X kann demnach bei der Kommission eine Beschwerde einreichen. Die Kommission hat bei der Entscheidung, ob sie durch Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die deutsche Regelung vorgehen möchte, ein Ermessen. Dass dieses Ermessen auf Null reduziert sei, beispielsweise durch die Offenkundigkeit des Unionsrechtsverstoßes, ist, selbst wenn man dies überhaupt als denkbar annehmen will,[68] vorliegend angesichts der sehr strittigen Rechtslage nicht anzunehmen. X hat mithin keinen Anspruch auf eine derartige Entscheidung der Kommission. Eine dahingehende Klage des X wäre mithin unzulässig.

68 Eine derartige Möglichkeit lehnt der EuGH ab, s. Urt. v. 20.02.1997, Rs. C-107/95 P *Bundesverband der Finanzbuchhalter e.V./KOM*, Rn. 18 f.

Bearbeitet von Christina Wilkens, Greifswald*

Unter Strom – Hausarbeit in der Übung Privatrecht für Fortgeschrittene

Sachverhalt

Ausgangsfall

In einem abgelegenen Dorf bei Parchim betreiben der Frührentner Franz (F) und der hauptberufliche Bauer Bert (B) gemeinsam ein Bauunternehmen unter der Bezeichnung „F&B GbR", das nicht im Handelsregister eingetragen ist. Nach den Absprachen ist B allein zur Geschäftsführung befugt. Zum Geschäft gehört ein 20 m² großer Verkaufsraum mit Waren für den Handwerkerbedarf (kleine Werkzeuge, Schrauben etc.), in welchem Sabine (S), die Schwiegermutter des B, vormittags für 3 Stunden pro Werktag aus Gefälligkeit die vorrätigen Waren verkauft und auch Bestellungen für sonstigen Baubedarf (Ziegelsteine, Zement etc.) entgegennimmt. Die Unternehmung erwirtschaftete in den letzten 5 Jahren um die 65.000 € Jahresumsatz; auch in diesem Jahr ist die Entwicklung stabil. Um Buchhaltung und Steuerfragen kümmert sich S; Bankkredit wird nicht in Anspruch genommen. Im Ladenlokal erhält die S unerwartet Besuch von dem selbständigen Raumausstatter Richard (R), der ihr plausibel erklärt, dass der Verkaufsraum unter der schlechten Beleuchtung der Leuchtstoffröhre leide. Das aber lasse sich leicht beheben: Er habe da noch ein Exemplar einer spektakulären Designer-LED-Leuchte im Wagen, das er nur noch heute zum Sonderpreis von 1.500 € anbieten könne. Kurz entschlossen kauft S „für den Betrieb". Als B nach seiner Ankunft im Ladenlokal über das „Schnäppchen" unterrichtet wird, ist er über das „grauselige Stück" entsetzt und verweigert gegenüber S jede Zustimmung zum Kauf. S nimmt die Lampe kurzerhand mit nach Hause und lässt sie noch am Nachmittag in ihrem Wohnzimmer aufhängen (Kosten: 40 €). Erst mit der Illumination werden sehr störende und nicht behebbare Risse im Glaskörper der Lampe erkennbar, die nachweislich Ausprägung eines Ausreißers bei der Fabrikation sind. S telefoniert mit B. Am Abend liest der verblüffte R zwei E-Mails. In der ersten schreibt B, dass er als Geschäftsführer der F&B GbR die S nicht zu Ankäufen bevollmächtigt habe (was zutrifft) und mit dem Erwerb der Lampe nicht einverstanden sei. Ferner erklärt er, dass er hilfsweise wegen der Risse im Glas der Lampe nicht an dem Vertrag festhalten wolle. S hingegen schreibt, dass sie wegen der Mängel im Glas die Lieferung einer neuen Lampe an sich persönlich verlange. Ihrer E-Mail ist ein Foto der leuchtenden Lampe angehängt, auf dem man die Risse gut erkennen kann. Der Elektriker der S würde für zusammen 60 € die bemängelte Lampe wieder abnehmen sowie eine neue einbauen. R möchte am Geschäft möglichst festhalten, da er sich nicht sicher ist, alle bei ihm noch lagernden Lampen desselben Typus zu vergleichbar hohen Preisen an den Mann bringen zu können.

Kann R Zahlung des Kaufpreises verlangen?

Fortsetzung

Mit dem Minibagger der F&B Gesellschaft unterbricht B leicht fahrlässig ein städtisches Stromkabel, welches den Betrieb des Kunstschmieds Karl (K) versorgt. Am gleichen Tag sägt der Castor-Gegner Christian (C) einen Mast derjenigen Überlandstromleitung an, von welcher der gesamte Ortsteil, in dem sich die Schmiede des K befindet, abhängig ist. Der Mast stürzt auf die entscheidende Bahnlinie und blockiert diese für den Zugverkehr; die vom Mast gehaltenen Stromkabel reißen. In der Schmiede des K fällt die Stromversorgung aus, wodurch eine gerade bearbeitungsfähige Schmelze im elektrischen Lichtbogenofen erkaltet und sich in für K nicht mehr brauchbaren Stahlschrott im Wert von 100 € verwandelt. Für das Ausgangsmaterial der Schmelze hatte er 950 € und für dessen Erhitzung 50 € aufgewandt. Da die Stromversorgung erst nach 5 Tagen wiederhergestellt werden kann, entgeht K wegen des Betriebsstillstands ein

* *Christina Wilkens* studiert im 6. Fachsemester Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald. Die Hausarbeit wurde im Rahmen der Übung im Privatrecht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2015 vom Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Privatrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsharmonisierung im Ostseeraum (Prof. Dr. *Boris Schinkels*) gestellt und mit 16 Punkten bewertet. Die durchschnittliche Bewertung betrug 4,61 Punkte. 41% der Hausarbeiten wurden mit mangelhaft, 41% mit ausreichend, 13,2% mit befriedigend, 1,6 % mit vollbefriedigend, 1,6% mit gut und 1,6% mit sehr gut bewertet.

Gewinn von 2.500 €. Es kann weder geklärt werden, ob das Ansägen des Masts oder das Baggern zuerst zur Leitungsunterbrechung geführt hat, noch ist erweislich, inwieweit eine irreversible Schädigung der Schmelze bereits zwischen beiden Ereignissen eingetreten ist. Andere Ursachen für den Stromausfall als die beiden Leitungsunterbrechungen sind hingegen sicher ausgeschlossen.

K nimmt F auf Ersatz des Schadens mit Ausnahme des Betriebsstillstandes in Anspruch. F zahlt 900 €.

Welche Ansprüche haben K und F?

Gutachten

A. Frage 1: Zahlungsansprüche des R

I. Zahlungsanspruch des R gegen die „F&B GbR" aus § 433 II BGB i.V.m. § 124 I HGB analog

R kann gegen die F&B GbR einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 1.500 € aus § 433 II BGB haben. Dieser Anspruch würde [*Hier kein Konjunktiv, stattdessen im vorigen Satz – Anm. d. Red.*] voraussetzen, dass die „F&B GbR" rechtsfähig und zwischen ihr und R ein Vertrag zustande gekommen ist.

1. Bestehen einer GbR

Ausweislich des Sachverhaltes handelt es sich bei der „F&B GbR" um ein Bauunternehmen, welches von den Gesellschaftern B und F betrieben wird. Möglicherweise handelt es sich bei der „F&B GbR" um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, §§ 705 ff. BGB). Da die Bezeichnung als GbR nicht zwingend den Rückschluss auf die tatsächliche Gesellschaftsform zulässt, ist die Abgrenzung zur OHG anhand der Frage zu klären, ob die „F&B GbR" den Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.d. § 105 I 1 HGB zum Zweck hat. Dies beurteilt sich nach § 1 II HGB.

a) Betrieb eines Gewerbes

B und F betreiben ein Gewerbe i.S.d. HGB, da es sich bei der „F&B GbR" als Bauunternehmen mit Ladenlokal um eine äußerlich erkennbare, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer und zum Zwecke der Gewinnerzielung ausgeübte Tätigkeit handelt, welche kein freier Beruf ist.[1]

b) Handelsgewerbe

Es könnte ein Handelsgewerbe vorliegen. Gem. § 1 II HGB kann die Vermutung für den Betrieb eines Handelsgewerbes widerlegt werden, wenn Art oder Umfang des Unternehmens einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordern.[2] Entscheidend ist das Gesamtbild des gewöhnlichen Geschäftsablaufs.[3] Zunächst müsste der Betrieb seiner Art nach kaufmännische Einrichtungen erfordern. Mit der Art ist die Geschäftsstruktur gemeint, die sich u.a. anhand der Vielfalt der Abrechnungsmodalitäten, der Lieferanten- und Kundenbeziehungen und des Waren- oder Leistungsangebots bestimmten lässt.[4] Die Waren werden regelmäßig ohne Kredit, also zwangsweise aus eigenen Mitteln bezahlt, was auf eine einfache und durchsichtige Betriebsführung schließen lässt. Abgesehen von S, die aus Gefälligkeit tätig ist, übernehmen F und B die Arbeiten als Nebentätigkeit selbst. Dies deutet auf einen einfach strukturierten Betrieb hin und mangels bezahlter Angestellter fällt keine Lohnbuchhaltung an. Ungeklärt ist, ob Steuerfragen und Buchhaltung in kaufmännischer Weise anfallen oder lediglich die unkomplizierte Abführung der Umsatzsteuer und eine einfache Gewinn- und Verlustrechnung gemacht wird. Beachtlich ist aber, dass neben dem typischen Aufgabenkreis eines Bauunternehmens zusätzlich ein Ladenlokal unterhalten wird, in welchem neben dem Vertrieb auch Bestellungen entgegengenommen werden; diese vielfältigen und nicht gleichförmigen Vorgänge erfordern regelmäßig kaufmännische Einrichtungen. Jedoch müsste der Betrieb auch seinem Umfang nach kaufmännische Einrichtungen erfordern. Dieses quantitative Kriterium lässt sich primär am Umsatzvolumen bestimmen, aber auch nach ähnlichen Kennzahlen.[5] Der seit 5 Jahren stabile Umsatz von lediglich 65.000 € erfordert regelmäßig keine kaufmännischen Einrichtungen und auch der Standort des Unternehmens in einem abgelegenen Dorf deutet auf einen regional begrenzten Kundenkreis hin. Weiterhin ist S die einzige zusätzlich tätige Person. Auch die Größe des Ladenlokals ist mit 20 m² klein; es befinden sich dort alle vorrätigen Waren. Bei Würdigung des Gesamtbildes des gewöhnlichen Geschäftsablaufs erfordert der Umfang hier keinen kaufmännisch eingerichteten Betrieb. Auch eine Eintragung in das Handelsregister liegt nicht vor, vgl. § 2 HGB. Mithin handelt es sich um eine GbR.

2. „F&B GbR" als Schuldnerin aus § 433 I 1 BGB i.V.m. § 124 I HGB analog

Ein solcher Anspruch ist nur gegeben, wenn die F&B GbR Schuldnerin ist. Dazu müsste sie Rechtsfähigkeit i.S.v. § 1 BGB besitzen.[6] Jedoch lässt sich eine mit § 124 I HGB vergleichbare ausdrückliche Anordnung der Rechtsfähigkeit den §§ 705 ff. BGB für die GbR nicht entnehmen. Zur Lösung wurde insbesondere früher im Rahmen der sogenannten individualistischen Theorie angeführt, dass die GbR nur in vermögensrechtlicher Hinsicht verselbstständigt sei; Rechtsträger hingegen seien die einzelnen Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbunden-

1 Siehe zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Steinbeck*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2014, § 6 Rn. 1 ff.

2 *Meyer*, Handelsrecht Grundkurs und Vertiefungskurs, 2007, Rn. 27. [*Möglichst stets die aktuelle Auflage nutzen, hier 2. Aufl. 2011 - Anm. d. Red.*]

3 BGH, BB 1960, 917.

4 *Meyer*, HandelsR (Fn. 2), Rn. 62; *Jung*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2007, § 5 Rn. 15.

5 *Meyer*, HandelsR (Fn. 2), Rn. 62; *Jung*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2007, § 5 Rn. 15.

6 *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 36. Aufl. 2012, § 33 Rn. 703.

heit.[7] Hierfür spreche insbesondere, dass § 714 BGB die Vertretung „der Gesellschafter" verlange und auch § 736 ZPO ein „gegen alle Gesellschafter" ergangenes Urteil voraussetze. Dagegen kann allerdings eingewendet werden, dass die Rechtsfähigkeit der GbR in modernen Gesetzesbestimmungen wie § 191 II Nr. 1 UmwG Anklang findet.[8] Die Rechtsprechung und die h. L. stehen heute auf dem Standpunkt, dass die GbR bei Teilnahme am Rechtsverkehr analog § 124 HGB rechtsfähig sei.[9] Soweit von der traditionellen Auffassung vorgebracht wird, dass ein Umkehrschluss aus § 124 I HGB als Sonderprivatrecht der Kaufleute die eigenständige Haftung der Gesamthand ausschließe, kann dies schon insoweit nicht überzeugen, als die Abgrenzung zwischen der GbR und der OHG nicht nur teilweise sehr schwierig, sondern der Übergang auch fließend ist.[10] Die Rechtsfähigkeit erweist sich als sachnäher und an ihr ist, trotz teilweise einsichtiger Gegenargumente, festzuhalten. Die F&B GbR ist somit rechtsfähig.

