

Methodik ZR

Examensklausur

Lukas Beck (LS Prof. Teichmann)

Kein König von Mallorca mehr

Examensübungsklausur vom 5. 4. 2014

DOI 10.1515/jura-2015-0070

SACHVERHALT

W, A und X bilden zusammen die WAX-OHG. Ihre Geschäftstätigkeit besteht darin, Privatkredite mit einem Volumen von bis zu EUR 5000 für Personen auszugeben, die gerade »nicht flüssig« sind und darin, Sicherheiten in dieser Höhe für solche Personen zu bestellen. Da keiner der Gesellschafter den anderen sonderlich weit vertraut, haben sie vereinbart, dass alle Gesellschafter die OHG nur gemeinsam vertreten können. Diese Regelung ist auch so in das Handelsregister eingetragen. Eines Tages sind W und A auswärts unterwegs. Sie erklären dem X, dass er heute ruhig auch alleine Geschäfte bis zu einer Höhe von EUR 250 abschließen könne. Den Gesellschaftsvertrag müsste man hierfür nicht ändern; das sei auch so schon alles in Ordnung. Im Laufe des Tages kommt schließlich der notorisch klamme Jürgen (J) in das Büro der OHG, wo er den X antrifft. J erklärt dem X, dass er eine neue Schlager-Show auf Mallorca plane. Seine Bank (B) will ihm die dafür benötigten EUR 5000 aber nur geben, wenn er einen Bürgen für diesen Betrag stellen könnte. X, der ein großer Fan der Musik des J ist und fest an den Erfolg glaubt, ruft sofort die B an und erklärt ihr, dass die WAX-OHG gerne für den Betrag von EUR 5000 bürgen werde.

Um auf Nummer sicher zu gehen, beschließt der J, einen weiteren Bürgen heranzuschaffen. Er erscheint bei der B mit dem Detlef (D), einem vermögenden Freund. D verbürgt sich bereitwillig schriftlich für das Darlehen gegenüber der B. Den D konnte J hierzu nur bewegen, indem er ihm einen von ihm selbst gefälschten Vertrag vorgelegt hat, nach dem bereits die ersten Auftritte des J ausgebucht seien und die Erlöse die Anlaufkosten von EUR 5000 weit übersteigen würden.

Lukas Beck: Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. Teichmann) sowie Lehrbeauftragter an der Universität Würzburg.

Das Darlehen wird schließlich an J ausgezahlt. Leider entpuppt sich seine neue Show als Flop. Als die Rückzahlung des Darlehens fällig wird, stellt die B, nachdem sie gegen den J die Zwangsvollstreckung eingeleitet hat, fest, dass bei diesem nichts zu holen ist. Sie wendet sich daher an die WAX-OHG und verlangt Zahlung von dieser. W und A sind empört. Sie erklären, dass die B sich nicht an die Gesellschaft, sondern an den X persönlich halten solle. Im gleichen Zug wendet sich die B an den D und verlangt auch von diesem die Zahlung. D weist jede Schuld von sich. Er erklärt, dass er niemals bereit gewesen wäre, sich für den J zu verbürgen, wenn er das Risiko richtig eingeschätzt hätte. Das wäre ihm aber wegen der Täuschung durch J nie möglich gewesen.

Der J hatte aus Dankbarkeit dem X seine Goldene Stimmgabel, die er in »besseren Zeiten« erhalten hatte, vorübergehend zur Ausstellung zu Werbezwecken in den Räumen der WAX-OHG überlassen. Als man bei der WAX-OHG erkennt, dass schwere Zeiten anstehen, beschließen W, A und X diese Trophäe zu versilbern. Man kommt mit H, dem Inhaber des In-Ladens »Hipstar« zusammen und bietet diesem die Stimmgabel an. H wird aber misstrauisch: Schließlich ist im Sockel der Name des J eingraviert. Er bezweifelt, dass die WAX-OHG Eigentümerin der Stimmgabel sei. W, A und X räumen ein, dass das zutreffe, die OHG selbst auch gar nicht Verfügungsbefugt sei, der J sie aber gebeten habe, dieses Schmuckstück gewinnbringend zu veräußern. H lässt sich hiervon überzeugen; er schließt mit der WAX-OHG einen Kaufvertrag, in dem angegeben wird, dass J sein Vertragspartner sei. Anschließend willigt er in die Übereignung ein und nimmt daraufhin die Stimmgabel gleich mit.

Bearbeitervermerk:

Die B möchte nun von Ihnen wissen, gegen wen sie einen Anspruch aus den Bürgschaften hat und wen sie in Anspruch nehmen könnte, wenn es bei den Bürgschaften Probleme gäbe.

Der J möchte wissen, ob er seine Goldene Stimmgabel von H zurückverlangen kann oder ob er ggf. Ansprüche gegen die WAX-OHG geltend machen kann.

Abwandlung:

In der WAX-OHG ist zwar Gesamtvertretung vereinbart worden, dieser Umstand ist aber in das Handelsregister nicht eingetragen worden. Der D wendet gegen seine Verpflichtung ein, dass jedenfalls zuerst die WAX-OHG in Anspruch genommen werden müsse. Schließlich hat diese die Bürgschaft zuerst übernommen und – was der Wahrheit entspricht – ist in seinem Bürgschaftsvertrag vereinbart worden, dass er nur nachrangig zur WAX-OHG in Anspruch genommen werden dürfte. Im Zeitpunkt des Abschlusses der Bürgschaft mit D wusste die B nicht, dass die WAX-OHG insgesamt nie in der Lage wäre, die Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.

Bearbeitervermerk:

Die B möchte deshalb nun direkt den D in Anspruch nehmen. Prüfen Sie die Möglichkeiten.

LÖSUNGSVORSCHLAG**1. Teil****A. Anspruch der B gegen die WAX-OHG****I. Anspruch entstanden**

Die B könnte einen Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag (§ 765 Abs. 1 BGB) gegen die WAX-OHG haben. Die WAX-OHG kann als offene Handelsgesellschaft gem. § 124 Abs. 1 HGB selbst Träger von Rechten und Pflichten sein.

Hinweis:

Die WAX-OHG wird im Sachverhalt als gegeben dargestellt. Ihr Zustandekommen wird nicht näher geschildert. Deshalb ist es auch nicht in der Lösung zu problematisieren.

Die WAX-OHG müsste aber auch tatsächlich Vertragspartei geworden sein. Die OHG ist selbst handlungsunfähig¹. Sie muss daher durch ihre Organe handeln. Das Handeln der Organe nach außen betrifft die Frage nach der Vertretung der Gesellschaft (organschaftliche Vertretung). Um Vertragspartei geworden zu sein, muss die OHG daher wirksam vertreten worden sein. Bei der OHG als Personengesellschaft gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft². Sie

wird also von ihren Gesellschaftern organschaftlich vertreten (§ 125 HGB). Als organschaftlicher Vertreter kommt hier der X als Gesellschafter der OHG in Betracht. Die Stellvertretung richtet sich dabei zunächst nach § 164 BGB.

1. Eigene Willenserklärung, Offenkundigkeit

Der X gab im Telefonat gegenüber der B eine eigene Willenserklärung ab. Indem er erklärt, dass die WAX-OHG bürgen werde, wahrt er die Offenkundigkeit. Dafür ist gar nicht erforderlich, dass er den designierten Vertragspartner tatsächlich offenlegt, wie er es getan hat. Es genügt, dass er kenntlich macht, dass er nicht für sich, sondern für einen anderen handelt.

Hinweis:

Hier wird deutlich, dass es sich bei der OHG und ihren Gesellschaftern um unterschiedliche Bezugspunkte handelt. Die OHG ist rechtlich selbstständig, sodass der Gesellschafter nicht »sich selbst und die anderen Gesellschafter« vertritt, sondern die Gesellschaft selbst.

