prokura wird gut geprüft. Auch das kaufmännische Bestätigungsschreiben wird korrekt erörtert.

Bei der zweiten Frage wird zunächst korrekt auf § 985 BGB eingegangen. Auch die anderen Regelungen, die hier als Anspruchsgrundlage in Betracht kommen, werden erkannt. Dabei überzeugen die Prüfungen aber nicht immer; teilweise erscheinen die Ausführungen bezüglich der verschiedenen Formen der handelsrechtlichen Stellvertretungsformen (Handelsvertreter und Handelsmakler) bzw. dem Handeln als Kommissionär etwas fernliegend.

Die Leistung übertrifft die durchschnittlichen Anforderungen deutlich. Insgesamt wird die Arbeit bewertet als: gut (14 Punkte)

Ergänzungen vom Lehrstuhl von Prof. Oppermann nach Rücksprache wegen der vom Korrektor angemerkten fernliegenden Ausführungen zum Kommissionär:

Die Ausgestaltung im Sinne eines Kommissionsgeschäfts stand zur Diskussion, der Lehrstuhl hat sich aber mit Blick auf den Examensstoff (und die Tatsache, dass derartige Vertretungsformen gerade nicht dazu gehören), dagegen entschieden. Allerdings ist es mit entsprechenden Belegen gut vertretbar, entsprechend zu argumentieren denn dies geschieht häufiger im Kunsthandel. Die Ausführungen sind deswegen, insbesondere da mit entsprechenden Literaturnachweisen gearbeitet worden ist, nicht abwegig.