3. Vertragsschluss

Eine Einigung bzgl. des Kaufs einer LED zum Preis von 1.500 € ist unproblematisch [*Solche überflüssigen Klarstellungswörter weglassen – Anm. d. Red.*] getroffen worden. Gehandelt hat aber ausschließlich die S. Damit die Erklärung der S für und gegen die GbR Wirkung entfaltet und ein Kaufvertrag wirksam zustande gekommen ist, müssen die Voraussetzungen des § 164 I BGB erfüllt sein.

a) Eigene Willenserklärung im Namen des Vertretenen

S hat eine eigene Willenserklärung abgegeben und in Namen der GbR gehandelt, indem sie ausdrücklich „für den Betrieb" kaufte.

b) Mit Vertretungsmacht

Fraglich ist, ob S mit Vertretungsmacht für die GbR gehandelt hat.

aa) Rechtsgeschäftlich

S könnte die GbR kraft rechtsgeschäftlicher Vollmacht vertreten haben. Eine GbR wird organschaftlich vertreten.[11] Im gesetzlichen Regelfall der gemeinsamen Geschäftsführung (vgl. § 709 BGB) ordnet § 714 BGB die Gesamtvertretung der GbR im Außenverhältnis an. Vorliegend wurde aber Alleingeschäftsführung des B vereinbart, § 710 BGB. Somit ist gemäß der Auslegungsregel des § 714 BGB der B zur Alleinvertretung der GbR befugt. Die organschaftliche Vertretungsmacht kann aber nicht auf Dritte übertragen werden.[12] Bei einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht handelt es sich indessen nicht um eine von § 714 BGB abweichende Vertretungsregelung.[13] B hat S eine rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilt, die allerdings keine Ankäufe erfasste. Eine rechtsgeschäftliche Vollmacht scheidet somit aus.

bb) Kraft des HGB – Ladenvollmacht

Möglicherweise hatte S eine Ladenvollmacht analog § 56 HGB. Danach gilt derjenige zu gewöhnlichen Verkäufen und Empfangnahmen ermächtigt, der in einem Laden angestellt ist.

(1) Kaufmannseigenschaft

Bereits fraglich ist allerdings, ob § 56 HGB auf Sachverhalte anwendbar ist, in denen es sich, wie vorliegend, bei der vertretenen Gesellschaft nicht um eine Handelsgesellschaft handelt. Denn obgleich die Norm die Kaufmannseigenschaft nicht ausdrücklich anordnet, ergibt sich diese Voraussetzung unweigerlich aus ihrer systematischen Stellung im 1. Buch des HGB, welches allgemein an die Kaufmannseigenschaft anknüpft.[14] Eine direkte Anwendung der Norm scheidet insofern aus.[15] Zunächst ist zu fragen, ob § 56 HGB im Wege der Gesetzesanalogie angewendet werden kann. Dazu muss im Gesetz eine Regelungslücke bestehen, also eine planwidrige Unvollständigkeit der positivrechtlichen Regelung und eine vergleichbare Interessenlage.[16] Eine Ansicht hält das Vorliegen einer Regelungslücke bereits für fragwürdig, da der Verkehrsschutz aufgrund der Existenz von anderen Rechtsscheinkonstruktionen, namentlich der Anscheins- und Duldungsvollmacht, gewährleistet sei.[17] Gegen eine Analogie spreche darüber hinaus, dass die entsprechende Anwendung von handelsrechtlichen Vorschriften auf Kleingewerbetreibende in abzählbaren Ausnahmen und damit abschließend normiert wurde.[18] Die Gegenmeinung hingegen stellt auf den tragenden Grundgedanken der gesetzlichen Regelung – das Schutzbedürfnis der

---

7 *Zöllner*, Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber, 1993, 563; *Cordes*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf dem Weg zur juristischen Person?, JZ 1998, 545; *Heil*, Parteifähigkeit der GbR – Der Durchbruch der Gruppenlehre?, NZG 2001, 300; weitere Nachweise siehe *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 II 2b.

8 Vgl. *Bitter*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 31; weitere z.B. § 11 II Nr. 1 InsO und § 1 I GesO.

9 BGHZ 146, 341 (343 ff.) – *ARGE Weißes Ross*; *Flume*, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177, (187 ff.); *Ulmer*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 6. Aufl. 2012, § 705 Rn. 302 m.w.N.

10 So aber *Heil* (Fn. 7), NZG 2001, 300 (302); a.A. *Westermann*, Erste Folgerungen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, NZG 2001, 289 (291).

11 *Schäfer*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 714 Rn. 16; „Insofern handelt es sich dogmatisch nicht um Vertretung, sondern um ein Selbsthandeln der Gesamthand durch ihre Organe.", *Schöne*, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Onlinekommentar BGB, 35. Edn. 2015, § 714 Rn. 2.

12 *Westermann*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Bd. 1, 12. Aufl. 2008, § 714 Rn. 4 m.w.N.

13 *Schäfer*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 714 Rn. 22.

14 *Wagner*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen, Handelsgesetzbuch (Kommentar), 3. Aufl. 2008, § 56 Rn. 4a. Dies aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 56, 54 HGB herleitend *Canaris*, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 16 Rn. 16.

15 *Jung*, HandelsR (Fn. 4), § 27 Rn. 29; vertiefend *Wagner*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen (Fn. 14), § 56 Rn. 4.

16 Vgl. *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 6), § 3 Rn. 64 ff.

17 *Weber*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch (Kommentar), 2. Aufl. 2008, § 56 Rn. 3 m.w.N.

18 *Wagner*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen (Fn. 14), § 56 Rn. 4a.

Käufer – ab.[19] Folgte man dem ersten Ansatz, käme es zu Unstimmigkeiten bzgl. der Gewährleistung des Gläubigerschutzes in Hinblick auf die Tatsache, dass Käufer oftmals die Rechtsform des Unternehmens nicht kennen, zumindest aber die Bedeutung nicht einschätzen können. Dies zeigt, dass der Kunde beim Ladenkauf gleichwertig schutzwürdig ist und der Verkehrsschutz nicht von einer Eintragung ins Handelsregister abhängen darf.[20] Unpassend ist es auch, auf die Rechtsinstitute der Duldungs- und Anscheinsvollmacht zu verweisen, da diese keine vergleichbare Rechtssicherheit gewährleisten.[21] Nicht zuletzt wegen der vergleichbaren Interessenlage ist eine analoge Anwendung auf Kleingewerbetreibende zu befürworten.

(2) Laden- und Ladenangestellter i.S.d. § 56 HGB

Es handelt sich bei dem 20 m² großen Verkaufsraum um einen Laden [*Definition fehlt – Anm. d. Red.*] i.S.d. Norm. S müsste außerdem im Laden angestellt sein. Ursprünglich wurde für das Merkmal der Anstellung auf Dienstverhältnisse abgestellt; aufgrund des Abstraktionsprinzips, der strikten Trennung von Vollmacht und ihres zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, kann es aber nur darauf ankommen, ob der Vertreter mit Wissen und Wollen des Vertretenen in die Verkaufstätigkeit in dem Laden eingeschaltet ist.[22] S ist die Schwiegermutter des B und kümmert sich aus Gefälligkeit um das Ladenlokal der GbR. B nimmt S dafür in Anspruch, will es also und weiß davon. Somit ist S Ladenangestellte i.S.d. Norm.

(3) Analogie beim Ankauf?

S wollte die LED für den Verkaufsraum der GbR ankaufen. § 56 HGB ermächtigt dem Wortlaut nach aber nur zu Verkäufen und Empfangnahmen; Ankäufe sind damit nicht direkt geregelt.[23] Obgleich eine unmittelbare Anwendung der Norm somit ausscheidet, könnte dennoch eine Analogie geboten sein. Auf das Vorliegen einer Regelungslücke käme es nicht an, wenn bereits keine vergleichbare Interessenlage vorliegt.[24] In Verkaufsräumen darf der Kunde darauf vertrauen, dass das Personal zu üblichen Geschäften bevollmächtigt ist; diesem Gedanken trägt § 56 HGB Rechnung, indem er eine angemessene Risikoverteilung bei Umsatzgeschäften in Verkaufsräumen bezweckt.[25] Neben der Schutzwürdigkeit des Interessenten ist auch die Tatsache, dass Verkaufsgeschäfte zur Vereinfachung des alltäglichen Geschäfts beitragen und damit vorteilig für den Geschäftsherrn sind, ausschlaggebend für den durch die Norm angestrebten Interessenausgleich.[26] Im Gegensatz zu dem oben Gesagten fehlt es beim Ankauf bereits an der Verkehrstypizität.[27] Während der Ladeninhaber beim Verkauf noch über Preisauszeichnungen Kontrolle ausüben kann, wird beim Ankauf dem Angestellten ein erheblicher Beurteilungsspielraum angemaßt.[28] Gerade bei Ankäufen, die, wie vorliegend, das Inventar des Geschäfts verbessern sollen und damit ohnehin nicht branchentypisch[29] sind, wird deutlich, dass ein Kunde hier nicht von einer Bevollmächtigung des Angestellten ausgehen kann. Dem Geschäftsherrn kann kein pauschalisiertes Interesse an Ankäufen unterstellt werden. Es liegt mithin schon keine vergleichbare Interessenlage vor; eine Analogie zu § 56 HGB ist abzulehnen. Eine Ladenvollmacht ist daher nicht gegeben.

cc) Gutglaubensschutz, § 54 III HGB

Ein Gutglaubensschutz gem. § 54 III HGB würde, selbst wenn man davon ausginge, dass konsequenterweise auch die Regeln der Arthandlungsvollmacht gem. § 54 HGB analog auf Kleingewerbetreibende angewendet werden können, voraussetzen, dass eine Vollmacht für den Ankauf bestanden hat. Denn § 54 III HGB schützt nur die Reichweite einer bestehenden Vollmacht anhand der Vermutung des Umfangs dieser gem. § 54 I HGB. Aber auch bei einer Arthandlungsbevollmächtigung der S wäre der selbstständige Ankauf nicht gewöhnlich in der Arthandlungsvollmacht „Verkauf“ inkludiert.[30] Somit scheidet dies aus.

dd) Kraft Rechtsscheins

Vertretungsmacht könnte sich aus dem Vorliegen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ergeben. Allerdings ist Voraussetzung für beide, dass ein objektiver Vertrauenstatbestand einer Bevollmächtigung gesetzt wurde,[31] d.h., dass der Dritte nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte aus dem äußeren Geschehen auf eine Bevollmächtigung schließen konnte.[32] Dafür gibt es aber keinerlei Anhaltspunkte. Insbesondere ist nicht davon die Rede, dass S bereits zuvor Ankäufe getätigt hat. Eine Stellvertretung kraft Rechtsscheins ist daher nicht gegeben.

ee) Vertretungsmacht kraft GoA, §§ 677 ff. BGB

Eine Ableitung der Vertretungsmacht aus dem allgemeinem Prinzip der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) scheidet unabhängig davon, ob hier eine (berechtige) GoA vorliegt, schon deshalb aus, weil laut des Abstrak-

19 *Wagner*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen (Fn. 14), § 56 Rn. 4a; *Canaris*, HandelsR (Fn. 14), § 16 Rn. 10; *Hopt*, in: Baumbach/ders., Handelsgesetzbuch (Kommentar), 32. Aufl. 2006, § 56 Rn. 1.

20 *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 2002, § 16 V 3b.

21 Diese greifen i.d.R. erst nach mehreren gleich gelagerten Vorgängen, vgl. *Krebs*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2012, § 56 Rn. 9; *Wagner*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen (Fn. 14), § 56 Rn. 4a.

22 *Krebs*, in: MüKo HGB (Fn. 21), § 56 Rn. 16.

23 *K. Schmidt*, HandelsR (Fn. 20), § 16 V 3e.

24 Dagegen spräche das Vorliegen der Rechts- und Anscheinsvollmacht, vgl. BGH, NJW 1988, 2109.

25 *Joost*, in: Staub, Handelsgesetzbuch (Kommentar), Bd. 2, 5. Aufl. 2009, § 56 Rn. 1; BGH, NJW 1988, 2109 (2110).

26 *Krebs*, in: MüKo HGB (Fn. 21), § 56, Rn. 1.

27 BGH, NJW 1988, 2109; *Joost*, in: Staub (Fn. 25), § 56 HGB, Rn. 33; *Krebs*, in: MüKo HGB (Fn. 21), § 56, Rn. 28.

28 *Kohte*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 04.05.1988 – VIII ZR 196/87, JR 1990, 59 (62).

29 Doch auch bei branchentypischen Geschäften soll die analoge Anwendung abgelehnt werden, vgl. BGH, NJW 1988, 2109.

30 Vgl. *Krebs*, in: MüKo HGB (Fn. 21), § 56 Rn. 28.

31 *Valenthin*, in: BeckOK BGB (Fn. 11), § 167 Rn. 14.

32 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 6), Rn. 563.

tionsprinzips die im Außenverhältnis bestehende Vertretungsmacht strikt von dem Grundgeschäft im Innenverhältnis zu trennen ist.[33]

c) Zwischenergebnis

S handelte ohne Vertretungsmacht. B hat „jede Zustimmung zum Kauf" verweigert, was als eine Genehmigungsverweigerung bzgl. des schwebend unwirksamen Vertrages (§ 177 BGB) auszulegen ist, §§ 133, 157 BGB analog. Der Vertrag ist somit endgültig unwirksam.