2. Vertretungsmacht

Fraglich ist allerdings, ob X dabei auch mit Vertretungsmacht gehandelt hat. Gem. § 125 Abs. 1 HGB ist in der OHG grundsätzlich jeder Gesellschafter zur Vertretung ermächtigt. »Jeder Gesellschafter« meint jeden Gesellschafter alleine und ohne das Mitwirken der anderen. § 125 Abs. 1 HGB lässt aber auch den Ausschluss eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag zu.

Außerdem erklärt § 125 Abs. 2 S. 1 HGB, dass im Gesellschaftsvertrag Gesamtvertretung vereinbart werden kann. Alle oder manche Gesellschafter können dann nur gemeinschaftlich die Gesellschaft vertreten. X hätte als alleine handelnder Gesellschafter die OHG dann nicht wirksam vertreten können. Vorliegend haben W, A und X vereinbart, dass jeder Gesellschafter nur gemeinsam mit den anderen die Gesellschaft vertreten könnte. Sie haben damit eine Regelung zur Gesamtvertretung getroffen.

Allerdings ist aus dem Sachverhalt nicht recht ersichtlich, ob diese Bestimmung im Gesellschaftsvertrag getroffen worden ist. Es wird nur davon gesprochen, dass die Gesellschafter »vereinbart« hätten. Nach dem Wortlaut des § 125 Abs. 1 HGB wird deutlich verlangt, dass dieser grundlegend wichtige Umstand im Gesellschaftsvertrag geregelt werden muss³. Der Gesellschaftsvertrag kann aber

¹ Kindler, Grundkurs HGR, 6. Aufl. 2012, § 11 Rn. 63.

² S. Hüffer/Koch, GesR, § 8 Aufl. 2011, § 13 Rn. 27.

³ S. auch Boesche, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 125 Rn. 19.

jederzeit und formfrei geändert werden⁴. Es ist dabei auch nicht erforderlich, dass ausdrücklich der Gesellschaftsvertrag geändert werden soll. Die ursprüngliche Vereinbarung der Gesamtvertretung war daher jedenfalls Teil des Gesellschaftsvertrags. Dem X stand für die WAX-OHG damit nur die Möglichkeit der Gesamtvertretung gem. § 125 Abs. 2 HGB zu.

Hinweis:

Wird die Regelung des § 125 Abs. 2 S. 1 HGB übersehen, kann die Bearbeitung dennoch zum gleichen Ergebnis gelangen: Erkannt werden muss nur, dass die Gesellschafter darüber bestimmen können, welche Vertretungsmodalitäten sie in der Gesellschaft anwenden wollen.

Vorliegend handelte X aber ohne das Zutun der anderen beiden Gesellschafter. Ein gleichzeitiges Handeln aller Gesellschafter ist für die Gesamtvertretung aber auch nicht erforderlich⁵. Vielmehr wäre eine nachträgliche Zustimmung der anderen Gesellschafter ausreichend.

W und A hatten dem X gegenüber allerdings erklärt, dass er Geschäfte bis zu einem Umfang von EUR 250 an diesem Tag alleine abschließen dürfe. Der Gesellschaftsvertrag sollte dadurch ausdrücklich nicht geändert werden. Eine solche Änderung ist aber auch nicht erforderlich. Jeder gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter kann einen anderen mit ihm gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen⁶. Diese Anordnung findet sich in § 125 Abs. 2 S. 2 HGB, hat aber nur klarstellenden Charakter. Bereits aus dem Institut der Vertretung durch die Gesellschafter ergibt sich die Möglichkeit, einen einzelnen zu ermächtigen. Das geschieht durch ein einseitiges Geschäft. Dieses Geschäft ist nicht formbedürftig; insb. muss die Ermächtigung gerade nicht im Gesellschaftsvertrag erfolgen⁷. Der ermächtigte Gesellschafter handelt dann bei den betreffenden Geschäften mit Vertretungsmacht⁸. Vorliegend haben zwar alle gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter (W und A) eine Ermächtigung erteilt. Diese betrifft aber nur Geschäfte, die nach ihrer Art einen Umfang von EUR 250 nicht überschreiten. Wenn eine Ermächtigung zur Vornahme von bestimmten Geschäften oder von bestimmten Arten von Geschäften erteilt werden kann, muss diese entweder auch anstelle einer umfassenden Erteilung auch dem Umfang

nach beschränkt erteilt werden können oder als »bestimmte Art von Geschäften« können solche Geschäfte angesehen werden, die nur einen bestimmten Umfang haben.

Die vorliegende Bürgschaft war für ein Kreditvolumen von EUR 5000 ausgesprochen worden. Damit ist sie nicht von den Geschäften erfasst, zu denen der X ermächtigt worden ist. Das Geschäft war daher nicht von der Ermächtigung erfasst, sodass X soweit betrachtet ohne Vertretungsmacht gehandelt hätte.

Hinweis:

Die Ermächtigung nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB betrifft die Vertretungsmacht und wirkt deshalb im Außenverhältnis⁹. Das Einhalten oder Überschreiten hat deshalb Bedeutung gegenüber Dritten und wirkt nicht nur im Verhältnis unter den Gesellschaftern oder zur Gesellschaft (Innenverhältnis). Das ergibt sich daraus, dass sich die Ausnahmeregel in der Vorschrift des § 125 HGB zur Vertretungsmacht findet und nicht der Vorschrift des § 116 HGB zur Geschäftsführungsbefugnis.

Dass aus dem Handelsregister nach wie vor etwas anderes hervorgeht, stört das Ergebnis nicht. Wenn dort weiterhin Gesamtvertretungsbefugnis eingetragen ist, kann sich der Rechtsverkehr darauf berufen, wenn das für ihn günstig ist. Im vorliegenden Fall ist aber die Anwendung der ggf. tatsächlich bestehenden Einzelvertretungsmacht für den Verkehr günstiger. Bewertet man den Fall einer vorübergehenden Einzelermächtigung eines Gesellschafter (richtigerweise) als Veränderung seiner Vertretungsmacht i. S. d. § 107 HGB, führt das dazu, dass diese Vertretungsmachtsänderung in das Handelsregister einzutragen ist. Diese Eintragung ist aber keine Wirksamkeitsvoraussetzung für das Bestehen der Vertretungsmacht sondern ist rein deklaratorischer Natur.

Auch dass § 126 Abs. 2 HGB eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht Dritten gegenüber für unwirksam erklärt, stört das Ergebnis nicht. Hier geht es ja schon nicht um eine »Beschränkung«, sondern um eine Erweiterung der bereits in den Grenzen des § 125 HGB ausgestalteten Vertretungsmacht. Jede andere Auffassung würde § 125 Abs. 2 S. 2 HGB jeglichen Anwendungsbereich nehmen.

Für das gemeinsame Zusammenwirken der Gesamtvertreter genügt es aber auch, dass die übrigen Gesellschafter sukzessive zustimmen. Die Regelung des § 177 BGB findet dabei entsprechende Anwendung¹⁰. Bis zur Genehmigung der anderen Vertreter ist das Geschäft also schwebend unwirksam¹¹. Vorliegend haben aber weder W noch A dem Geschäft (im Umfang von EUR 5000) zugestimmt. Spätestens, indem sie der B erklärt haben, dass diese sich nicht

⁴ Hopt, in: Baumbach/Hopt, 35. Aufl. 2012, § 125 Rn. 62; vgl. BGH, NJW 1989, 2687, 2688; BGH, NJW 1966, 826, 827.

⁵ Boesche, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 125 Rn. 24.

⁶ Hüffer/Koch, GesR, § 8 Aufl. 2011, § 13 Rn. 31.

⁷ S. insgesamt Hopt, in: Baumbach/Hopt, 35. Aufl. 2012, § 125 Rn. 17.

⁸ BGH, NJW 1975, 1117, 1118.

⁹ BGH, NJW 1975, 1117, 1118.

¹⁰ Boesche, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 125 Rn. 26.

¹¹ Boesche, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 125 Rn. 26.

an die OHG, sondern an X halten sollte, haben sie der B gegenüber die Genehmigung analog § 177 Abs. 1 BGB verweigert. Die Verweigerung der Genehmigung muss nicht X gegenüber erklärt werden, sondern kann auch dem Dritten, also B, gegenüber ausgesprochen werden, wie § 177 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB zeigt. Die Genehmigung der Vertretung wurde damit nicht erteilt. Das Geschäft ist von X ohne Vertretungsmacht geschlossen worden.

