

# Fortgeschrittenenklausur: Aufstieg und Fall des Tommy M.

Von Wiss. Mitarbeiter **Konstantin Filbinger**, Wiss. Mitarbeiter **Florian Lebkücher**, Bayreuth\*

## Sachverhalt

Konrad (K) verdient mit seiner Malerei zu wenig Geld, um seinen ausschweifenden Lebensstil zu finanzieren. Daher entschließt er sich, sein Glück als Großhändler für ausländische Presseerzeugnisse zu suchen und gründet zusammen mit seinem schüchternen Freund F die X-Enterprise GmbH & Co. KG (X). K fungiert als Geschäftsführer der X-Enterprise GmbH (G) und ist vom Verbot des In-sich-Geschäfts nach § 181 BGB befreit.

Schon nach kurzer Zeit verfügt die X über mondäne Geschäftsräume und zahlreiche Angestellte. Auf dem Golfplatz trifft K den aufstrebenden Tommy Meddenhof (T), der gerade sein BWL-Studium an einer privaten Universität im Rhein-Main-Gebiet abgeschlossen hat. Von dessen Charisma übermannt macht er T zum Vertriebsleiter.

T leistet zunächst hervorragende Arbeit. Allerdings bemerkt K, dass T sich gelegentlich über seine intern erteilten Befugnisse hinwegsetzt und Geschäfte tätigt, die ihm nicht erlaubt sind. Jedoch ist der Schaden für das Unternehmen immer so gering und die sonstige Leistung T's herausragend, sodass K den T stets gewähren lässt.

T veräußert sodann aus den Beständen der X mit Vertrag vom 5.2.2014 etwa 100.000 Zeitschriften zu Preisen von 1 € an einen – von deren geschäftsführendem Gesellschafter Uwe Ullrich (U) geleiteten - Restpostenhändler (U-GbR) und übergibt diese am 8.2.2014. Zusätzlich zahlte U einen Betrag von 0,05 € je Heft auf ein Privatkonto des T bei einer Bank mit Sitz auf den Cayman-Inseln. U weiß, dass T gelegentlich komische Geschäfte tätigt und K dies toleriert.

Bei den an die U-GbR veräußerten Zeitschriften handelt es sich um sogenannte Remissionsware, also um Zeitschriften, welche die X im normalen Vertrieb über den Zeitschriftenhandel nicht zu den üblichen Preisen von 15 € je Heft hatte veräußern können. Für diese hätte sie von den amerikanischen Lieferanten ihren Einkaufspreis von ca. 4 € rückvergütet erhalten. T wusste, dass er deshalb auch nicht zur Weiterveräußerung an die U-GbR befugt war. Dem U waren diese Umstände jedoch nicht bekannt. Er ging vielmehr davon aus, dass es sich um normalen Verkauf von Restposten handele.

Die U-GbR bot die Zeitschriften sodann u.a. auf einer Internetplattform zum Kauf an; sie verkaufte auf diesem Weg 50.000 Zeitschriften und erzielte daraus einen Erlös von insgesamt 500.000 €. Die anderen 50.000 Zeitschriften sind verschwunden.

Bei einer Poolparty prahlt T lauthals mit seinen Nebenverdiensten. Die Lebensgefährtin L des K hört von dieser Geschichte und erzählt dem K 44 Tage später davon. Dieser ist entrüstet.

K will nun Blut sehen, wohingegen F einen Prozess scheut. Daher überweist K kurzerhand 400.000 € an die X und erklärt für die X die Abtretung der Ansprüche von X gegen die U-GbR und T aus diesem Vorfall an K.

T ist aufgrund fragwürdiger Anlagestrategien und teuren Parties in St. Tropez mittlerweile pleite. Deshalb möchte sich K an die U-GbR halten. Er möchte ihren Schaden ersetzt haben oder zumindest den von U erzielten Erlös herausverlangen.

Dieser habe durch die zusätzliche Zahlung auf das Privatkonto des T gegen grundlegende Regeln kaufmännischen Anstandes verstoßen.

U entgegnet dem K in einem Gespräch, dass ihm der sittliche Makel der Privatvergütung bewusst gewesen sei. Dennoch habe er darauf vertraut, dass T zur Veräußerung der Hefte ermächtigt gewesen sei. Für die schludrige Überwachung dieses Blenders sei allein oder zumindest überwiegend K verantwortlich. Jedenfalls hätten die von ihm verkauften Zeitschriften ihm gehört. Selbst wenn X Anspruch auf Schadensersatz habe, so könne dieser unmöglich über den objektiven Wert (1,50 €) der Zeitschriften hinausgehen.

K ist empört. Wer sich zunächst bereichere und dann auch noch so aufführe wie U, der müsse besonders scharf haften. Er beauftragt Rechtsanwalt R damit, jede noch so entlegene Norm zu prüfen, damit die X zu ihrem Geld komme.

## Fallfrage

Hat K Ansprüche auf Zahlung von Schadensersatz und/oder Erlösherausgabe gegen U persönlich?

## Bearbeitervermerk

Die Fallfrage ist gutachtlich, ggf. hilfsgutachtlich, zu würdigen. Ansprüche aus culpa in contrahendo sind nicht zu prüfen. Die Vorschriften zur Geschäftsführung ohne Auftrag sind außer Acht zu lassen.

## Lösungsvorschlag

### A. Ansprüche des K gegen U auf Schadensersatz

K hat keine Ansprüche aus eigenem Recht gegen U. Indes könnte K Ansprüche aus abgetretenem Recht gegen U geltend machen. Infrage kommt hier die Abtretung einer Forderung der X-KG gegenüber U. Dies erfordert zunächst eine wirksame Abtretung.