4. Endergebnis

R hat keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gem. § 433 II BGB gegen die F&B GbR.

II. Zahlungsanspruch des R gegen S aus § 179 I BGB

R könnte gegen S einen Erfüllungsanspruch aus § 179 I BGB haben.

1. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des § 179 I BGB sind gegeben, da S mit R als Vertreterin einen Vertrag geschlossen hat, dabei keine Vertretungsmacht besaß und dieser auch nicht von B genehmigt wurde (s.o.).

2. Kein Haftungsausschluss gem. § 179 III BGB

Die Haftung dürfte nicht gem. § 179 III 1 BGB ausgeschlossen sein. Das ist dann der Fall, wenn der Geschäftsgegner das Fehlen der Vertretungsmacht kannte oder es kennen musste, d.h. infolge Fahrlässigkeit nicht kannte (§ 122 II BGB).[34] Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn sich der Vertragspartner trotz im Einzelfall konkret vorliegender Anhaltspunkte für einen Mangel der zumindest konkludent behaupteten Vertretungsmacht nicht vergewissert.[35] Eine allgemeine Nachforschungspflicht besteht aber grundsätzlich nicht, da dies der von § 179 I BGB gewährleisteten Verkehrssicherheit widersprechen würde.[36] Indem S „für den Betrieb" gekauft hat, hat sie zumindest konkludent ihre Vertretungsmacht erklärt. Ein konkret vorliegender Anhaltspunkt für den Mangel der Vertretungsmacht könnte sich daraus ergeben, dass es sich bei dem Kauf einer 1.500 € teuren Designer-LED für das Verkaufslokal eines kleinen Bauunternehmens um ein gemessen an der finanziellen Belastung außergewöhnliches Geschäft handelt und R erstmalig mit der GbR in Kontakt tritt. Die Vertrauenshaftung des § 179 I BGB schützt aber auch Geschäfte, die erstmalig getätigt werden und solche, die von wirtschaftlichem Gewicht sind.[37] R durfte somit auf den Bestand der Vertretungsmacht vertrauen; § 179 III BGB wird mithin nicht tangiert.

3. Rechtsfolge

Gem. § 179 I BGB kann der Geschäftsgegner Erfüllung oder Schadensersatz wählen. R möchte an dem für ihn günstigen Geschäft festhalten, d.h. er ist an der Erfüllung des Vertrages interessiert. Für eine Haftungsbeschränkung gem. § 179 II BGB gibt es keine Anhaltspunkte. Somit ist ein gesetzlicher Erfüllungsanspruch gegen S, gerichtet auf Zahlung der 1.500 € für die LED, zugunsten des R entstanden.

4. Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320 I 1 BGB

In der E-Mail macht S auf Risse im Glas aufmerksam und verlangt Lieferung einer neuen LED. Darin ist die Erhebung der Einrede des nichterfüllten Vertrages – § 320 I 1 BGB – zu sehen, die der Durchsetzbarkeit des Anspruchs entgegenstehen könnte.

a) Gegenseitigkeitsverhältnis

Gem. § 320 I 1 BGB müssen zunächst ein gegenseitiger Vertrag und eine synallagmatische Verknüpfung der beiderseitigen Leistungspflichten bestehen.[38] Die Tatsache, dass gar kein Vertrag zustande gekommen ist, könnte hier bereits zum Ausschluss dieser Einrede führen. Dem *falsus procurator* pauschal die Rechte einer Vertragspartei nicht zuzugeben, würde aber den Gläubiger besserstellen als beim Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrages. Die gesetzliche Besserstellung des Gläubigers steht jedoch im Widerspruch zum Zweck des § 179 I BGB, einen Interessenausgleich zu schaffen.[39] Vielmehr darf der *falsus procurator* nicht mehr schulden, als der ursprüngliche Vertragspartner geschuldet hätte.[40] Dazu muss ihm zwar kein Erfüllungsanspruch zugebilligt werden, aber zumindest die Rechte, welche bei Wirksamkeit auch dem Vertretenen zugestanden hätten.[41] Gem. § 179 I BGB entsteht daher ein gesetzliches Schuldverhältnis, welches den Parteien die tatsächliche Stellung von Vertragsparteien gibt und sich nach dem Inhalt des ursprünglich angestrebten Vertrages richtet.[42] Dieser wäre hier als Kaufvertrag bzgl. einer LED zu einem Kaufpreis von 1.500 € zustande gekommen. Ein Kaufvertrag ist ein gegenseitiger, synallagmatischer Vertrag i.S.d. § 320 I BGB. Die Voraussetzung eines Vertrages mit synallagmatischen Pflichten wäre somit erfüllt gewesen. Ein Gegenseitigkeitsverhältnis i.S.d. Norm liegt damit vor.

33 Vgl. *Sprau*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 73. Aufl. 2014, Einf. vor § 677 Rn. 3.

34 BGHZ 147, 381 (385); *Dörner*, in: Nomos-Handkommentar BGB, 7. Aufl. 2012, § 179 Rn. 9.

35 BGHZ 147, 381 (385); NJW 1990, 388; NJW 2000, 1407; *Dörner*, in: Hk-BGB (Fn. 34), § 179 Rn. 9.

36 BGHZ 147, 381 (385); *Dörner*, in: Hk-BGB (Fn. 34), § 179 Rn. 9.

37 BGH, NJW-RR 2005, 268 (269) m.w.N.

38 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 33), Einf. vor § 320 Rn. 5, § 320 Rn. 4.

39 *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 179 Rn. 32; *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1 (Allgemeiner Teil 5), Bearbeitung 2009, § 179 Rn. 14b.

40 Vgl. *Schilken*, in: Staudinger (Fn. 39), § 179 Rn. 15.

41 *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, § 27 Rn. 10; *Gsell*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, Vor § 320 Rn. 36 m.w.N.

42 *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 33), § 179 Rn. 5; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 49 Rn. 21.

b) Nichterfüllung

Voraussetzung ist ferner, dass die vollwirksame und fällige Gegenforderung von dem anderen Teil nicht erfüllt worden ist. Dem *falsus procurator* wird aber gerade kein eigener vertraglicher Erfüllungsanspruch zugestanden. Jedoch muss diesem, der *ratio* des § 179 I BGB folgend, bei Inanspruchnahme zustehen, seine Leistung nur Zug um Zug gegen die Leistung des Dritten gem. § 320 I 1 BGB zu erbringen, soweit dieses Recht bei Zustandekommen des Vertrages auch dem Vertretenen zugestanden hätte.[43] Bei Zustandekommen eines wirksamen Vertrages hätte die GbR einen vollwirksamen und fälligen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache innegehabt. Somit muss dieser auch gegenüber S erfüllt werden. R dürfte also nicht erfüllt haben. Erfüllung ist die Tilgung der Schuld durch das Bewirken der Leistung, § 362 I BGB. Die geschuldete Leistung aus einem Kaufvertrag ist die Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache, § 433 I BGB. Zwar hatte S auch für die dingliche Einigung keine Vertretungsmacht. Von einer Übereignungserklärung ist hier indes auszugehen, da eine auf Übereignung gerichtete Willenserklärung der S spätestens konkludent in der E-Mail gesehen werden kann und R diese bei Wahl der Erfüllung auch konkludent annimmt. Da S bereits im Besitz der Sache ist, muss die Sache auch nicht im Zuge der Übereignung übergeben werden, § 929 S. 2 BGB. Einer Erfüllung könnte aber entgegenstehen, dass S Neulieferung aufgrund von Rissen im Glas verlangt. § 320 BGB könnte auch bei mangelhafter Erfüllung anwendbar sein. Zwar verweist § 437 BGB nicht ausdrücklich auf § 320 I BGB. Allerdings ist laut der Erfüllungstheorie, die seit der Schuldrechtsreform ausdrücklich normiert wurde, die Lieferung einer mangelfreien Sache Hauptleistungspflicht des Verkäufers und soll sein „Recht zur zweiten Andienung“ sichern.[44] Der Erfüllungsanspruch besteht also in der Modifikation des Nacherfüllungsanspruchs fort, ein Synallagma bleibt bestehen und deswegen auch das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 I BGB.[45] Es bleibt zu prüfen, ob S einen Anspruch auf Nacherfüllung innehat.

aa) Nacherfüllungsanspruch der S gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB

S könnte gegen R ein Anspruch auf Ausbau der mit Rissen versehenen LED sowie Einbau einer mangelfreien LED nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB zustehen. Zwar liegt kein wirksamer Kaufvertrag vor, aber bei Wahl der Erfüllung ein gesetzliches Schuldverhältnis gem. § 179 I BGB, welches sich nach dem Inhalt des ursprünglich intendierten Vertrages richtet. Der GbR stünden infolge einer mangelhaften Leistung die Gewährleistungsrechte der §§ 437 ff. BGB zu. Somit muss auch S diese geltend machen können (s.o.). Weiterhin ist der Glaskörper der Lampe mit sehr störenden Rissen versehen, die nachweislich Ausprägung eines Ausreißers bei der Fabrikation sind. Mit den Rissen weist die Lampe eine bei Sachen gleicher Art nicht übliche Beschaffenheit auf, § 434 I 1 Nr. 2 BGB. Daher ist die Lampe mit einem Sachmangel versehen. Da der Gefahrenübergang jedenfalls nach der Fabrikation stattfand, lag der Mangel zu diesem Zeitpunkt schon vor. Die Voraussetzungen für einen Nacherfüllungsanspruch sind somit gegeben.

bb) Rechtsfolge

S kann von B Nacherfüllung gem. § 439 BGB verlangen. Der Mangel ist laut Sachverhalt nicht zu reparieren, S bleibt also Nachlieferung. Das in der E-Mail ausgedrückte Verlangen der Neulieferung einer LED an sich persönlich ist als Wahl der Nachlieferung zu verstehen. Indes werden Erfüllungsort und Umfang der Nacherfüllung uneinheitlich beurteilt.

(1) Erfüllungsort der Nacherfüllung

S verlangt von R Nachlieferung an sich persönlich. Eine Meinung entnimmt der Systematik des § 439 i.V.m. § 439 II BGB und Art. 3 III, IV der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGKRL), dass der Erfüllungsort am Belegenheitsort sein müsse.[46] Danach wäre dieser hier bei S. Andere argumentieren, dass der ursprüngliche Erfüllungsort maßgeblich sei, da es sich nur um einen modifizierten Erfüllungsanspruch handle.[47] R hat als selbstständiger Raumausstatter die GbR aufgesucht, um dort seine im Wagen transportierten Waren zu verkaufen. Aus den Umständen, dass R die LED transportiert und in den Laden gebracht hat, ergibt sich die konkludente Vereinbarung einer Bringschuld. Als ursprünglicher Erfüllungsort ist also der Sitz des Schuldners, zunächst der Laden der GbR, anzusehen. Der Vertrag mit der GbR ist aber nicht zustande gekommen; stattdessen ist das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen R und S entstanden. Zwar richtet sich dieses nach dem ursprünglichen Vertrag; die tatsächliche Bewirkung der Leistung hat aber gegenüber dem Vertreter stattzufinden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass aufgrund der Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses mit dem Inhalt des ursprünglichen Vertrages an einer Bringschuld festzuhalten ist, der ursprüngliche Erfüllungsort des gesetzlichen Schuldverhältnisses aber bei S ist. Auch hiernach ist also der Ort der Nacherfüllung bei S. Da der Nacherfüllungsort sich § 439 BGB nicht entnehmen lasse, will der BGH § 269 I, II BGB anwenden.[48]

43 *Schramm*, in: MüKo BGB (Fn. 39), § 179 Rn. 32; *Faust*, BGB AT (Fn. 41), § 27 Rn. 10; *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 33), § 179 Rn. 5; *Leptien*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Bd. 2, 13. Aufl. 2005, § 179 Rn. 15.

44 Vgl. *Emmerich*, BGB-Schuldrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2003, § 4 Rn. 4.

45 *Faust*, in: BeckOK BGB (Fn. 11), § 437 Rn. 146; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 33), § 320 Rn. 5; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. 2014, § 4 Rn. 84; *Stadler*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 15. Aufl. 2014, § 320 Rn. 12; *Medicus*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB-Kommentar, 8. Aufl. 2013, § 320 Rn. 18; das Zurückbehaltungsrecht erlösche mit Gefahrübergang: *Westermann*, in: Erman (Fn. 12), § 320 Rn. 15.

46 Vgl. *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 7 m.w.N.

47 *Lorenz*, Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung, NJW 2009, 1633 (1635).

48 Zwar würde von „Lieferung“ gesprochen; dem könne aber nicht das Erfordernis einer Bringschuld entnommen werden, vgl.

Auch dieser Ansicht folgend ist bei Zugrundelegung einer Bringschuld der Nacherfüllungsort bei S. Da alle Ansichten zum gleichen Ergebnis kommen, ist eine Stellungnahme entbehrlich. S kann Nachlieferung an sich persönlich verlangen.