Das Geschäft, nicht die Wahrnehmung der Vertretung, könnte nunmehr allerdings wieder von der WAX-OHG selbst in direkter Anwendung des § 177 BGB genehmigt worden sein. Dafür wäre wieder ein Handeln aller Gesellschafter (§ 125 Abs. 2 HGB) erforderlich. Dafür ist nichts ersichtlich.

X hat das Geschäft also ohne Vertretungsmacht geschlossen und es ist nicht genehmigt worden. Der Bürgschaftsvertrag ist deshalb nicht wirksam zustande gekommen.

II. Ergebnis

Ein Anspruch gegen die WAX-OHG ist niemals wirksam entstanden.

B. Anspruch der B gegen X

I. Anspruch entstanden

Ein Anspruch auf Leistung der Bürgschaft könnte sich aus einer Haftung des X als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB) ergeben. Ein eigener Anspruch gegen X als Vertragspartner des Bürgschaftsvertrags (§ 765 BGB) muss hingegen ausscheiden. Indem X erklärt hat, dass er für die WAX-OHG handeln wolle, hat er kenntlich gemacht, dass er niemals selbst Vertragspartner werden wolle. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht tritt auch nicht in den Vertrag ein. Er hat aber Vertrauen für sich in Anspruch genommen und muss für die Enttäuschung dieses Vertrauens einstehen. Er haftet nach § 179 Abs. 1 BGB daher auf Erfüllung oder auf Schadensersatz.

1. Wirksamkeit der Bürgschaftserklärung

Erforderlich ist dafür aber, dass überhaupt alle weiteren Tatbestandsmerkmale der Erklärung, die den Vertrag hätte zustande bringen sollen, erfüllt sind. Schließlich darf der X bei Fehlen von Vertretungsmacht nicht weiter verpflichtet werden, als der eigentliche Vertragspartner verpflichtet

worden wäre, wenn die Vertretungsmacht vorgelegen hätte. Wäre das Geschäft aus anderen Gründen unwirksam, kann der X nach richtiger h.M. nicht gem. § 179 BGB in Anspruch genommen werden¹². Zu fragen ist deshalb, ob und mit welchem Inhalt der Vertrag zustande gekommen wäre, wenn die Vertretung wirksam geworden wäre. Es ist daher zu prüfen, ob die Bürgschaftserklärung wirksam gewesen ist.

Gem. § 766 S. 1 BGB ist die Bürgschaftserklärung schriftlich zu erteilen. Das ist hier nicht geschehen. X hat sie lediglich telefonisch und damit mündlich abgegeben. Das könnte aber genügen, wenn der Anwendungsbereich des § 350 HGB eröffnet ist. Eine Bürgschaftserklärung, die ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB ist, kann formlos erteilt werden.

Hinweis:

§ 350 HGB verlangt nicht, dass ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt. Es genügt daher ein einseitiges (§ 345 HGB). Das wird vor allem deutlich, wenn § 350 HGB davon spricht, dass »die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen [...] ein Handelsgeschäft ist«.

a) Kaufmannseigenschaft der WAX-OHG oder des Vertreters ohne Vertretungsmacht

Ein Handelsgeschäft muss dabei ein Geschäft eines Kaufmanns sein, § 343 Abs. 1 HGB. Die WAX-OHG ist Kaufmann, da sie entweder ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 HGB), ins Handelsregister eingetragen ist (§ 2 HGB) oder jedenfalls weil sie eine Handelsgesellschaft ist (§ 6 HGB). Allerdings hat hier ja der X gehandelt. Zwar handelt er nicht für sich selbst, da er erkennbar macht, dass das Geschäft die OHG treffen soll (§ 164 Abs. 1 BGB). Das spricht dafür, dass es allein auf die Kaufmannseigenschaft der OHG ankommt. Allerdings tritt ja der Vertreter in den Fällen des § 179 Abs. 1 BGB an die Stelle des Vertretenen (nicht aber in den Vertrag ein), sodass es ab dem Zeitpunkt der Verweigerung der Genehmigung nur noch auf seine eigene Person ankommt. Jedoch steht dem entgegen, dass es für die Betrachtung bei wirksamer Vertretungsmacht auf den Vertretenen ankommt und grundsätzlich kein Grund ersichtlich ist, warum davon abgewichen werden sollte, wenn die Vertretungsmacht fehlt. Denn in diesen Fällen nimmt das Gesetz ja gerade den Vertreter nicht voll in Verantwortung: Er tritt nicht in den Vertrag ein. Er *haftet* nur für die *Folgen* (§ 179 BGB). Grundsätzlich muss es deshalb auch beim Vertreter ohne Vertretungsmacht auf die Kaufmannseigenschaft des Vertretenen ankommen. Der

¹² Schramm, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 179 Rn. 22 m. w. N.

Verkehr muss schließlich so gestellt werden, wie er stünde, wenn das Geschäft ursprünglich so zustande gekommen wäre, wie es der Vertreter dargestellt hat.

Anders muss man das aber wohl in den Fällen beurteilen, in denen der angeblich Vertretene überhaupt keinen Bezug zum geschlossenen Geschäft hat: Das ist der Fall, wenn er nie auch nur überhaupt irgendeine Vertretungsmacht für dieses Geschäft erteilt hat. Hier geht es tatsächlich um das eigene Handeln des vermeintlichen Vertreters, nicht um das eines anderen, auch wenn der vermeintliche Vertreter vorgibt, für diesen zu handeln. Es kann deshalb in diesem Fall nicht auf die Kaufmannseigenschaft des Vertretenen ankommen¹³. Es ist vielmehr zu überprüfen, ob X selbst Kaufmann ist¹⁴.

Ob der Vertretene Kaufmann ist, kann deshalb nur von Bedeutung sein, wenn dieser ursprünglich Vertretungsmacht erteilt hat und diese wieder (etwa durch Anfechtung der Erteilung) entfällt.

Nimmt man also die Kaufmannseigenschaft des Vertreters als maßgeblich an, muss man sich aber fragen, ob zusätzlich noch die Kaufmannseigenschaft des Vertretenen gegeben sein muss¹⁵. Man muss sich nämlich vor Augen führen, dass ein Handeln in fremdem Namen für den X keine weitreichenderen Folgen herbeiführen darf als ein Handeln in eigenem Namen. Die Kaufmannseigenschaft des X kann also richtigerweise nur genügen, wenn der Vertretene, also die OHG selbst *auch* Kaufmann ist¹⁶. Vorliegend muss nicht entschieden werden, ob die Kaufmannseigenschaft des X genügt, oder ob darüber hinaus noch die Kaufmannseigenschaft der OHG erforderlich ist. Denn die WAX-OHG ist jedenfalls Kaufmann. Es ist daher nur zu prüfen, ob der X selbst Kaufmann ist.

¹³ S. dazu nur *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2013, § 343 Rn. 9.

¹⁴ *Joost*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2009, § 343 Rn. 4; *Pamp*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 343 Rn. 13; *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 20 Rn. 6.

¹⁵ Dagegen wohl *Steinbeck*, HandelsR, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 4; *Roth*, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl. 2011, § 343 Rn. 2.

¹⁶ Wie hier *Oetker*, HandelsR, 6. Aufl. 2010, § 7 Rn. 10 und wohl *Koller*, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2004, § 343 Rn. 8; *Klein/Theusinger*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und GesR, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn. 3. Offengelassen von *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 20 Rn. 6 und *Pamp*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 343 Rn. 13. Dabei muss es aber auch genügen, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht den Vertretenen als Kaufmann bezeichnet und damit einen Rechtsschein für die Kaufmannseigenschaft setzt. Diesen muss sich zwar nicht unbedingt der Vertretene zurechnen lassen, wohl aber der Vertreter, wenn er selbst Kaufmann ist (oder als solcher zu behandeln ist) und es auf seine eigene Haftung ankommt (§§ 177, 179 BGB).