(2) Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs

Aufgrund der Notwendigkeit einer Nacherfüllung entstehen S erneut Aus- und Einbaukosten i.H.v. 60 €. Der Ersteinbau der Sache i.H.v. 40 € stellt eine vergebliche Aufwendung i.S.d. § 284 BGB dar, die unstreitig nicht von § 439 BGB erfasst ist. Fraglich ist hingegen, ob Aus- und Einbau bzw. die Kosten hierfür vom Nacherfüllungsanspruch umfasst sind.

(a) Auslegung des nationalen Rechts

Dies wäre dann der Fall, wenn der in § 439 BGB geregelte Nacherfüllungsanspruch dahingehend weit auszulegen wäre, dass der Verkäufer den Zustand schulde, in dem sich die Sache befände, wenn sie mangelfrei gewesen wäre.[49] Andererseits ist es aber auch möglich, die Vorschrift so eng zu verstehen, dass sie als modifizierter Erfüllungsanspruch nicht weitergehen könne als dieser.[50] Welche Bedeutung maßgeblich ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Einen ersten Anhaltspunkt gibt bereits die Formulierung des Gesetzes, die sich auf die „Lieferung einer mangelfreien Sache“ beschränkt. Hätte der Gesetzgeber auch die Aus- und Einbaukosten erfasst sehen wollen, hätte er ohne weiteres von „Ersatz“ sprechen können.[51] Da er dies nicht getan hat, liegt der Schluss nahe, die Einbeziehung der Aus- und Einbaukosten in den Anwendungsbereich des § 439 I BGB sei nicht gewollt. Dieses Wortlautverständnis steht insbesondere im Einklang mit der Dogmatik der Gewährleistungsrechte im Kaufrecht des BGB, da die Versetzung in den ursprünglichen Zustand gerade Rechtsfolge des verschuldensabhängigen Schadensersatzes (Differenzhypothese) und nicht des Nacherfüllungsanspruches ist.[52] Dieser stellt nämlich lediglich einen mutierten, verschuldensunabhängigen Erfüllungsanspruch dar. Soweit diese Meinung allerdings darauf abstellt, dass die weite Auslegung eine Modifizierung des Kaufvertrags zum Werkvertrag[53] verursacht, kann dies einen systematischen Einwand nicht tragen. Im Gegenteil ist dies gerade nicht systemwidrig, da auch bei Wahl der Mängelbeseitigung eine Reparaturleistung geschuldet wird, die insoweit ebenfalls eine werkvertragliche Pflicht darstellt.[54] Unterstützt wird die enge Auslegung durch die Erkenntnisse der historischen Auslegung: Mit der Schuldrechtsreform hat sich der Gesetzgeber mit der Streichung des § 467 II a.F. BGB konsequent für die Trennung von (verschuldensabhängigem) Schadensersatz und Nacherfüllung entschieden.[55] Dem könnte zwar entgegen gehalten werden, dass der BGH dieses Prinzip unlängst in der Dachziegelentscheidung[56] durchbrochen hat, indem er aus § 364 BGB eine verschuldensunabhängige Ausbaupflicht ableitete.[57] Nichtsdestoweniger sollte der in unserer Zivilrechtsordnung fest verankerten Trennung dieser Institute ein hoher Stellenwert beigemessen werden. Aus Sicht des nationalen Rechts ist der engen Auslegung aus den genannten Gründen Vorzug zu geben.

(b) Richtlinienorientierte Auslegung und Durchführung

Etwas anderes könnte sich aber in Hinblick darauf ergeben, dass das hier betroffene Kaufrecht (§ 439 BGB) Ausfluss der Umsetzung der europäischen Verbrauchsgüterrichtlinie ist; die Auslegung der Norm muss daher jedenfalls richtlinienkonform sein.[58] Art. 3 III der Richtlinie ordnet über die Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung hinaus lediglich an, dass diese „ohne unzumutbare Unannehmlichkeiten“ stattzufinden habe; dies ist daher wiederum auslegungsbedürftig. Der Wortlaut der Richtlinie kann indessen nur wenig zur Bestimmung der Auslegung beitragen, da dieser in den verschiedenen Sprachfassungen unterschiedlich „weite“ Begriffe verwendet.[59] Das Erfordernis der Unentgeltlichkeit spreche aber klar für die Erfassung des Ein- und Ausbaus der Sache, da es ansonsten zu zusätzlichen Kosten für den Käufer käme.[60] Dagegen wird eingewendet, dass die VGKRL einen Interessenausgleich anstrebe; die Auferlegung der ursprünglich nicht geschuldeten Kosten für Ein- und Ausbau führten aber zu einer deutlichen Bevorzugung des Käufers.[61] Die Überzeugungskraft dieses Arguments wird indes dadurch geschmälert, dass die zusätzlichen Kosten den Käufer davon abschrecken könnten, die ihm zustehenden Ansprüche gelten zu machen.[62] Entscheidendes Gewicht muss aber der Richtlinienkonformität der Rechtsfolgen zukommen, die bei einem Abstandnehmen des Käufers vom Gebrauch seiner Rechte jedenfalls nicht mehr gegeben wäre. Somit gebietet die richtlinienkonforme Auslegung

BGHZ 189, 196 (202 ff.).

49 So OLGR Karlsruhe 2004, 465; *Faust*, in: BeckOK BGB (Fn. 11), § 439 Rn. 19; *Pammler*, in: juris Praxiskommentar BGB, Bd. 2.2, 3. Aufl. 2006, § 439 Rn. 59, wenn die Kaufsache zum Einbau bestimmt ist; nur den Ersatz der Ausbaukosten umfassend: früher *Lorenz*, Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach „neuem“ Schuldrecht – Was bleibt vom „Dachziegel“-Fall?, ZGS 2004, 408; heute aber anders *Lorenz* (Fn. 47), NJW 2009, 1633.

50 Vgl. BGHZ 177, 224 – *Parkettstäbe*; BGH, NJW 2009, 1660 – *Fliesen*; *Lorenz* (Fn. 47), NJW 2009, 1633; *Skamel*, Nacherfüllung und Schadensersatz beim Einbau mangelhafter Sachen, NJW 2008, 2820.

51 *Huber/Bach*, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht I, 4. Aufl. 2013, § 7 IV 2 Rn. 114.

52 Statt aller *Lorenz* (Fn. 47), NJW 2009, 1633 (1635).

53 Vgl. *Skamel* (Fn. 50), NJW 2008, 2820 (2821).

54 Vgl. *Huber/Bach*, SchuldR BT 1 (Fn. 51), § 7 IV 2 Rn. 114.

55 BGHZ 177, 224 (234); *Lorenz* (Fn. 47), NJW 2009, 1633 (1634).

56 BGHZ 87, 104 (109 f.).

57 Vgl. *Lorenz* (Fn. 47), NJW 2009, 1633 (1634); *Huber/Bach*, SchuldR BT 1 (Fn. 51), § 7 Rn. 115.

58 Vgl. *Looschelders*, SchuldR BT (Fn. 45), § 2 Rn. 16 ff.

59 Während z.B. in der deutschen Fassung von „Ersatzlieferung“ die Rede ist, wird in der englischen „replacement“ benutzt.

60 EuGH, NJW 2011, 2269 – *Putz/Weber*.

61 Vgl. *Lorenz*, Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2011, 2241 mit Verweis zu den Schlussanträgen des Generalanwalts.

62 EuGH, NJW 2011, 2269 (2271) – *Putz/Weber*.

die Pflicht des Verkäufers, im Rahmen der Nacherfüllungspflicht auch den Ein- und Ausbau zu gewährleisten bzw. die Kosten hierfür zu tragen. Der BGH hat sich im Lichte der richtlinienkonformen Auslegung bereits dafür ausgesprochen, § 439 I BGB weit auszulegen.[63] Dies ist in Anbetracht des Wortlauts zwar nicht unbedingt naheliegend, zumindest aber auch nicht ausgeschlossen, sodass der Rückgriff auf eine teleologische Extension entbehrlich ist.[64] Nach der hier zugrunde gelegten Ansicht schuldet R der S damit grundsätzlich den Aus- und Einbau der LED. Etwas anderes könnte sich aber ergeben, wenn der vorliegende Fall nicht als Verbrauchsgüterkauf einzustufen ist. Denn dann könnte ausnahmsweise eine gespaltene Auslegung geboten sein.[65]

(c) Schutzbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Damit der Schutzbereich der VGKRL eröffnet ist, müsste ein Verbrauchsgüterkauf gegeben sein. Dem kann nicht entgegenstehen, dass zwischen R und S nur ein gesetzliches Schuldverhältnis besteht; S stehen insoweit die Rechte zu, die der GbR bei wirksamen Zustandekommen des Vertrages zugestanden hätten. Da R als selbstständiger Raumausstatter beim Verkauf der LED in Ausübung seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelte, ist er Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. S hat die Lampe bei sich zuhause aufhängen lassen; sie verwendet die Kaufsache daher zu einem persönlichen Zweck i.S.d. § 13 BGB und ist somit Verbraucher. Indes ist zu beachten, dass der ursprüngliche Kaufvertrag mit der GbR geschlossen werden sollte. Ob diese als Verbraucher agieren kann, ist zwar umstritten; dies ist vorliegend aber insofern unerheblich, als der Kaufvertrag zu gewerblichen Zwecken, nämlich zur Verbesserung der Beleuchtungssituation in dem Ladenlokal, zustande kommen sollte und die GbR damit i.S.d. § 14 BGB agierte. Fraglich ist, auf wen es vorliegend für die Beurteilung eines Verbrauchergeschäfts ankommt. Um dem Unternehmer nicht die Möglichkeit zu eröffnen, sich mit Hilfe der Stellvertretung dem Verbraucherschutzrecht zu entziehen, kommt es grundsätzlich auf den Vertretenen an.[66] Das Schuldverhältnis gem. § 179 BGB orientiert sich maßgeblich an dem ursprünglichen intendierten Vertrag; insoweit findet keine inhaltliche Veränderung statt. Demzufolge müsste es vorliegend auf die GbR als Unternehmer ankommen. Dies müsste aber auch mit dem Zweck der Richtlinie vereinbar sein. Dabei ist aber zu beachten, dass sich der Vertreter durch das Auftreten im Namen eines Gewerbetreibenden aus dem Schutzbereich der Richtlinie bewegt und das Vertrauen des Vertragspartners in ein gewerbsmäßiges Rechtsgeschäft weckt.[67] S ist im Namen der GbR aufgetreten und hat damit den Schutzbereich der Richtlinie verlassen. R wollte einen Kaufvertrag mit der GbR schließen. Es liegt somit kein Verbrauchsgüterkauf vor.

(d) Gespaltene Auslegung

Somit kommt es vorliegend darauf an, ob § 439 BGB auch in Ermangelung eines Verbrauchsgüterkaufs richtlinienkonform auszulegen ist. Dies könnte vorliegend geboten sein, weil aufgrund der „überschießenden" Umsetzung der VGKRL in das deutsche Recht der § 439 I BGB sowohl autonom nationales Recht als auch unionsrechtlich geregeltes Verbraucherschutzrecht (sogenannte hybride Norm) tangiert.[68] Eine unionsrechtliche Pflicht zur einheitlichen Auslegung sei zwar nicht ersichtlich,[69] fraglich ist indes, ob eine gespaltene Auslegung im Sinne des Gesetzgebers wäre.[70] Gegen eine solche Beurteilung spricht der die Schuldrechtsreform tragende gesetzgeberische Gedanke der einheitlichen Regelung.[71] Gerade im Kaufrecht zeigt aber schon die Implementierung der Sonderregeln für Verbraucher in den §§ 474 ff. BGB, dass dieser Grundsatz hier nicht in seiner ganzen Konsequenz durchzuhalten war.[72] Eine gespaltene Auslegung ist damit in Anbetracht des gesetzgeberischen Willens zumindest nicht zwingend ausgeschlossen.[73] Es müssen aber konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben sein, dass eine überschießende Regelung bei der gegenwärtigen richtlinienkonformen Auslegung nicht gewollt gewesen wäre. Obschon der Gesetzgeber sich im Zuge seiner Fehlinterpretation der unionsrechtlichen Vorgaben über diese Frage wohl keine Gedanken gemacht haben dürfte, ist anhand der Auslegung des § 439 I BGB bereits ersichtlich geworden, dass Ein- und Ausbaukosten systematisch dem Schadensersatzrecht zuzuordnen sind und ihr verschuldensunabhängiger Ersatz gerade nicht dessen Willen entnommen werden kann.[74] Daher ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Spezialregelung getroffen hätte, wenn er die Ausmaße der Richtlinie diesbezüglich vor Augen gehabt hätte. Eine gespaltene Auslegung ist mithin zu befürworten. Vorliegend hätte R somit der

63 BGHZ 192, 148 (158 ff.).

64 Vgl. *Lorenz* (Fn. 61), NJW 2011, 2241 (2243 f.); a.A. *Kaiser*, EuGH zum Austausch mangelhafter eingebauter Verbrauchsgüter, JZ 2011, 978 (980); andererseits wäre es auch möglich gewesen, dem Käufer einen Anspruch aus § 439 II zuzubilligen, vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht Besonderer Teil II, 16. Aufl. 2012, Rn. 132b.

65 Vgl. BGHZ 150, 248 (251-262).

66 Vgl. BGHZ 170, 67 (71 f.); *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 3. Aufl. 2012, § 5 B III 2 Rn. 195.

67 Vgl. zur parallelen Argumentation bzgl. des Haustürwiderrufgesetzes BGH, NJW-RR 1991, 1074; a.A. *Hoffmann*, Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung, JZ 2012, 1156 (1164).

68 Vgl. *Mörsdorf*, Anmerkung zum BGH, Urteil vom 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, JZ 2013, 191.

69 BGHZ 195, 135 (140); wobei dies mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit vermieden werden sollte, vgl. dazu ausführlich *Mörsdorf* (Fn. 68), JZ 2013, 191 (192 f.).

70 *Mörsdorf* (Fn. 68), JZ 2013, 191 (194) m.w.N.

71 Vgl. *Fornasier*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, EuZW 2013, 157 (160).

72 Vgl. *Mörsdorf* (Fn. 68), JZ 2013, 191 (194) – anders z.B. in der Haustürgeschäfterichtlinie.

73 Vgl. *Fornasier* (Fn. 71), EuZW 2013, 157 (160); *Mörsdorf* (Fn. 68), JZ 2013, 191 (193 ff.).

74 BGHZ 195, 135 (142 ff.); dies würde auch durch die Streichung des § 467 II a.F. untermauert, vgl. *Mörsdorf* (Fn. 68), JZ 2013, 191 (195); a.A. *Fornasier* (Fn. 71), EuZW 2013, 157 (160).

GbR weder Ein- noch Ausbau im Rahmen der Nacherfüllung geschuldet. Eine solche Schuld kann dann auch nicht gegenüber S angenommen werden.

(3) Zwischenergebnis

R schuldet S weder Ein- noch Ausbau der LED bzw. die Kosten hierfür.

cc) Rügeobliegenheit analog § 377 HGB

Möglicherweise steht der Einrede der S aus § 320 BGB die fiktive Genehmigung der LED gem. § 377 II HGB entgegen. Denn gem. § 377 I HGB muss bei einem beiderseitigen Handelskauf unverzüglich die Ware untersucht und Mängel angezeigt werden. Dies könnte hier schon mangels eines beiderseitigen Handelskaufs scheitern. Fraglich ist, ob § 377 HGB analog auf Sachverhalte anwendbar ist, in denen mit einem Kleingewerbe kontrahiert wird. Dazu lässt sich einerseits vertreten, dass die Norm weit zu verstehen und nur darauf abzustellen sei, ob der Kauf zwischen Unternehmensträgern stattfinde.[75] Dafür spricht insbesondere, dass der Kaufmannsbegriff des HGB z.T. nicht nachvollziehbare Differenzierungen vornimmt, sodass nach der heutigen Kaufmannsdefinition bspw. die früher von der Mängelrüge erfassten Minderkaufleute unberührt bleiben. Jedoch kann dies das Ergebnis nicht tragen, da der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der §§ 343 ff. HGB bewusst auf Kaufleute reduziert und dabei wertend entschieden hat, Minderkaufleute hiervon zu exkludieren.[76] Das Zivilrecht birgt mit dem BGB genug anderweitige Möglichkeiten, auch außerhalb des Anwendungsbereichs des HGB sachgerechte Korrekturen vorzunehmen, wie beispielsweise mit § 242 BGB; eine allgemeine Rügeobliegenheit hingegen sei gerade nicht sachgerecht.[77] Zustimmung verdient daher nicht zuletzt in Hinblick auf die Rechtssicherheit die Ansicht,[78] die eine Analogie ablehnt. Somit greift § 377 HGB vorliegend schon deshalb nicht.

c) Zwischenergebnis

Somit sind die Voraussetzungen des § 320 I 1 BGB erfüllt. S kann die Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 1.500 € bis zur Nacherfüllung durch R verweigern.

5. Ergebnis

R kann von S Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 1.500 € gem. § 179 BGB Zug um Zug (§ 322 BGB) gegen Nacherfüllung, also Beschaffung einer mangelfreien LED, verlangen.

75 *K. Schimdt*, HandelsR (Fn. 20), § 29 III 2b m.w.N.

76 Vgl. *Canaris*, HandelsR (Fn. 14), § 29 V 2b – Kleingewerbetreibenden käme der Vorzug der Mängeleinrede als Verkäufer nicht zugute, weswegen ihm auch nicht die Nachteile treffen dürften.

77 *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2012, § 377 Rn. 12; *Koch*, in: Oetker, Handelsgesetzbuch (Kommentar), 3. Aufl. 2013, § 377 Rn. 3.

78 *Koch*, in: Oetker (Fn. 77), § 377 Rn. 3; *Grunewald*, in: MüKo HGB (Fn. 77), § 377 Rn. 11 ff.; *Canaris*, HandelsR (Fn. 14), § 29 V 2b; *Hopt*, in: Baumbach/ders. (Fn. 19), § 377 Rn. 3.

B. Frage 2: Ansprüche des K

I. Anspruch des K gegen B aus § 823 I BGB

K kann gegen B einen Anspruch aus § 823 I BGB haben.

1. Rechtsverletzung

Ein Anspruch aus § 823 I BGB könnte sich aus einer Eigentumsverletzung ergeben.

a) Nutzungsbeeinträchtigung

Fraglich ist, ob der Betriebsstillstand als Eigentumsverletzung zu klassifizieren ist. Eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 BGB ist zumindest jede Beeinträchtigung der gesetzlich umschriebenen Befugnisse.[79] § 903 S. 1 BGB normiert das Recht des Eigentümers, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren. Inkludiert sind damit Eingriffe in die Sachsubstanz durch Zerstörung oder Beschädigung sowie durch Entziehung oder Vorenthaltung.[80] Aufgrund der Leitungsunterbrechung konnte K seine elektrischen Geräte nicht mehr zur Produktion benutzen. Er wurde also in seiner Eigentumsnutzung beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung der Sachnutzung ist jedoch weniger intensiv als die Sachentziehung; nicht jede Störung des Eigentums kann bereits als Verletzung gewertet werden.[81] Vielmehr ist § 823 I BGB, um das Fehlen einer Generalklausel nicht zu umgehen, eng auszulegen. Normiert wird gerade kein Anspruch des mittelbar Geschädigten, der einen reinen Vermögensschaden erlitten hat.[82] Die Abgrenzung zwischen Dispositionsbefugnis und Eigentumsverletzung erweist sich somit ohne Sacheinwirkung regelmäßig als schwierig. Nach überzeugender Ansicht ist neben der Intensität des Eingriffs entscheidend, dass die Störung die Nutzungsmöglichkeit der Sache zumindest vorübergehend gänzlich aufhebt.[83] Dagegen spreche zwar, dass dies schwer mit den §§ 903, 1004 BGB vereinbar sei, da diese dem Eigentümer auch die Möglichkeit geben, Störungen abzuwehren, die nur seine Nutzungsmöglichkeiten beschränken.[84] Der letztgenannte Einwand übersieht aber, dass dies gerade nicht beinhaltet, die Sachen Dritter zu benutzen.[85] Demgegenüber hat die hier vertretene Ansicht den Vorteil, dass eine ausufernde und unvorhersehbare Schadenshaftung vermieden wird und nicht bei nur fahrlässigem Handeln schon für reine Vermögensschäden eintritt.[86] Vorliegend kann K seine Maschinen mangels Stromversorgung seines Betriebes nicht mehr benutzen. Obschon wäre es möglich, diese

79 *Peifer*, Schuldrecht – Gesetzliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 22.

80 *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT II (Fn. 64), § 145 Rn. 1285 ff.

81 *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT II (Fn. 64), § 145 Rn. 1285 ff.

82 *Peifer*, SchuldR Gesetzliche Schuldverhältnisse (Fn. 79), § 3 Rn. 2.

83 BGHZ 55, 153 (159); BGHZ 138, 230 (235 f.) m.w.N.

84 Vgl. nur *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT II (Fn. 64), § 145 Rn. 1290.

85 So *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3c.

86 *Wagner*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 823 Rn. 124; *Spickhoff*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 613 m.w.N.

bspw. mithilfe eines Notstromaggregats oder an einem anderen Ort zu benutzen. Die Stromzufuhr ist außerdem lediglich 5 Tage, also für einen sehr überschaubaren Zeitraum, unterbrochen. Es kann damit nicht gesagt werden, dass jegliche Möglichkeit der Benutzung der Maschinen durch den Stromausfall aufgehoben ist; vielmehr ist nur die Nutzungsmöglichkeit des Stroms zeitweise aufgehoben. Das Eigentumsrecht umfasst aber gerade nicht den Bezug von im fremden Eigentum stehender Leistungskapazität.[87] Die Geräte waren somit nicht von jeder bestimmungsgemäßen Nutzung ausgeschlossen. Es ist hierin keine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 I BGB zu sehen, sondern ein reiner Vermögensschaden.

b) Stahlschmelze

In Betracht kommt eine Eigentumsverletzung bzgl. der erkalteten Stahlschmelze durch Zerstörung oder Beschädigung. Diese ist durch Verlust des Stroms erkaltet und hat daher ihren Aggregatzustand verändert. Fraglich ist, ob die auf einer Stromunterbrechung beruhende Veränderung des Aggregatzustandes eine tatsächliche Einwirkung auf die Sachsubstanz ist. Eine Ansicht[88] bejaht dies nur, wenn die Sache für den Eigentümer wertlos geworden ist; bei nur vorübergehender Änderung des Aggregatzustandes fehle es an einer Substanzeinwirkung. Vorliegend wurde die Schmelze durch Abkühlung in für K nicht mehr brauchbaren Stahlschrott im Wert von 100 € verwandelt. Die Substanz hat zwar noch einen geringfügigen Wert. Sie ist aber irreversibel geschädigt und kann nicht mehr stoffgleich weiterverwertet werden. Sie ist zumindest „vergleichsweise wertlos“[89]. Nach dieser Ansicht liegt eine Substanzverletzung vor. Eine andere Ansicht[90] sieht in der Veränderung des Aggregatzustandes einen Eingriff in die Integrität der Sache und daher regelmäßig auch eine Substanzverletzung. Auch hiernach liegt ein Substanzeingriff vor. Eine Stellungnahme ist somit entbehrlich. B hat zwar unmittelbar nur das Stromkabel beschädigt, welches nicht im Eigentum des K steht. Allerdings werden auch mittelbare Substanzverletzungen, die auf eine Versorgungsunterbrechung zurückzuführen sind, als Eigentumsverletzung angesehen, soweit eine Ursachenkette in Gang gesetzt wurde.[91] Es liegt somit eine Eigentumsbeeinträchtigung bzgl. der Schmelze vor.

2. Haftungsbegründende Kausalität

Die Eigentumsverletzung muss auf eine Handlung zurückzuführen sein, die B zuzurechnen ist. Grundsätzlich wirkt jede Handlung haftungsbegründend, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele (Äquivalenztheorie).[92] Die Stromunterbrechung hat dazu geführt, dass der Stahl in der Schmelze geschädigt wurde. Problematisch ist, dass nicht geklärt werden kann, wer die Unterbrechung zuerst verursacht hat. Es könnte sich aber um einen Fall der Doppelkausalität handeln, d.h. beide Ereignisse haben den Schaden herbeigeführt, jedes hätte für sich allein aber ebenfalls den Schaden verwirklicht.[93] Zwar kommen für den Stromausfall nur die o.g. Handlungen in Frage, jede hätte für sich zu einem Stromausfall in der Schmiede geführt und das Erkalten der Schmelze hätte nur bei Stromzufuhr verhindert werden können. Es ist also möglich, dass beide Unterbrechungen zur Eigentumsverletzung geführt haben. Es ist aber gerade nicht feststellbar, ob die Schädigung bereits zwischen den beiden Ereignissen eingetreten ist. Dann wäre die Zweitverursachung aber nur hypothetisch. Reserveursachen sind aber dann nicht beachtlich, wenn sie zur Schadensersatzpflicht eines Dritten geführt hätten.[94] Hier hätte die Reserveursache, die zweite Unterbrechung, zur Ersatzpflicht eines Dritten, dem zweiten Unterbrecher, geführt. Dann wäre kein Fall der Doppelkausalität gegeben. Außerdem hätte zum Zeitpunkt der zweiten Unterbrechung die Schmelze auch schon fertig sein können; dann wäre ohne die erste kein Schaden entstanden. Dies ist in Hinblick auf die Regeln über die Beweislastverteilung problematisch, da jeder im Grundsatz die ihn begünstigenden Tatsachen im Zweifel zu beweisen hat.[95] Dieser Nachweis ist hier für K aber nicht erbringbar. Somit scheidet auch ein Fall doppelter Kausalität aus. Es mangelt insgesamt, aufgrund von Beweisproblemen, an der haftungsbegründenden Kausalität.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des K gegenüber B aus § 823 I BGB ist mithin zu verneinen.

II. Anspruch des K gegen C aus § 823 I BGB

Ein Anspruch des K gegen C aus § 823 I BGB kommt daher ebenfalls nicht in Betracht (s.o.).

III. Anspruch des K gegen B und C aus § 830 I 2 BGB

K könnte einen Anspruch gegen B und C aus § 830 I 2, 840 BGB haben.[96] Dazu muss ein Fall der alternativen Kausalität gegeben sein, d.h. mehrere Personen müssen unabhängig voneinander eine unerlaubte Handlung begangen haben, auf der der Verletzungserfolg potenziell

87 So insbesondere *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2 (Fn. 85), § 76 II 3c.

88 *Finzel*, Haftung für Stromausfall durch Bauarbeiten (OLG Hamm), NJW 1973, 760.