Hinweis:

Entscheidungsrelevant ist die Frage hingegen, wenn ein Kaufmann eine Person oder Gesellschaft vertritt, die selbst gar nicht Kaufmann ist. Als Personengesellschaft käme dabei nur die GbR in Frage.

Außerdem muss schließlich ggf. das Geschäft auch zum Handelsgewerbe des Vertreters ohne Vertretungsmacht gehören, da ansonsten kein Handelsgeschäft i. S. d. § 343 HGB vorliegt.

Ob die Gesellschafter einer OHG selbst Kaufleute sind, ist umstritten.

Nach e.A. sind die persönlich haftenden Gesellschafter als Kaufleute (§ 1 Abs. 1 HGB) anzusehen. Denn sie tragen das Unternehmensrisiko und betreiben die Geschäfte der Gesellschaft. Sie haften schließlich für diese Geschäfte (§ 128 HGB)¹⁷. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags genügt dazu freilich noch nicht. Sie werden aber durch die Aufnahme des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft Kaufleute¹⁸.

Nach a.A. sind die Gesellschafter nicht Kaufleute. Denn Unternehmensträger der OHG ist die Gesellschaft selbst; es sind nicht ihre Gesellschafter (§ 124 HGB). Sie selbst betreibt das Handelsgewerbe¹⁹. Deshalb kann auch nur sie Kaufmann sein. Ihre geschäftsführenden Gesellschafter werden nur als Organe der Gesellschaft tätig, wie es auch beim Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstand einer AG der Fall ist²⁰. Auch die Gesellschafterstellung und die (selbst)organschaftliche Vertretungsmacht der Gesellschafter ändern daran nichts²¹.

Zuweilen wird auch eine nach dem Zweck der jeweilig in Rede stehenden Norm differenzierende Betrachtung vorgenommen²². Dem ist aber nicht zu folgen. Gegen eine Normzweckbetrachtung spricht die allgemeine klare Zuordnung des § 1 HGB der Kaufmannseigenschaft zu Personen, nicht zu einzelnen Geschäften oder Vorgängen.

Die zweitgenannte Ansicht überzeugt. Dafür spricht auch, dass ein Gesellschafter eine sehr zurückgezogene Rolle einnehmen kann. Seine zu leistenden Beiträge (§ 706 BGB) können sehr restriktiv ausgestaltet werden, auch

¹⁷ *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 2 Rn. 20 mw.N.; *Kindler*, Grundkurs HGR, 6. Aufl. 2012, § 2 Rn. 69.

¹⁸ BGH, NJW 1966, 1961; *Brox/Henssler*, HandelsR, 21. Aufl. 2011, § 3 Rn. 52; *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 2 Rn. 20.

¹⁹ *Körber*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 1 Rn. 90; *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 67; *Wertenbruch*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 105 Rn. 37.

²⁰ *Körber*, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 1 Rn. 90; *Wertenbruch*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 105 Rn. 37.

²¹ *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 67; zweifelnd *Hüffer/Koch*, GesR, 8. Aufl. 2011, § 12 Rn. 28.

²² *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, 35. Aufl. 2012, § 105 Rn. 19.

kann er von der Leitung und der Teilnahme an den Geschäften fast vollständig ausgeschlossen werden. Schließlich kann er auch im Innenverhältnis von einer Haftung freigestellt werden. Er gibt dann nicht viel mehr als seinen Namen, gewisse Mitwirkungspflichten (Grundlagengeschäfte) und seine Außenhaftung her. Er kann also vom operativen Geschäft weit entfernt als Gesellschafter fungieren.

Vorliegend ist der X daher selbst nicht als Kaufmann einzuordnen. Die Bürgschaftserklärung kann für ihn deshalb schon kein Handelsgeschäft sein. Sie ist daher nicht gem. § 350 HGB formlos möglich.

Hinweis:

Bejaht man die Anwendung von § 179 Abs. 1 BGB, ist zu überlegen, ob sich § 179 Abs. 3 S. 1 BGB auf das Ergebnis auswirkt. Danach haftet der Vertreter nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Hier lässt sich darüber nachdenken (und damit auch vertreten), dass die B-Bank den Mangel der Vertretungsmacht kennen musste, weil aus dem Handelsregister ja gerade erkennbar war, dass Gesamtvertretung besteht. Dafür scheint auch § 15 Abs. 2 S. 1 HGB zu sprechen, nachdem sich jeder die Bekanntmachungen des Handelsregisters entgegenhalten lassen muss, wodurch derjenige, der zur Eintragung verpflichtet ist, geschützt werden soll. Allerdings muss man auf der anderen Seite berücksichtigen, dass es für § 15 Abs. 2 S. 1 HGB nur auf wahrheitsgemäße Bekanntmachungen ankommen kann. Eine falsche Bekanntmachung im Handelsregister kann die OHG oder ihre Gesellschafter bzw. Vertreter nicht schützen. Vorliegend war ja aber partiell eine Ausnahme von der Gesamtvertretung gemacht worden. Das muss auch im Rahmen des § 179 BGB berücksichtigt werden. Denn tatsächlich bestand ja eine andere Vertretungsmacht als die, die im Handelsregister eingetragen war (Einzelvertretungsmacht mit beschränktem Umfang). Der B kann nicht angelastet werden, dass sie etwas hätte kennen müssen, das den Mangel nicht begründet. Denn ausschlaggebend war nicht, dass der X nur gesamtvertretungsbefugt war (was die B aus dem Handelsregister möglicherweise hätte wissen müssen), sondern dass seine Einzelvertretungsmacht beschränkt war. Das hätte die B aber aus dem Handelsregister überhaupt nicht erkennen können und hätte es deshalb auch nicht erkennen müssen.

2. Zwischenergebnis

Das Schriftformerfordernis des § 766 S. 1 BGB ist nicht eingehalten worden. Die Bürgschaftserklärung ist damit unwirksam gewesen.

Hinweis:

Nimmt man an, dass die Kaufmannseigenschaft des X zu bejahen ist, wäre nach dem Wortlaut des § 343 HGB als weitere Voraussetzung erforderlich, dass die Bürgschaftserklärung zum Handelsgewerbe des Kaufmanns gehört. Das muss sich consequen-

terweise auf das Handelsgewerbe des Gesellschafters, also des X, beziehen²³. Denn es kommt beim vollmachtlosen Handeln nach dieser Auffassung ja gerade auf sein Handeln an, nicht auf das der OHG. Man wird dabei aber davon ausgehen müssen, dass alle Geschäfte, die zum Handelsgewerbe der OHG gehören, auch zum Handelsgewerbe des Gesellschafters gehören. Denn das ist allein die logische Konsequenz daraus, dass der Gesellschafter überhaupt als Kaufmann angesehen wird: Er betreibt ja schließlich nur die OHG und damit nur deren Geschäfte.

II. Ergebnis

Die B kann den X nicht aus § 179 BGB Abs. 1 Alt. 1 BGB als Erfüllung auf Zahlung der EUR 5000 in Anspruch nehmen, da der Vertrag wegen anderer Mängel auch nicht zustande gekommen wäre, wenn X mit Vertretungsmacht gehandelt hätte. Deshalb scheidet auch ein Schadensersatzanspruch aus § 179 Abs. 1 Alt. 2 BGB aus.

C. Anspruch der B gegen D

I. Anspruch entstanden

Der B könnte ein Anspruch aus der Bürgschaft (§ 765 BGB) gegen den D zustehen. Die Voraussetzungen des § 765 BGB sind dazu eingehalten worden, auch die Schriftform des § 766 BGB ist gewahrt worden. Der Anspruch wäre somit an sich entstanden

1. Anfechtung des D wegen arglistiger Täuschung

a) Anfechtungsgrund

Allerdings könnte der Anspruch wegen einer Anfechtung des D rückwirkend ex tunc entfallen sein (§ 142 BGB). Dazu müsste zunächst ein Anfechtungsgrund vorliegen. In Betracht kommt hier eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB. D könnte dadurch getäuscht worden sein, dass J ihm den gefälschten Vertrag vorgelegt hat. Eine Täuschung ist das Vorspiegeln oder Verschweigen von Tatsachen, um einen Irrtum zu erzeugen²⁴. Tatsachen müssen dabei objektiv nachprüfbar sein. Die Frage, ob die geplanten Veranstaltungen des J bereits ausgebucht sind, ist objektiv überprüfbar und damit eine

²³ Pamp, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 343 Rn. 13; Joost, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 343 Rn. 4; a.A. Cagnar, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 20 Rn. 6; Koller, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2004, § 343 Rn. 8.