89 Siehe als Beispiel die Abkühlung heißen Wasserdampfes, der als Wasser bei normaler Temperatur vergleichsweise wertlos ist, in: *Isenbeck*, OLG Hamm: Haftung für Stromausfall bei Bauarbeiten, NJW 1973, 1755 (1755).

90 *Möschel*, Der Schutzbereich des Eigentums nach § 823 I BGB, JuS 1977, 1 (2); *Wagner*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 823 Rn. 175; darauf abstellend, ob ein Eingriff nach der Verkehrsauffassung nicht völlig unerheblich ist: *Isenbeck* (Fn. 89), NJW 1973, 1755 (1755).

91 Vgl. BGHZ 41, 123 (125 f.); *Schaub*, in: PWW (Fn. 45), § 823 Rn. 38; *Möschel* (Fn. 90), JuS 1977, 1 (1).

92 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 33), Vorb. vor § 249 Rn. 25.

93 Vgl. *Oetker*, in: MüKo BGB (Fn. 46), § 249 Rn. 135.

94 *Oetker*, in: MüKo BGB (Fn. 46), § 249 Rn. 214 m.w.N.

95 *Spickhoff*, in: Soergel (Fn. 86), § 823 Rn. 157.

96 Nach überwiegender Auffassung stellt § 831 I 1 eine Anspruchsgrundlage dar, vgl. BGHZ 72, 355 (358).

beruht, wobei sich aber nicht ermitteln lässt, wer diesen tatsächlich bedingt hat.[97]

1. Tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und schuldhaftes Handeln

Jeder der Beteiligten muss potentiell, d.h. mit Ausnahme der Kausalität, einen Haftungstatbestand verwirklicht haben.

a) Erfüllung des § 823 I BGB durch B

Zunächst kommt die Erfüllung des § 823 I BGB durch B in Betracht. Eine Handlung des B ist in der Durchtrennung des Stromkabels mit dem Minibagger gegeben und eine Eigentumsverletzung in der Zerstörung der Stahlschmelze. Etwaige Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich; B handelte daher rechtswidrig und indem er fahrlässig handelte auch schuldhaft, § 276 II BGB. Somit hat B den Tatbestand des § 823 I BGB potentiell erfüllt.

b) Erfüllung des § 823 I BGB durch C

Auch C müsste diese Voraussetzungen erfüllt haben. Seine Handlung ist darin zu sehen, dass er den Mast der Überlandstromleitung ansägte, wodurch die vom Mast gehaltenen Stromkabel rissen. Obschon C dies tat, um Castor-Transporte zu stoppen und daher vermutlich aus naturschützerischen Motiven handelte, kann eine Rechtfertigung aus Art. 20a GG schon deswegen nicht hergeleitet werden, weil Grundrechte generell, mit wenigen Ausnahmen, keine Verletzung von Rechten und Rechtsgütern anderer zu rechtfertigen vermögen.[98] [*Es handelt sich bei Art. 20a GG nicht um ein Grundrecht, sondern um eine Staatszielbestimmung. – Anm. d. Red.*] C handelte somit rechtwidrig. Er hat den Mast vorsätzlich angesägt, um die Bahnlinien zu blockieren und dabei zumindest billigend in Kauf genommen, dass die von diesem Mast abhängigen Stromkabel reißen. Damit handelte er auch schuldhaft. Die Voraussetzungen des § 823 I BGB sind mithin auch bei C potentiell gegeben.

c) Alternative Ursächlichkeit

Eine alternative Kausalität aller Beteiligten muss ernsthaft möglich und beweisbar sein.[99] Allerdings ist fraglich, ob die potenziell angenommene Kausalität der Handlung von jeweils B und C für die Rechtsgutverletzung adäquat wären. Dann dürfte der hypothetische Kausalverlauf nicht vollkommen atypisch sein (Adäquanzformel[100]). Die allgemeine Lebenserfahrung legt den Rückschluss nahe, dass das Durchtrennen eines Stromkabels/das Abreißen eines Strommasts zu einem Stromausfall führen kann und dadurch auch weitere Rechte verletzt werden können.[101] Adäquanz liegt daher vor. Die Rechtsverletzung müsste auch in den Schutzbereich der verletzten Norm fallen (Lehre vom Schutzzweck der Norm[102]), d.h. die verletzte Norm muss gerade dazu dienen, den konkreten Verletzungserfolg zu unterbinden. Gerade bei Versorgungsvorrichtungen, von denen zunehmend Abhängigkeit besteht, kann es nur dem Sinn des Schutzbereiches der Norm entsprechen, über die Substanz hinaus auch ihre Funktion zu schützen.[103] Sinn des Verbots eines Durchtrennens von Versorgungsleitungen besteht somit gerade auch darin, die Rechte und Rechtsgüter der von diesen abhängigen Dritten zu schützen. Der Schutzzweckzusammenhang ist bei Unterstellung einer Kausalität bei B und C gegeben. Die alternative Kausalität aller Beteiligten ist daher ernsthaft und beweisbar.

2. Beteiligte

§ 830 I 2 BGB verlangt seinem Wortlaut nach „Beteiligte“. Fraglich ist, ob B und C als Beteiligte i.S.d. Norm anzusehen sind. Die Auslegung des Begriffs der Beteiligung ist jedoch bisweilen uneinheitlich.[104] Insbesondere von der Rechtsprechung wird die Ansicht verfochten, dass ein zumindest örtlich und zeitlich einheitlicher Vorgang bestehen muss, wobei besondere Bedeutung einer Gleichartigkeit der Gefährdungshandlungen beigemessen wird.[105] Nicht gefordert wird die Gleichzeitigkeit der Handlungen oder eine etwaige subjektive Beziehung, da der von der Norm überbrückte Beweisnotstand unabhängig von diesen Voraussetzungen schutzwürdig sei.[106] B hat die Stromleitung des Betriebs zerstört, während C einen Strommast in der Nähe einer Bahnschiene abgesägt hat, der den gesamten Ort versorgt. Bahnschienen und Strommasten befinden sich normalerweise außerhalb von Orten. Bereits ein örtlich einheitlicher Lebensvorgang lässt sich vorliegend, obgleich der BGH seine Anforderungen an seine Kriterien zunehmend aufgelockert hat,[107] nicht feststellen. Hiernach wären sie nicht Beteiligte. Die Gegenmeinung[108] versteht den Wortlaut dahingehend, dass sich die Beteiligung bereits aus

97 Vgl. nur *Eberl-Borges*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 (Unerlaubte Handlungen), Bearbeitung 2012, § 830 Rn. 1.

98 Vgl. *Spickhoff*, in: Soergel (Fn. 86), § 823 Rn. 133 – begrenzte Ausnahmen: Art. 5 und 8 GG.

99 *Krause*, in: Soergel (Fn. 86), § 830 Rn. 20; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 528.

100 Vgl. *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2012, § 46 Rn. 901 ff.

101 Vgl. BGHZ 41, 123 (125 f.).

102 Vgl. *Schaub*, in: PWW (Fn. 45), § 823 Rn. 7; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 6. Aufl. 2014, § 338 Rn. 136.

103 So BGHZ 41, 123 (127).

104 Einigkeit besteht darüber, dass dieser nicht im strafrechtlichen Sinne verstanden werden kann, da er neben den in § 830 I 1, II BGB verwendeten Unterkategorien der strafrechtlichen Beteiligung verwendet wird, vgl. *Staudinger*, in: Hk-BGB (Fn. 34), § 830 Rn. 22.

105 Teils wurde auch ein sachlicher Zusammenhang gefordert, BGHZ 25, 271 (274); 33, 286 (292); 55, 86 (93); offengelassen in BGHZ 101, 106 (112).

106 Siehe nur BGHZ 33, 286 (292); so aber *Deutsch*, Allgemeines HaftungsR (Fn. 99), Rn. 523; RGZ 96, 224 (226).

107 Ausführliche Darstellung von *Eberl-Borges*, in: Staudinger (Fn. 97), § 830 Rn. 10.

108 *Schiemann*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Bd. 2, 12. Aufl. 2008, § 830 Rn. 8; *Wagner*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 830 Rn. 59; *Deubner*, Zur Haftung bei alternativer Kausalität, JuS 1962, 383 (385); *Eberl-Borges*, in: Staudinger (Fn. 97), § 830 Rn. 103 ff. m.w.N.

der möglichen Ursächlichkeit ergebe. Denn der Beweisnotstand könne auch ohne Verbindung der potentiellen Schädiger auftreten, das Opfer sei aber ebenso schutzwürdig.[109] Die konkrete Eignung bemesse sich nach dem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang des Verhaltens zu der Verletzung und dem Grad der Gefährdung.[110] Vorliegend fanden beide Leitungsunterbrechungen an dem Tag statt, an dem durch den Stromausfall auch die Schmelze erkaltete. Ein räumlicher Zusammenhang besteht insofern, als jede der Handlungen für die Stromversorgung der Schmiede relevante Leitungen beschädigt hat. Darüber hinaus hätte auch jede Handlung alleine sicher die Stromversorgung unterbrochen; der Grad der Gefährdung der Schmelze ist daher sehr hoch einzustufen. Demzufolge wäre eine Beteiligung gegeben. Der Streit muss somit entschieden werden. Soweit von der ersten Meinung vorgebracht wird, dass der Verzicht auf zusätzliche Kriterien zu einer Uferlosigkeit des gesetzlich begrenzten Anwendungsbereichs der Norm führe, kann dies nicht überzeugen. Denn diesem Erfordernis kann bereits durch eine konsequente Anwendung der übrigen Tatbestandsmerkmale, insbesondere der potentiellen Kausalität, Rechnung getragen werden.[111] In Anbetracht der gleichen Schutzwürdigkeit des Geschädigten in den jeweiligen Fällen ist daher der zweiten Meinung zu folgen. B und C sind somit Beteiligte.

3. Urheberzweifel

Weiterhin darf der wirkliche Schadensstifter nicht feststehen, aber die Rechtsgutverletzung muss sicher von einem der Beteiligten, möglicherweise auch durch alle, verursacht worden sein.[112] Vorliegend ist sicher, dass der Stromausfall und die Schädigung zumindest von der ersten Leitungsunterbrechung verursacht wurden. Grundsätzlich ist bei Feststehen eines Erstverursachers nach der h.M. kein Raum für § 830 I 2 BGB.[113] Hier liegen die Dinge jedoch insofern anders, als gerade nicht feststellbar ist, wessen Handlung zuerst zu der Leitungsunterbrechung geführt hat, wer also konkret Urheber des Schadens war. Somit greift auch in dieser Konstellation der Schutzzweck der Norm und die Beweislast ist nicht dem Geschädigten aufzulasten. Urheberzweifel sind mithin gegeben.

4. Rechtsfolge

B und C haften F aus § 830 I BGB und müssen ihm den durch die Rechtsgutsverletzung entstandenen Schaden gem. § 249 ff. BGB als Gesamtschuldner gem. § 840 I BGB ersetzen. Da die Schmelze irreversibel geschädigt ist, steht K gem. § 251 I BGB Wertersatz für diese zu. Nach der Differenzmethode ist ein Vergleich zwischen der bestehenden Güterlage und der Güterlage, die ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre, maßgeblich.[114] Die Ausgangsmaterialien hatten einen Wert von 950 €. Diese Materialien wurden aufgrund der Erhitzung um die für die Schmelzung aufgewendeten 50 € im Wert gesteigert. Dagegen spricht auch nicht, dass die flüssige Schmelze noch kein Endprodukt dargestellt hat; auch Zwischenprodukte tragen die Produktionskosten als Wertsteigerung bereits in sich.[115] Dieser Ausgangswert muss aber noch um den Restwert des Stahlschrotts, also um 100 €, gekürzt werden. Somit ist K ein Schaden von 900 € entstanden. Es könnte aber eine Minderung des Schadens gem. § 254 BGB aufgrund einer schuldhaften Unterlassung des Geschädigten gem. § 254 II 1 BGB geboten sein. K hielt zwar kein Notstromaggregat bereit, das den Schaden hätte verhindern können. Ein solches ist aber sehr kostspielig und daher nicht, gerade nicht um die Beanspruchung eines Dritten zu mindern,[116] verpflichtend. Somit beläuft sich der dem K zu ersetzende Schaden auf 900 €.

5. Erfüllung gem. § 422 BGB

Der Anspruch könnte erfüllt worden sein, indem F an K 900 € gezahlt hat. Gem. § 422 BGB wirkt die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner auch für die Übrigen. Diese Erfüllung ist aber nicht i.S.d. § 362 I BGB zu verstehen mit der Rechtsfolge des Untergangs der Leistung, sondern betrifft nur das Außenverhältnis zum Gläubiger; die Forderung geht im Wege der *cessio legis* gem. § 426 II BGB auf den leistenden Gesamtschuldner über.[117] Fraglich ist, ob F Gesamtschuldner ist. Dann müssten die Voraussetzungen des § 421 BGB gegeben sein.

a) Schulden mehrere eine Leistung

Zunächst müsste F dem K die gleiche Leistung geschuldet haben wie B und C. Ein etwaiger direkter Schadensersatzanspruch gegen F kommt jedoch nicht in Betracht. F ist aber Gesellschafter der F&B GbR. Er schuldete die gleiche Leistung, wenn die GbR gesamtschuldnerisch mit B und C verbunden ist und sich aus dieser Gesellschaftsschuld eine Haftung des F als Gesellschafter ableiten lässt.

aa) Bestehen einer Gesellschaftsschuld als Gesamtschuld

Zunächst müsste ein Gesamtschuldverhältnis zwischen der GbR, B und C entstanden sein. Das setzt eine Gesellschaftsschuld voraus, die auf das gleiche Gläubigerinteresse gerichtet ist wie die von B und C geschuldete Leistung.