²⁴ BGH, NJW 1957, 988, 988.

solche Tatsache. Dadurch, dass J diese Tatsache behauptet hat, hat er die Täuschungshandlung vorgenommen. Es ist auch anzunehmen, dass diese Täuschung widerrechtlich war. Anzunehmen ist, dass J hier auch vorsätzlich und damit arglistig handelte. Schließlich muss die Täuschung kausal für einen Irrtum des D gewesen sein und dieser Irrtum muss kausal für die Abgabe seiner Willenserklärung gewesen sein²⁵.

Hinweis:

Häufig wird allein von der »Kausalität der Täuschung für die Willenserklärung« gesprochen. Genau betrachtet, muss die Willenserklärung aber auf einer falschen Willensbildung beruhen. Von § 123 BGB geschützt werden – wie bei § 119 Abs. 2 BGB – die Fälle, in denen die Willensbildung beeinträchtigt wird²⁶.

Die Fehlvorstellung des D über die Leistungsfähigkeit und den Erfolg des J (Irrtum) beruht kausal auf der Täuschung durch J. Letztlich war dieser Irrtum kausal für die Abgabe der Bürgschaftserklärung gegenüber der B.

Hinweis:

Anders als bei der Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ist es für § 123 BGB ohne Bedeutung, welche Art von Irrtum vorliegt. Zentral ist die Fremdbestimmung: Vor ihr soll geschützt werden. Wenn also zu einem Motivirrtum getäuscht wird, reicht das aus.

b) Person des Täuschenden

Problematisch ist hier aber, dass D von J, nicht von der B getäuscht worden ist. Anfechtungsgegner (§ 143 Abs. 1 BGB) ist im gegenseitigen Vertrag aber der andere Vertragsteil (§ 143 Abs. 2). Das ist bei der Bürgschaft (§ 765 BGB) der Bürgschaftsnehmer, also die B. Für die Täuschung durch andere Personen als den Vertragspartner enthält § 123 Abs. 2 BGB eine Sonderregel, die den Anfechtungstatbestand begrenzt. Von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB erfasste »Dritte« sind dabei nicht solche Personen, die bei Abgabe der täuschenden Erklärung mit Wissen und Willen des Anfechtungsgegners als dessen Vertrauenspersonen oder Repräsentanten auftreten²⁷. In einer solchen Nähebeziehung zu B steht der J hier nicht. Er versucht nicht, Interessen der B wahrzunehmen, sondern gänzlich seine eigenen, indem er den D täuscht. Der Schuldner einer zu sichernden Schuld nimmt mit der Besorgung eines Bürgen (wenn er hierzu nicht vom Gläubiger veranlasst worden ist) seine eigenen Interessen und nicht die des Gläubigers seiner

Schuld wahr²⁸. Der J ist deshalb hier als Dritter i. S. d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB anzusehen.

In der Folge ist gem. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB die Willenserklärung des D für diesen nur anfechtbar, wenn B die Täuschung kannte oder kennen musste. Dafür ist hier aber nichts ersichtlich. D kann seine Willenserklärung gem. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB somit nicht anfechten.

c) Anfechtung gegenüber J als Begünstigtem i. S. d.

§ 123 Abs. 2 S. 2 BGB

Denkbar erscheint, dass D aber dem J gegenüber anfechten kann (§ 123 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 143 Abs. 2 BGB). Dazu müsste J gem. § 123 Abs. 2 S. 2 BGB als Dritter aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben haben und die Täuschung gekannt haben oder haben kennen müssen. Das gilt erst recht bei solchen Täuschungen, die er selbst verübt hat²⁹. Als Recht, das J erworben haben könnte, käme seine Sicherung durch die Bürgschaft (§ 765 BGB) in Betracht. Allerdings räumt der Bürgschaftsvertrag (§ 765 BGB) zwischen B und J dem D überhaupt kein Recht ein. Lediglich seine wirtschaftliche Situation wird verbessert. Zwar kann zwischen B und J eine Rechtsbeziehung bestehen; diese und die Bürgschaft sind aber voneinander unterschiedliche Rechtsverhältnisse. Daran ändert auch die Akzessorietät der Bürgschaft nichts. Aus der Bürgschaft wird allein die B berechtigt.

d) Ergebnis

D konnte seine Bürgschaftserklärung nicht wirksam wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB anfechten.

2. Anfechtung des D wegen Eigenschaftsirrtums

Möglicherweise könnte der D aber seine Erklärung anfechten, weil er einem Eigenschaftsirrtum gem. § 119 Abs. 2 BGB unterlag. Dazu müsste er sich über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person des J geirrt haben. Grundsätzlich lässt § 119 Abs. 2 BGB einen Irrtum über Eigenschaften dritter Personen, die nicht am Vertrag beteiligt sind, genügen³⁰. D hat sich hier über die Vermögenslage und die wirtschaftlichen Aussichten des J getäuscht. Diese Umstände betreffen verkehrswesentliche Eigenschaften,

²⁵ BGH, NJW-RR 2005, 1082, 1083.

²⁶ S. Singer, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2011, § 123 Rn. 1.

²⁷ BGH, NJW 2011, 2874, 2875.

²⁸ BGH, NJW 1962, 2195, 2196.

²⁹ Flume, BGB AT II, Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 29/3 S. 546; Singer, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2011, § 123 Rn. 61.

³⁰ S. Armbrüster, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2012, § 119 Rn. 126 m. w. N.; a. A. wohl Löhnig, JA 2003, 516, 518.

sodass an und für sich ein Anfechtungsgrund vorläge. Zu berücksichtigen ist aber, dass der Bürge nach dem Zweck des Bürgschaftsvertrags ja gerade für das Risiko der Fehleinschätzung der Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners eintreten soll³¹. Eine Anfechtung kann daher in diesen Fällen nicht zugelassen werden. Andernfalls könnte der Bürge regelmäßig immer, wenn er in Anspruch genommen wird, die Bürgschaft unter der Berufung darauf anfechten, dass er davon ausging, dass der Haftungsfall nie eintreten würde.

D kann die Bürgschaft nicht wegen eines Eigenschaftsirrums gem. § 119 Abs. 2 BGB anfechten.

Hinweis:

Es versteht sich, dass die Anfechtung auch auf der Ebene »Anspruch erloschen« geprüft werden kann.

3. Ergebnis

Der Anspruch der B gegen D aus der Bürgschaft (§ 765 BGB) ist wirksam entstanden.

II. Erlöschen und Durchsetzbarkeit

Der Anspruch ist auch nicht erloschen. Der Anspruch ist durchsetzbar. Insbesondere steht dem D nicht die Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB zu, da die B gegen den J bereits erfolglos die Zwangsvollstreckung betrieben hat.

D. Gesamtergebnis

Die B hat weder gegen die WAX-OHG noch gegen den X einen Anspruch auf Leistung oder Erstattung i.H.v. EUR 5000.

Der B steht aber gegen den D ein Anspruch auf Zahlung von EUR 5000 aus der Bürgschaft zu (§ 765 BGB).

2. Teil

A. Herausgabe der Stimmgabel an J gem. § 985 BGB

J könnte von H möglicherweise die Herausgabe der Stimmgabel gem. § 985 BGB verlangen. Dazu müsste J noch Eigentümer der Stimmgabel sein und der H Besitzer ohne Recht zum Besitz (§ 986 BGB).