109 Statt aller *Deubner*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.11.1960 – VI ZR 7/60, NJW 1961, 1013.

110 Vgl. *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, 2004, S. 152 m.w.N.

111 Vgl. *Eberl-Borges*, in: Staudinger (Fn. 97), § 830 Rn. 107.

112 *Buck-Heeb*, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 4. Aufl. 2012, § 14 Rn. 333a.

113 BGHZ 72, 355 (359 ff.).

114 Vgl. *Looschelders*, SchuldR AT (Rn. 101), Rn. 880.

115 *Möschel* (Fn. 90), JuS 1977, 1 (2).

116 BGHZ 41, 123 (128).

117 *Looschelders*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 (Recht der Schuldverhältnisse), Bearbeitung 2005, § 422 Rn. 3.

(1) Anspruch des K gegen die GbR gem. § 830 I 2 BGB i.V.m. § 31 BGB analog[118]

Ein Anspruch des K auf Schadensersatz i.H.v. 900 € aus §§ 830 I 2 i.V.m. § 31 BGB analog gegen die GbR ist entstanden, wenn die von B begangene unerlaubte Handlung i.S.d. § 830 I 2 BGB der GbR analog § 31 BGB zugerechnet wird.

(a) Haftung der Gesellschaft analog § 31 BGB

Die GbR kann Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Daher kommt eine Zurechnung des deliktischen Verhaltens des B analog § 31 BGB in Betracht. Diese analoge Anwendung ist für Personenhandelsgesellschaften generell anerkannt.[119] Die analoge Anwendung auf die GbR wurde hingegen vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR von der Rechtsprechung abgelehnt, da es an der körperschaftlichen Organisation der GbR fehle und damit an den für sie handelnden „Organen".[120] Seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit allerdings bestehen hinsichtlich der analogen Anwendung des § 31 BGB auf die rechtsfähige GbR keine Bedenken mehr,[121] soweit sie die Voraussetzungen eines verselbstständigten Gesellschaftsvermögens und einer Organstruktur erfüllt.[122] Dies ist zumindest dann der Fall, wenn die Geschäftsführung als Einzelbefugnis ausgestaltet ist.[123] B ist Alleingeschäftsführer der GbR. Somit steht einer Analogie des § 31 BGB vorliegend nichts im Wege.

(b) Voraussetzungen des § 31 BGB

Weiterhin müssten die Voraussetzungen des § 31 BGB erfüllt sein, also das Handeln eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen. B ist als geschäftsführender Vertreter verfassungsmäßig berufen. Darüber hinaus haftet er aus § 830 I 2 BGB, weil er mit dem Minibagger der GbR eine Leitung unterbrochen hat. Die Nutzung des Baggers lässt darauf schließen, dass B auch gerade für das Bauunternehmen tätig wurde. Die Voraussetzungen des § 31 BGB sind damit gegeben.

(2) Ergebnis

Die Tathandlung des B ist mithin der F&B GbR analog § 31 BGB zuzurechnen. Ein Anspruch auf Ersatz des Schadens i.H.v. 900 € gem. § 830 I 1 BGB des K gegen die GbR ist somit entstanden. Zwischen der deliktischen Eigenhaftung eines Gesellschafters und der Gesellschaftshaftung gem. § 31 BGB analog besteht ein Gesamtschuldverhältnis.[124] Somit haftet die GbR mit B und C dem F als Gesamtschuldner.

bb) Haftungsüberleitung auf F als Gesellschafter

Weiterhin müsste auch ein Anspruch des K gegen F auf das gleiche Gläubigerinteresse entstanden sein.

(1) Anspruch des K gegen F aus § 830 I 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog

Dieser könnte sich aus § 830 I 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog ergeben.

(a) Bestehen einer wirksamen Verbindlichkeit der GbR

Eine wirksame Verbindlichkeit der GbR besteht aus § 830 I 2 BGB i.V.m. § 31 BGB analog.

(b) Haftung der Gesellschafter analog § 128 HGB

Die Haftung der Gesellschafter ist in den §§ 705 ff. BGB nicht ausdrücklich geregelt und deren Begründung daher umstritten. Nach der sog. Doppelverpflichtungstheorie[125] gebe der Gesellschafter stets eine dreigespaltene Willenserklärung für sich, für die anderen Gesellschafter und die Gesellschaft ab. Dieser Meinung zufolge kann nur bei vertraglichen Verbindlichkeiten eine Haftung der Gesellschafter begründet werden. Eine Haftung des F für die gesetzliche Gesellschaftsschuld scheidet hiernach aus. Die Akzessorietätstheorie[126] geht hingegen davon aus, dass die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GbR kraft Gesetzes analog § 128 I HGB akzessorisch haften. Das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ergebe sich daraus, dass die §§ 705 ff. BGB noch auf die ursprüngliche Konstruktion der Gesamthand als Sondervermögen ausgelegt seien und deswegen keine Haftungsregelungen bzgl. der Gesellschafter treffen.[127] Die Außen-GbR sei mittlerweile vergleichbar mit der OHG, weshalb die Interessenlage letztlich die Analogie zu § 128 I HGB gebiete.[128] Innerhalb dieser Meinung wird die akzessorische Haftung für eine deliktsrechtliche Schuld unterschiedlich beurteilt. Es wird vertreten, dass ein Rückschluss aus § 831 BGB keine über diese Zurechnungsnorm hinausgehende Haftung von natürlichen Personen für deliktisches Verhalten zuließe.[129] Dagegen wird jedoch eingewandt, dass es sich bei der Haftung aus § 128 HGB gerade nicht um eine deliktische, sondern um eine akzessorische Haftung handle.[130] Der Wortlaut

118 Ein Anspruch analog § 831 I 1 BGB scheidet aus, da B als (geschäftsführender) Gesellschafter als Organ der GbR und gerade nicht als weisungsgebundener Verrichtungsgehilfe fungiert.

119 Vgl. *Piper*, Die Haftung der Organe nach § 31 BGB, JuS 2011, 490 (491).

120 BGHZ 45, 311 (312).

121 Statt aller BGHZ 154, 88 (93 ff.); dazu *K. Schmidt*, Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis, NJW 2003, 1897 (1898) m.w.N.

122 Vgl. *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 705 Rn. 263.

123 *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 705 Rn. 263.

124 BGHZ 155, 205 (213); *Saenger*, in: Hk-BGB (Fn. 34), § 714 Rn. 5.

125 BGH, NJW 1987, 3124 (3125); BGHZ 117, 168 (176 f.); *Habersack*, Die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JuS 1993, 1 ff. m.w.N.

126 BGHZ 142, 315 (318 ff.); 146, 341 (358); *Wertenbruch*, Publizität der Vertretungsmacht eines GbR-Geschäftsführers, DB 2003, 1099.

127 *K. Schmidt* (Fn. 121), NJW 2003, 1897.

128 BGHZ 154, 88 (93 f.).

129 Statt aller *Altmeppen*, Deliktshaftung in der Personengesellschaft, NJW 2003, 1554 (1557).

130 *K. Schmidt* (Fn. 121), NJW 2003, 1897 (1900).

des § 128 HGB gebiete keine Abgrenzung bzgl. des Haftungsgrundes, sondern setze irgendeine Gesellschaftsschuld voraus. Außerdem bilde die persönliche Haftung der Gesellschafter den Ersatz eines gesetzlich gesicherten Haftungsfonds, der umso wichtiger sei, da sich der Gläubiger seinen Schuldner nicht aussuche. Nicht zuletzt wegen der Vervollständigung des Gläubigerschutzes ist eine Haftung der Gesellschafter analog § 128 HGB bei deliktischer Haftung anzunehmen. Dieser Ansicht folgend würde F akzessorisch haften. Nicht zuletzt dieses Ergebnis zeigt, dass die Akzessorietätstheorie den Interessen im Rechtsverkehr besser Rechnung trägt und darüber hinaus nicht wie die Doppelverpflichtungslehre auf fiktiven Willenserklärungen beruht. Somit ist § 128 HGB analog anwendbar.

(2) Ergebnis des Anspruchs

Ein Anspruch des K gegen F aus § 830 I 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog ist daher entstanden.

(c) Zwischenergebnis

Somit schuldet F dem K die gleiche Leistung wie B und C (und die GbR).

b) Gleichstufigkeit der Haftung

Nach h.M. setzt die Gesamtschuld eine Gleichstufigkeit der Verpflichtungen voraus. Diese ist aber gerade nicht bei einer Hauptschuld und einer akzessorischen Schuld gegeben: In dieser Konstellation fehlt es an der in § 422 I BGB benannten Tilgungsgemeinschaft, denn soweit die Gesellschaft die Hauptschuld erfüllt, hat dies zwar den Untergang der akzessorischen Forderung zum Ergebnis; umgekehrt liegen die Dinge aber anders, da durch die Leistung auf die akzessorische Schuld die Hauptschuld gerade nicht untergeht.[131] Daher ist dieses Erfordernis nicht erfüllt. Eine Gesamtschuld scheidet somit aus.

c) Ergebnis

F ist daher kein Gesamtschuldner mit der GbR, B (persönlich) und C.

6. Erfüllung als akzessorisch haftender Gesellschafter

F hat die 900 € an K gezahlt. Er hat damit zwar aufgrund des Anspruchs des K gegen ihn selbst aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis analog § 128 HGB geleistet, aber gleichzeitig auch eine Leistung, für deren Begleichung primär die GbR zuständig ist, erbracht und damit diese Schuld ebenfalls befriedigt. Umstritten ist, was mit dem Anspruch des befriedigten Gläubigers gegen die Gesellschaft passiert. Aufgrund der gesamtschuldnerischen Verbundenheit der GbR mit B und C würde die Erfüllung der Gesellschaftsschuld nur gem. § 422 BGB Gesamtwirkung entfalten, während bei Annahme einer Legalzession neben dem Anspruch gegen die GbR auch die Ansprüche gegen B und C als Nebenrechte i.S.d. §§ 412, 401 BGB auf F übergehen könnten.

131 Vgl. *Habersack*, in: Staub, Handelsgesetzbuch Großkommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2009, § 128 Rn. 20.

a) Cessio legis – Meinungsstand

Eine *cessio legis* könnte sich aus § 426 II BGB oder im Wege einer Analogie zu § 774 I BGB begründen lassen. Nach allgemeiner Ansicht scheitert eine *cessio legis* aus § 426 II BGB mangels eines Gesamtschuldverhältnisses.[132] Bzgl. der analogen Anwendung des § 774 I BGB stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Für eine scheidet eine Analogie schon mangels einer gesetzlichen Regelungslücke aus; Regressansprüche seien in den §§ 713, 670 BGB bzw. § 110 HGB abschließend geregelt.[133] Hingegen soll lediglich der Rechtsgedanke der §§ 420 ff. BGB bei entsprechender Interessenlage im Einzelfall anwendbar sein, wie beispielsweise § 422 BGB.[134] Eine andere Ansicht befürwortet eine Analogie zu § 774 I BGB, da es ein allgemeines Prinzip sei, dass bei Erfüllung durch den akzessorisch Haftenden der Anspruch des Gläubigers auf diesen übergehe.[135] Nach dieser Argumentationslinie würde eine Legalzession vorliegend stattfinden, §§ 774, 412, 401 BGB. Da die GbR mit B (persönlich) und C gesamtschuldnerisch haftet, ist fraglich, ob dieser Ansicht folgend auch die Forderungen gegen B und C übergingen. Wird akzessorisch für einen der Gesamtschuldner gehaftet, dann kann die Befriedigung des Gläubigers durch diesen nur wie die desjenigen Gesamtschuldners wirken, für den gezahlt wurde.[136] F würde somit zunächst nur die Hauptforderung gegen die GbR erlangen. Die Forderungen gegen B und C könnten aber als Nebenrechte i.S.d. § 401 BGB übergehen, § 412 BGB. Dies ist aber nur möglich, wenn der, für den geleistet wurde, gem. § 426 II BGB selbst eine Forderung gegen die anderen Gesamtschuldner erlangt hätte.[137] Im Fall einer Zahlung durch die GbR wären die Forderungen gegen B und C gem. §§ 840, 426 II BGB in Anlehnung an § 426 I BGB, also *pro rata*, übergegangen. Fraglich ist, wie B und C *pro rata* gehaftet hätten. Dabei ist der Rechtsgedanke des § 254 BGB auf das Verhältnis mehrerer Ersatzpflichtiger untereinander anzuwenden.[138] B hat leicht fahrlässig ein Stromkabel unterbrochen, während C mit Vorsatz einen Strommast zerstört hat. C trägt daher einen nicht unerheblich höheren Verschuldensanteil als B. Im Innenverhältnis muss er deswegen für den gesamten Schaden aufkommen. Gem.