I. Verlust des Eigentums an die WAX-OHG oder ihre Gesellschafter

Ursprünglich war J Eigentümer der Stimmgabel. Dadurch, dass er die Stimmgabel dem X für die WAX-OHG vorübergehend überlassen hat (§ 598 BGB), hat er sein Eigentum weder an die WAX-OHG, noch an deren Gesellschafter persönlich verloren.

II. Verlust des Eigentums an H durch die Übertragung der WAX-OHG

J könnte sein Eigentum aber an den H dadurch verloren haben, dass die Gesellschafter der WAX-OHG als deren Vertreter sich mit H geeinigt haben und diesem die Sache übergeben haben. Eine wirksame Eigentumsübertragung gem. § 929 S. 1 BGB scheidet daran, dass die WAX-OHG selbst nicht Eigentümerin und auch sonst nicht Verfügungsbefugt war. Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten gem. § 932 BGB scheidet jedenfalls daran, dass H die WAX-OHG nicht für die Eigentümerin hält. Er ist insofern wegen seiner Kenntnis gem. § 932 Abs. 2 BGB nicht gutgläubig.

Da die WAX-OHG Kaufmann i.S.d. HGB ist, könnte aber eine Eigentumsübertragung auch unter Heranziehung des § 366 HGB eingetreten sein. Danach genügt der gute Glaube des Erwerbs an die Verfügungsbefugnis des Nichteigentümers. Allerdings ist H auch diesbezüglich nicht gutgläubig i.S.d. § 932 BGB, da W, A und X ihn über ihre fehlende Verfügungsbefugnis aufgeklärt haben.

Indes tritt die WAX-OHG hier überhaupt nicht in eigenem Namen auf. Stattdessen gibt sie vor, für den J zu handeln. Ihr Handeln ist daher als Stellvertretung gem. § 164 BGB zu verstehen. Eine Stellvertretung ist auch bei der dinglichen Einigung des § 929 S. 1 BGB möglich³². Eine

³¹ Flume, BGB AT II, Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 24/4 S. 490; Singer, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2011, § 119 Rn. 89; Habersack, in: MünchKomm BGB, 6. Aufl. 2013, § 765 Rn. 37.

³² S. nur Wiegand, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2011, § 929 Rn. 39.

eigene Willenserklärung der WAX-OHG als Stellvertreterin des J liegt mit der Erklärung ihrer eigenen Vertreter W, A und X vor. Auch ist die Offenkundigkeit gewahrt.

Problematisch ist allerdings, dass die WAX-OHG von J keine Vertretungsmacht zur Übereignung der Goldenen Stimmgabel erhalten hat. Eine wirksame Stellvertretung wäre daher grundsätzlich nicht möglich.

Fraglich ist, ob § 366 HGB hier Abhilfe schaffen kann. Nach dem Wortlaut des § 366 Abs. 1 HGB findet die Vorschrift nur Anwendung auf Fälle, in denen der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis im Raum steht. Möglicherweise ist die Vorschrift aber auf die Fälle des guten Glaubens an die Vertretungsmacht entsprechend anzuwenden. In dieser Hinsicht war H gutgläubig.

Nach e.A. ist es für § 366 HGB ohne Bedeutung, ob der Verkäufer in eigenem Namen handelt oder in fremdem³³. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber in den Materialien zum HGB vom guten Glauben an die Befugnis »im eigenen Namen« oder »im Namen des Eigentümers« sprach³⁴. Auch trennt der Sprachgebrauch des HGB nicht genau zwischen der Ermächtigung (Verfügungsbefugnis) und der Vertretung, wie in § 49 Abs. 1, § 54 Abs. 1, § 56 HGB zu erkennen ist³⁵.

Nach a.A. spricht gegen diesen Gutgläubensschutz jedenfalls der Wortlaut der Norm. § 366 Abs. 1 HGB spricht von der »Befugnis zu verfügen« und von der »Herleitung von Rechten von einem Nichtberechtigten«, wobei im BGB der Nichtberechtigte derjenige ist, der nicht Eigentümer ist oder von Eigentümer ermächtigt (§ 185 BGB). Diese Ermächtigung ist aber die Ermächtigung in eigenem Namen zu handeln, nicht im Namen des Eigentümers³⁶. Stellvertretungsfälle sind gerade nicht erfasst. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass im Handelsrecht typischerweise das Handeln im eigenen Namen erfasst wird und dieses deshalb nach § 366 HGB schutzwürdig sein muss³⁷. Ein Handeln in fremdem Namen kann nie eine gleichermaßen sichere Position anzeigen, wie ein Handeln in eigenem Namen. Denn beim Handeln in fremdem Namen zeigt der Handelnde ja gerade, dass er einer zusätzlichen Legitimation durch den Berechtigten bedarf³⁸.

Die letztgenannte Ansicht überzeugt. Folgt man ihr, lässt sich eine klare Trennung zwischen Mängeln beim Handeln in eigenem Namen und Mängeln bei Handeln in fremdem Namen erreichen.

³³ Hopt, in: Baumbach/Hopt, 36. Aufl. 2014, § 366 Rn. 5.

³⁴ K. Schmidt, HandelsR, 6. Aufl. 2014, § 23 IV Rn. 33.

³⁵ Welter, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2013, § 366 Rn. 42.

³⁶ S. nur Gursky, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2009, § 185 Rn. 2.

³⁷ Medicus/Petersen, BR, 24. Aufl. 2013, § 22 Rn. 567.

³⁸ Canaris, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 27 Rn. 16.

Der gute Glaube des H an die Vertretungsmacht der WAX-OHG für J ist somit nicht geschützt. H konnte das Eigentum nicht gem. § 929 S. 1, § 164 BGB, § 366 HGB von J durch die WAX-OHG erwerben.

III. Besitz des H

H ist dabei Besitzer der Stimmgabel (§ 854 BGB) und hat kein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) gegenüber dem J. Allerdings hat die WAX-OHG ein Recht zum Besitz gegenüber dem J (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB).

IV. Ergebnis

J ist noch Eigentümer, H Besitzer der Stimmgabel ohne Besitzrecht. J kann von H die Herausgabe gem. § 985 BGB verlangen. Allerdings kann er nur die Herausgabe an die WAX-OHG verlangen (§ 986 Abs. 1 S. 2 BGB), da die WAX-OHG ihm gegenüber ein Recht zum Besitz hat.

Hinweis:

Bejaht man hier den Schutz des guten Glaubens an die Vertretungsmacht, muss man sich schließlich fragen, ob auch die fehlende Vertretungsmacht beim *schuldrechtlichen* Geschäft durch den guten Glauben geschützt wird. Das wird von manchen verneint, da § 366 HGB nur die Vorschriften zum Eigentumserwerb betrifft und man deshalb annimmt, dass nur das dingliche Geschäft erfasst ist. Demnach stünde in diesen Fällen dem (scheinbar) Vertretenen ein Anspruch auf Herausgabe gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu³⁹.

B. Herausgabe der Stimmgabel an J gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

J könnte weiter einen Anspruch auf Herausgabe der Stimmgabel gegen H aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben. Dazu müsste H etwas ohne Rechtsgrund durch Leistung erlangt haben.

I. Etwas durch Leistung erlangt

H hat jedenfalls den Besitz (§ 854 BGB) an der Stimmgabel als »etwas« erlangt. Eine Leistung ist jede bewusste und

³⁹ S. dazu Welter, in: MünchKomm HGB, 3. Aufl. 2013, § 366 Rn. 43 m. w. N.; Medicus/Petersen, BR, 24. Aufl. 2013, § 22 Rn. 567; Canaris, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 27 Rn. 16.

zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens⁴⁰. Problematisch ist hier aber, dass die Leistung nicht durch den J selbst erfolgte, sondern durch die WAX-OHG. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gesteht den Anspruch aber dem Leistenden zu.

Hier ist die WAX-OHG aber als Stellvertreterin (§ 164 BGB) des J aufgetreten. Bezüglich des Besitzes an der Sache war sie jedoch selbst berechtigte unmittelbare Besitzerin und mittelte dem J den Besitz. Diesen Besitz konnte sie übertragen. Aus Sicht des Leistungsempfängers kann die Besitzübertragung aber nicht als ihre eigene Leistung angesehen werden. Gibt jemand an, für einen anderen zu handeln, macht er damit deutlich, dass er nicht seine eigene Rechtsposition übertragen will, sondern die eines anderen. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass die WAX-OHG ohne Vertretungsmacht (§ 177 BGB) handelte. Das Handeln eines Stellvertreters ist als Leistung des (scheinbar) Vertretenen anzusehen⁴¹. Aus der Sicht des Empfängers stellt sich das Handeln der WAX-OHG als Leistung des J dar.

II. Ohne Rechtsgrund

Weiter müsste die Leistung ohne Rechtsgrund erlangt sein. Vorliegend hat der H einen Kaufvertrag (§ 433 BGB) mit der WAX-OHG als Vertreterin (§ 164 BGB) des J geschlossen. Problematisch ist allerdings dabei, dass die WAX-OHG tatsächlich keine Vertretungsmacht hatte (§ 177 BGB), so dass der Kaufvertrag nicht wirksam werden könnte. Im Herausverlangen des J müsste dafür die Verweigerung der Genehmigung liegen. Ein guter Glaube an die Vertretungsmacht der WAX-OHG kann auch nicht über § 366 HGB geschützt werden (s.oben A.II.). Ein Rechtsgrund für die Leistung bestand deshalb zwischen J und H nicht.

Hinweis:

Bejaht man den Schutz des guten Glaubens an die Vertretungsmacht, muss man sich nun überlegen, ob dieser auch in Bezug auf das schuldrechtliche Geschäft gilt (s. oben Fn. 39).

II. Ergebnis

H hat den Besitz an der Stimmgabel von J durch Leistung und ohne Rechtsgrund (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) er-

langt. J steht deshalb ein Anspruch auf Herausgabe gegen den H zu.

Hinweis:

Wird die Weitergabe der Stimmgabel an den H als Leistung der WAX-OHG eingeordnet, gelangt man zur Prüfung einer Bereicherung im Drei-Personen-Verhältnis. Hier ist zu beachten, dass nach dem BGH ein Herausverlangen des J gegen H wegen Erlangens in sonstiger Weise (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) (grundsätzlich) ausscheidet, da eine Leistungsbeziehung zwischen der OHG und H die Eingriffskondition in Bezug auf denselben erlangten Gegenstand sperrt⁴².

C. Ansprüche aus § 861, § 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB

Ein Anspruch des J gegen H aus § 861 Abs. 1 BGB scheidet wegen fehlender verbotener Eigenmacht des H aus. Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB scheidet aus, weil der H beim Besitzerwerb in gutem Glauben war. Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB scheidet daran, dass die Sache nicht abhandengekommen ist. Vielmehr hat die WAX-OHG die Sache berechtigt erlangt und dann weitergegeben.

D. Ansprüche gegen die WAX-OHG

I. Herausgabe des Erlöses gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob J von der WAX-OHG die Herausgabe des erlangten Erlöses gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen könnte. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die OHG ja überhaupt kein eigenes Geschäft führen wollte. Sie hatte ja erklärt, dass sie für den J handeln würde. Deshalb liegt in der (unwirksamen) Übertragung keine Verfügung der WAX-OHG i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. Ein Anspruch auf Herausgabe gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB ist deshalb bereits ausgeschlossen.

II. Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB

Dem J kann gegen die WAX-OHG wegen der Verletzung seines Eigentums auch ein Anspruch auf Schadensersatz

⁴⁰ BGH, NJW 2005, 60, 60.

⁴¹ Vgl. Lorenz, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2007, § 812 Rn. 33f. m. w. N.

⁴² So BGH, NJW-RR 1991, 343, 345; zur Bereicherung im Dreiecksverhältnis s. im hier interessierenden Fall *Schwarz/Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 13 Rn. 15ff. und allgemein *Flume*, NJW 1991, 2521.

gem. § 823 Abs. 1 BGB zu stehen. Dafür muss sein Eigentum aber überhaupt erst verletzt sein. Das ist erst der Fall, wenn die Verfügung der WAX-OHG wirksam ist. Auch hier müsste J also die Genehmigung erteilen. Da es sich hier nicht um ein eigenes Geschäft der OHG, sondern um ein Vertretergeschäft handelt, richtet sich diese Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB.

III. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung im Leihvertrag gem. § 598, § 280 BGB

Weiter kann J von der WAX-OHG Schadensersatz wegen Verletzung der Pflichten im Leihvertrag (§ 598 BGB) verlangen. In Betracht kommt hier, dass entweder Schadensersatz statt der Leistung zu leisten ist, weil die Rückgabe (§ 604 BGB) unmöglich (§ 275 BGB) geworden ist (§ 280 Abs. 1, 3, § 283 BGB) oder dass die WAX-OHG mit dem Aus-der-Hand-geben der Sache eine Nebenpflicht zur sorgfältigen Verwahrung verletzt hat (§ 280 Abs. 1 BGB).

F. Ergebnis

J kann von H die Herausgabe des Besitzes an der Stimmgabel gem. § 985 BGB an die WAX-OHG oder gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB an sich verlangen. Ggf. kann er alternativ von der WAX-OHG Herausgabe des Erlöses gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB oder Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB oder gem. § 280 Abs. 1 BGB oder § 280 Abs. 1, § 283 BGB verlangen. Zu berücksichtigen ist, dass er nur entweder die Herausgabe oder eine Ersatzleistung verlangen kann. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Genehmigung des Vertretergeschäfts (§ 177 BGB) einerseits einen Rechtsgrund (§ 812 BGB) schafft, andererseits aber auch die Grundlage für die wirksame Eigentumsverletzung (§ 823 BGB) legt.

Abwandlung

A. Ansprüche der B gegen die WAX-OHG

I. Anspruch entstanden

Der B könnte nunmehr ein Anspruch aus der Bürgschaft (§ 765 BGB) gegen die WAX-OHG zustehen. Dazu müsste

die WAX-OHG allerdings wirksam von X vertreten worden sein.

1. Handeln mit Vertretungsmacht

Problematisch ist in Abweichung zum Grundfall, ob der X diesmal mit Vertretungsmacht gehandelt hat. Vereinbart war nach wie vor, dass die Gesellschafter die OHG nur gemeinsam vertreten könnten (Gesamtvertretung, § 125 Abs. 2 HGB). Das ist nicht geschehen.

Allerdings war die Gesamtvertretung niemals in das Handelsregister eingetragen. Gem. § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB ist die Vertretungsmacht der Gesellschafter in das Handelsregister einzutragen. Einzutragen ist dabei, ob ein Gesellschafter einzeln oder gesamtvertretungsberechtigt ist⁴³. Diese Eintragung hat aber keine konstitutive Wirkung. Für das tatsächliche Bestehen der Vertretungsmacht ist sie also ohne Bedeutung.

Allerdings könnte der Umstand, dass die Eintragung fehlt im Rahmen der Publizitätswirkung des Handelsregisters (§ 15 HGB) Bedeutung entfalten.

Gem. § 15 Abs. 1 HGB kann eine Tatsache, die in das Handelsregister einzutragen ist und nicht eingetragen und bekanntgemacht worden ist, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden (negative Publizität). Der Dritte wird in seinem Vertrauen auf das Schweigen des Handelsregisters geschützt. Bei der Erteilung der Gesamtvertretungsbefugnis handelt es sich gem. § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB um eine solche Tatsache.

Hinweis:

Nach der gesetzlichen Konzeption betrifft § 106 HGB die erstmalige Eintragung von Tatsachen (bei der erstmaligen Eintragung der Gesellschaft), während § 107 HGB die Änderung von Tatsachen betrifft. Eine **Änderung einer Tatsache, die bei der erstmaligen Eintragung der Gesellschaft nicht miteingetragen** worden ist, kann dann also entweder nach § 106 HGB oder nach § 107 HGB einzutragen sein. Vorliegend steht aber die erstmalige (Nicht-)Eintragung im Raum.