132 Vgl. BGHZ 47, 376 (378 ff.); *Ensthaler*, in: ders., Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2007, § 128 Rn. 17; *Habersack*, Der Regress bei akzessorischer Haftung, AcP 198 (1998), 153 (159); *K. Schmidt*, GesellschaftsR (Fn. 7), § 49 II 4b.

133 BGH, NJW 1962, 1863; NJW 2011, 1023; *Hopt*, in: Baumbach/ders (Fn. 19), § 128 Rn. 25 m.w.N.

134 BGHZ 146, 341 (358); *Emmerich*, in: Heymann, Handelsgesetzbuch (Kommentar), Bd. 2, 1996, § 128 Rn. 6.

135 *Habersack* (Fn. 132), AcP 198 (1998), 152 (160); *K. Schmidt*, GesellschaftsR (Fn. 7), § 49 V 1; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2005, 1B Rn. 48; *Schäfer*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 714 Rn. 54; *K. Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2012, § 128 Rn. 31 (Analogie nur zu § 774 BGB).

136 Vgl. zu dieser Konstellation bei der Bürgschaft BGHZ 46, 14 (16).

137 Ebenda; *Brödermann*, in: PWW (Fn. 45), § 774 Rn. 13.

138 Vgl. *Bydlinski*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 426 Rn. 21.

§ 426 I BGB hätte die GbR einen Anspruch gegen C i.H.v. 900 € innegehabt. Auch gem. § 426 II BGB wäre daher lediglich die Forderung gegen C i.H.v. 900 € auf die GbR übergegangen. Daher kann auch F, dieser Ansicht folgend, als Nebenrecht gem. §§ 401, 412 BGB nur einen Anspruch gegen C i.H.v. 900 € erlangen.

b) Stellungnahme

Die Kontroverse bedarf einer Entscheidung. Allenfalls geringes Gewicht kann dem Einwand der bereits bestehenden Regressmöglichkeiten der Gesellschafter zuzumessen sein, da deren Bestehen nicht den Rückschluss auf eine abschließende Regelung zulässt.[139] Bei genauerer Betrachtung spricht das Gesetz vielmehr für eine Analogie, da sonst unklar ist, was mit der Hauptforderung passiert; diese würde zwar durch die Leistung des Gesellschafters auf seine eigene Verbindlichkeit aus § 128 HGB „relativ erfüllt", dies führt aber nicht zum Untergang des Anspruchs.[140] Eine Regelungslücke liegt schon in Ermangelung einer Gesamtschuld vor und weil der Gesetzgeber die dogmatische Ähnlichkeit der Haftung der Gesellschafter zu der des Bürgen in diesem Ausmaß nicht vorhersehen konnte.[141] Soweit ein Forderungsübergang als entbehrlich betrachtet wird, scheinen Vertreter der ersten Ansicht, wie die zweite Meinung zutreffend einwendet, die strukturell vergleichbare Interessenlage zur Bürgenhaftung auszublenden. Die Vorzüge, die sich aus dem Übergang von Nebenrechten ergeben können, unterscheidet die *cessio legis* von dem Aufwendungsersatzanspruch und widerlegt damit dessen postulierten abschließenden Regelungscharakter.[142] Diese Vorzüge sollten auch den Gesellschaftern zukommen. Aufgrund der Nähe zu allgemeinen Prinzipien des Gesetzes ist somit eine Analogie zu befürworten. Mithin ist der Anspruch des K gegen die GbR im Wege der Legalzession auf F übergegangen und als Nebenrecht auch der Anspruch gegen C.

6. Ergebnis

K ist somit nicht berechtigt, Schadensersatz i.H.v. 900 € gem. §§ 830 I 2, 840 BGB von B und C zu verlangen.

IV. Anspruch des K gegen B und C aus § 830 I 2 BGB – Recht am Gewerbebetrieb

K könnte gegen B und C einen Anspruch aus § 830 I 2 BGB aufgrund der Verletzung eines sonstigen Rechts, dem am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, gem. § 823 I BGB haben. Zwar haben B und C jeweils den Tatbestand des § 823 I BGB erfüllt. Auch wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb überwiegend anerkannt; jedoch bildet es einen Auffangtatbestand.[143] Die bereits festgestellte Eigentumsverletzung an der Stahlschmelze verhindert somit den Rückgriff auf dieses Recht. Wollte man es dennoch annehmen, würde es aber jedenfalls an dem in ständiger Rechtsprechung[144] verlangten betriebsbezogenen Eingriff fehlen, da es weder B noch C gerade darauf ankam, den Betrieb zu schaden. Somit scheidet ein Anspruch diesbezüglich aus.

V. Anspruch des K gegen B und C aus § 830 I 2 BGB (§ 823 II BGB i.V.m. § 303 StGB)

Ein Anspruch des K gegen B und C aus § 830 I 2 BGB bzgl. der Verletzung eines Schutzgesetzes käme nur in Betracht, wenn sowohl B als auch C den Tatbestand des § 823 II BGB i.V.m. § 303 StGB erfüllt haben. Die Verwirklichung des Tatbestands des § 823 II BGB i.V.m. § 303 StGB scheidet aber aus, da es B bzgl. der Sachbeschädigung am Vorsatz mangelt.

VI. Anspruch des K gegen B und C aus § 830 I 2 BGB (§ 826 BGB)

Mangels Vorsatzes des B scheidet auch ein Anspruch aus § 830 I 2 BGB bzgl. § 826 BGB aus.

VII. Anspruch des K gegen die GbR aus § 830 I 2 BGB i.V.m. § 31 BGB analog

Ein Anspruch des K gegen die GbR aus § 830 I 2 BGB i.V.m. § 31 BGB ist entstanden, infolge der *cessio legis* analog § 774 I BGB allerdings auf F übergegangen (s.o.).

VIII. Anspruch des K gegen F und B aus § 830 I 2 BGB i.V.m § 128 HGB analog

Ein Anspruch des K gegen F und B aus § 830 I 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog ist ebenfalls entstanden, aber bereits gegenüber F durch Erfüllung untergegangen und gegenüber B im Wege der *cessio legis* analog § 774 I, II BGB auf F übergegangen.

C. Frage 2: Ansprüche des F

I. Anspruch des F gegen die GbR analog §§ 713, 670 BGB

Die GbR kann F zum Ausgleich der von F an K gezahlten 900 € verpflichtet sein. Zwar ist F nicht geschäftsführender Gesellschafter, im Falle einer Inanspruchnahme analog § 128 HGB sind die Vorschriften aber entsprechend anwendbar.[145] Die Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeit müsste eine Aufwendung i.S.d. § 670 BGB gewesen sein. Aufwendungen sind freiwilli-

139 Vgl. *Schäfer*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 714 Rn. 54, § 110 HGB behandle diesen Fall auch nicht ausdrücklich.

140 *Von Koppenfels-Spies*, Die cessio legis, 2006, III b.

141 Vgl. zur Entwicklung der Haftung der OHG-Gesellschafter bei *Habersack* (Fn. 132), AcP 198 (1998), 152, (160 ff.).

142 Vgl. *Gellings*, Inanspruchnahme eines Gesellschafters: Innenregress und Gesamtschuldnerausgleich, JuS 2012, 589 (590).

143 Siehe nur BGH, NJW 1999, 366 (367).

144 BGHZ 55, 153 (161); BGH, NJW 1959, 479 (481).

145 Vgl. *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo BGB (Fn. 9), § 713 Rn. 15.

ge Vermögensopfer.[146] F hat die 900 € an K gezahlt, da er als Gesellschafter analog § 128 HGB im Außenverhältnis primär, unmittelbar und unbeschränkt für die Schuld der GbR haftet. Dies stellt die Freiwilligkeit der Leistung in Frage. Maßgeblich für die Freiwilligkeit ist aber das Innenverhältnis.[147] Daher dürfe F im Innenverhältnis nicht verpflichtet gewesen sein, die Leistung zu erbringen. Grundsätzlich ist die GbR primär zur Tilgung verpflichtet, was sich auch daraus ergibt, dass die Gesellschafter ihre Einlagen nicht erhöhen müssen, § 707 BGB. Hiervon abweichende Vereinbarungen im Innenverhältnis sind auch nicht ersichtlich. Somit hat F Aufwendungen getätigt. Ihm steht ein Anspruch auf Ausgleich des gesamten von ihm an K gezahlten Betrages i.H.v. 900 € aus §§ 713, 670 BGB zu.

II. Anspruch des F gegen die GbR analog §§ 774 I 1, 830 I 2 BGB

Weiterhin hat F einen Anspruch auf Zahlung von 900 € gegen die GbR aus gesetzlichen Forderungsübergang analog §§ 774 I 1, 830 I 2 BGB (s.o.).

III. Anspruch des F gegen B analog §§ 713, 670 BGB i.V.m. § 128 I HGB analog

Zwar haften die Gesellschafter analog § 128 HGB akzessorisch für Gesellschaftsschulden. Diesbezüglich ist aber zwischen Sozialverpflichtungen (solchen zwischen den Gesellschaftern) und Drittverpflichtungen (solchen zu Dritten) zu differenzieren.[148] Indes berührt § 128 HGB ausschließlich das Verhältnis zu außenstehenden Gläubigern, da sonst ein Weg zur Umgehung des Verbots der Nachschusspflicht gem. § 707 BGB eröffnet wäre.[149] Somit scheidet ein Anspruch analog §§ 713, 670 BGB i.V.m. § 128 I HGB analog aus.

IV. Anspruch des F gegen B aus § 426 I BGB

Denkbar ist noch ein Anspruch gegen B aus § 426 I BGB. Analog § 128 1 HGB haften B und F als Gesamtschuldner für die von F getilgte Gesellschaftsschuld. Ein Anspruch aus § 426 I BGB ist somit grundsätzlich gegeben. Die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen steht jedoch in einem subsidiären Verhältnis zu der Haftung der GbR aus §§ 713, 670 BGB. Eine Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit der GbR ist vorliegend nicht ersichtlich. Unabhängig davon wäre ein Anspruch aus § 426 I BGB auf einen anteiligen Ausgleich i.H.d. Verlustbeteiligung begrenzt, d.h. ein Anspruch besteht nur *pro rata*. Zu beachten ist weiterhin, dass die schuldhafte Verursachung durch einen Gesellschafter zu einer Alleinhaftung im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern führen kann.[150] Vorliegend hat nur B die Pflicht zum Schadensersatz schuldhaft verursacht. Somit könnte F den gesamten Betrag i.H.v. 900 € subsidiär auch von B verlangen.

V. Anspruch F gegen B aus § 426 II 1 BGB

Ein solcher Anspruch ist nicht entstanden, da gem. § 426 II BGB die beglichene Forderung gegenüber einem Gesamtschuldner bestanden haben muss. Ein Forderungsübergang der Gesellschaftsschuld auf die Gesellschafter ist aber nur bei Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen diesen Parteien möglich,[151] welches abzulehnen ist (s.o.).

VI. Anspruch F gegen B analog §§ 774 I, II, 412, 401 BGB

Ein Anspruch des F gegen B auf Zahlung von 900 € könnte sich aus § 774 I BGB ergeben. Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander ist ein Übergang der Forderung der analog § 128 HGB für die gesamte Forderung haftenden Mitgesellschafter aber abzulehnen; vielmehr muss konsequent in Anlehnung an das Bürgschaftsverhältnis § 774 II BGB analog angewandt und damit die Haftung auf den Kopfanteil beschränkt werden,[152] §§ 769, 774 II BGB. Da B *pro rata* zur Erbringung der gesamten Leistung verpflichtet wäre (s.o.), ist ein Anspruch i.H.v. 900 € subsidiär zu den Ansprüchen gegen die GbR gegeben.

VII. Anspruch F gegen C analog §§ 774 I, 412, 401, 830 I 2 BGB

Darüber hinaus ist die Forderung des K gegen C aus § 830 I 2 BGB gem. §§ 774 I, 412, 401 BGB *pro rata*, also i.H.v. 900 €, als Nebenrecht mit der getilgten Forderung gegen die GbR im Wege der *cessio legis* auf F übergegangen (s.o.).

VIII. Anspruch des F gegen B gem. §§ 774 I analog, 412, 401, 830 I 2 BGB

Mangels Forderungsübergangs scheidet ein Anspruch diesbezüglich aus (s.o.).

146 *Mansel*, in: Jauernig (Fn. 45), § 670 Rn. 2.

147 Vgl. zur gleichen Konstellation bei der OHG *Weitemeyer*, in: Oetker (Fn. 77), § 128 Rn. 8 m.w.N.

148 *Hopt*, in: Baumbach/ders. (Fn. 19), § 128 Rn. 22.

149 BGHZ 37, 229 (301); *Saenger*, in: Hk-BGB (Fn. 34), § 714 Rn. 9.

150 BGH, NJW-RR 2009, 49.

151 *Habersack* (Fn. 132), AcP 198 (1998), 152 (162 f.); *Habersack*, in: Staub (Fn. 131), § 128 Rn. 48; *K. Schmidt*, in: MüKo HGB (Fn. 135), § 128 Rn. 34; anders: *Hopt*, in: Baumbach/ders. (Fn. 19), § 128 Rn. 27.

152 *Habersack* (Fn. 132), AcP 198 (1998), 152 (163); auch dieser Anspruch ist subsidiär, da sich die mitgliedschaftliche Treuepflicht ggü. dem Regress kraft *cessio legis* durchsetzt, vgl. § 774 I 3 BGB.