Die B müsste weiter auch gutgläubig gewesen sein. Das ist nach § 15 Abs. 1 HGB der Fall, wenn sie die wahre Rechtslage nicht positiv kennt. Hier ist für eine positive Kenntnis der B nichts erkennbar. Dass die B möglicherweise tatsächlich überhaupt nicht Einsicht in das Handelsregister genommen hat, schadet dabei nicht. Von § 15 Abs. 1 HGB

⁴³ Boesche, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 125 Rn. 21.

wird das abstrakte Vertrauen auf die Vollständigkeit des Handelsregisters geschützt⁴⁴.

Die Unkenntnis der B müsste schließlich auch nicht kausal für den Geschäftsabschluss gewesen sein. Es genügt, dass die Möglichkeit besteht, dass die B ihr Handeln anhand der Registereintragung bestimmt⁴⁵. Erforderlich ist also lediglich sog. abstrakte oder potentielle Kausalität⁴⁶. Das ist hier der Fall: Hätte die B Einsicht in das Handelsregister genommen, hätte sie die fehlende Eintragung der Gesamtvertretungsbefugnis gekannt.

Hinweis:

Hier kommt es nicht darauf an, ob der gesetzliche Regelfall der Einzelvertretungsbefugnis (§ 125 Abs. 1 HGB) in das Handelsregister eingetragen ist oder ob aus dem Handelsregister überhaupt keine Bestimmung zur Vertretungsbefugnis erkennbar ist. § 15 Abs. 1 HGB stellt allein auf das Fehlen einer Tatsache (hier der Gesamtvertretungsbefugnis) ab.

Die B konnte daher darauf vertrauen, dass keine Gesamtvertretung vorliegt.

2. Schriftform

Die Schriftform (§ 766 S. 1 BGB) ist vorliegend, wie im Grundfall, nicht gewahrt worden. Anders als im Grundfall findet hier aber § 350 HGB Anwendung, da die Bürgschaftserteilung für die OHG als Kaufmann gem. § 6 HGB (nicht für den X, da ja eine wirksame Stellvertretung) ein Handelsgeschäft ist (§ 343 HGB).

3. Vertragsschluss mit der B

Die B hat die zur Einigung erforderliche andere Erklärung (Angebot oder Annahme, §§ 145, 147 BGB) wirksam abgegeben.

4. Bestehen der zu sichernden Verbindlichkeit

Die Bürgschaft ist akzessorisch. D.h., dass die zu sichernde Verbindlichkeit überhaupt entstanden sein muss⁴⁷. Die zu sichernde Verbindlichkeit ist hier die Darlehensrückzahlung des J aus dem Darlehensvertrag (§ 488 BGB). Hier ist anzunehmen, dass der Darlehensvertrag zwischen der

B und dem J wirksam zustande gekommen ist und dass die Verbindlichkeit damit wirksam entstanden ist. Auch ist nicht erkennbar, dass sie erloschen ist.

5. Zwischenergebnis

X hatte zwar keine Vertretungsmacht, die Gesellschaft einzeln vertreten zu können. Aus dem Handelsregister ging aber nicht hervor, dass er Gesamtvertreter wäre. Aufgrund der negativen Publizität des § 15 Abs. 1 HGB kann die WAX-OHG dies der B also nicht entgehen. Die zu sichernde Verbindlichkeit bestand auch. Der Bürgschaftsvertrag ist daher wirksam zwischen der B und der WAX-OHG zustande gekommen.

II. Anspruch erloschen

Der Anspruch ist auch nicht erloschen.

III. Anspruch durchsetzbar

Die Bürgschaft ist subsidiär gegenüber der Hauptschuld. Sie kann daher nur durchgesetzt werden, wenn der Hauptschuldner zuvor erfolglos in Anspruch genommen worden ist, wie §§ 771 ff. BGB zeigen⁴⁸. Das ist hier gegeben.

IV. Ergebnis

Die B kann aus dem Bürgschaftsvertrag (§ 765 BGB) gegen die WAX-OHG vorgehen.

B. Haftung der Gesellschafter gem. § 128 HGB

Für die wirksam begründete Verbindlichkeit der OHG haften ihre Gesellschafter gem. § 128 S. 1 HGB.

⁴⁴ Preuß, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 15 Rn. 2.

⁴⁵ BGH, NJW-RR 2004, 120, 120.

⁴⁶ Preuß, in: Oetker, HGB, 3. Aufl. 2013, § 15 Rn. 2.

⁴⁷ Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, 16. Aufl. 2012, § 120 Rn. 1012.

⁴⁸ Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, 16. Aufl. 2012, § 120 Rn. 1018.

C. Zusammentreffen der Bürgschaft der WAX-OHG mit der Bürgschaft des D

Hinweis:

Dieser Komplex könnte auch auf der Ebene »Anspruch durchsetzbar« bei der Prüfung des Anspruchs der B gegen die WAX-OHG aus dem Bürgschaftsvertrag (oben A.III.) verortet werden.

I. Nachrangigkeit der Bürgschaft des D

An der Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags zwischen B und D hat sich in der Abwandlung nichts geändert. Der B steht damit auch hier ein Anspruch gegen den D zu (§ 765 BGB). Verbürgen sich mehrere Personen individuell, nicht gemeinsam, wirksam für dieselbe Verbindlichkeit, haften sie gem. § 769 BGB als Gesamtschuldner (§ 421 BGB). Dafür ist ohne Bedeutung, welche Bürgschaft zeitlich früher vereinbart worden ist. Allerdings ist hier zu beachten, dass die Bürgschaft des D als nachrangig gegenüber der Bürgschaft der WAX-OHG vereinbart worden ist. Eine solche Vereinbarung ist entgegen § 769 BGB wirksam, da § 769 BGB dispositiv ist⁴⁹. Da die Bürgschaft der WAX-OHG wirksam ist (s. oben), kann sich der D unproblematisch darauf berufen, dass zuerst die WAX-OHG in Anspruch genommen wird.

II. Anfechtung der Bürgschaft der WAX-OHG durch die B

Die B könnte allerdings aus der Bürgschaft des D gegen diesen vorgehen, wenn sie ihre Erklärung zum Bürgschaftsvertrag mit der WAX-OHG anfecht und damit zu Fall bringt (§ 142 BGB). Der Fall des Wegfalls einer Bürgschaft muss nämlich dem der erfolglosen Verfolgung einer Bürgschaft grundsätzlich gleichstehen.

1. Anfechtungsgrund

Als Anfechtungsgrund käme ein Eigenschaftsirrtum der B gem. § 119 Abs. 2 BGB in Betracht. Verkehrswesentliche Eigenschaft könnte hier die Zahlungsfähigkeit der WAX-OHG sein. Über diese hat sich die B getäuscht. Dieser Irrtum war auch kausal für den Abschluss des Bürgschaftsvertrags mit der WAX-OHG.

Anders als in den Fällen, in denen sich der Bürge über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners täuscht, kann die Gläubigern der Bürgschaft sehr wohl nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten, wenn sie sich über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bürgen täuscht.

2. Anfechtungserklärung

Die B müsste die Anfechtung gegenüber der WAX-OHG als Anfechtungsgegner (§ 143 Abs. 1 BGB) noch erklären. Dazu muss sie die Anfechtungsfrist des § 121 Abs. 1 BGB einhalten.

III. Ergebnis

Nach erfolgter Anfechtung ihrer Erklärung zum Bürgschaftsvertrag (§ 765 BGB) mit der WAX-OHG kann die B gegen den D aus der mit diesem vereinbarten Bürgschaft vorgehen (§ 765 BGB).

D. Ergebnis

Der B steht ein Anspruch auf Zahlung von EUR 5000 aus Bürgschaft (§ 765 BGB) gegen die WAX-OHG und nachrangig ein gleichartiger Anspruch gegen D zu. Wenn die B die Anfechtung gegenüber der WAX-OHG erklärt, kann sie den D unmittelbar in Anspruch nehmen.

⁴⁹ BGH, NJW 1983, 2442, 2443.