### I. Wirksame Abtretung?

Zunächst bedürfte es einer wirksamen dinglichen Einigung (§ 398 BGB) durch zwei übereinstimmende, aufeinander bezogene Willenserklärungen.

#### 1. Abstraktionsprinzip

Abzustellen ist hierbei einzig auf das dingliche Geschäft. Das der Abtretung zugrundeliegende Rechtsgeschäft spielt auf-

---

\* Der Autor *Filbinger* ist Akad. Rat auf Zeit, der Autor *Lebkücher* Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte von Prof. Dr. Bernd Kannowski an der Universität Bayreuth.

grund des Abstraktionsprinzips keine Rolle für die Wirksamkeit der Abtretung.<sup>1</sup>

#### 2. WE des K (privat)

K hat als Privatperson eine wirksame Willenserklärung des Inhalts abgegeben, dass die Forderungen der X gegen U und die U-GbR auf ihn selbst übergehen.

#### 3. WE des K für die X-Enterprise GmbH & Co. KG

Die (von der privaten Willenserklärung zu trennende) Willenserklärung des K, wonach die Forderungen der X gegen U auf ihn übergehen, könnte der X zuzurechnen sein.

K gab eine eigene Willenserklärung ab, handelte im Namen der G-GmbH (unternehmensbezogenes Geschäft, vgl. § 164 Abs. 2 BGB) und besaß nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG die hierfür erforderliche Vertretungsmacht, vgl. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.

Weiterhin wird die X als KG durch ihre Komplementärin vertreten,<sup>2</sup> einzige Komplementärin ist hier die G-GmbH, vgl. § 19 Abs. 2 HGB.

Indes könnte der das sog. Insichgeschäft regelnde § 181 BGB die Unwirksamkeit der Willenserklärung bewirken.

Nach dieser Vorschrift kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Allerdings ist K hier wirksam vom Verbot des Insichgeschäfts befreit worden.<sup>3</sup>

#### 4. Hinreichende Bestimmbarkeit der Forderungen

Im Übrigen sind die Forderungen hinreichend bestimmbar.

#### 5. Kein Ausschluss

Zudem war die Abtretung der Forderung weder rechtsgeschäftlich<sup>4</sup> noch gesetzlich ausgeschlossen.

### II. Anspruch der X gegen U auf Schadensersatz i.H.v. 400.000 €?

Zu untersuchen ist nun, ob der X ein Schadensersatzanspruch gegen U zusteht, welcher dann durch Abtretung auf K übergegangen wäre.

1. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog ergeben.

Dafür müsste zunächst ein Schuldverhältnis im Verhältnis X/U oder/und X/U-GbR entstanden sein.

Ein Schuldverhältnis zwischen X und U scheidet aus.

Allerdings könnte ein Schuldverhältnis im Verhältnis X/U-GbR durch Vertrag vom 5.2.2014 begründet worden sein.

#### a) Vertrag

Möglicherweise begründen die Erklärungen von U und T vom 5.2.2014 über den Erwerb der Zeitschriften durch die U-GbR als Kaufvertrag ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB.

#### aa) Rechtsfähigkeit der U-GbR

Hierfür wäre erforderlich, dass sich die U-GbR als solche rechtsgeschäftlich binden kann. Dazu müsste die U-GbR als solche rechtsfähig sein.<sup>5</sup>

Die §§ 705-741 BGB stützen diesen Ansatz ihrem Wortlaut nach nicht. Zudem scheint § 736 ZPO gegen eine solche Sicht zu sprechen: Dort heißt es, „zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 des BGB eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich.“

Die Rechtsfähigkeit wird von der herrschenden Auffassung für die sog. Außen-GbR dennoch bejaht,<sup>6</sup> unter anderem weil verschiedene gesetzliche Normen diese voraussetzen und die Möglichkeit der identitätswahrenden Umwandlung der GbR in die OHG nur so erklärbar ist. Von einer Außen-GbR in diesem Sinne spricht man, wenn diese über eine eigene Identitätsausstattung verfügt, namentlich Name und Sitz, Handlungsorganisation und Haftungsverfassung.<sup>7</sup> Mangels entgegenstehender Angaben ist dies für die U-GbR anzunehmen; sie ist als Außen-GbR rechtsfähig.

#### bb) Willenserklärung des U für die U-GbR

U hat eine eigene Willenserklärung im Namen der U-GbR (unternehmensbezogenes Geschäft) abgegeben, vgl. § 164 Abs. 1 S. 1, 2 BGB. Er war hierzu auch berechtigt (§§ 714, 709 BGB), hatte also Vertretungsmacht im Sinne des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB inne.

#### cc) Willenserklärung des T für X

Möglicherweise hat T eine der X zurechenbare Willenserklärung abgegeben.

<sup>1</sup> Ausgenommen sind Fälle der Fehlerkongruenz sowie § 139 oder § 158 BGB.

<sup>2</sup> Argumentum e contrario § 170 HGB.

<sup>3</sup> Zu Besonderheiten bei Organen jur. Pers. vgl. *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 181 Rn. 53.

<sup>4</sup> Ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss ist in Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB bei Forderungen möglich (rechtspolitisch umstrittene Rückausnahme: § 354a HGB; lesenswert hierzu: BGH JuS 2009, 375 (m. Anm. K. Schmidt).

<sup>5</sup> Vgl. *Bamberger*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 32, Stand: 1.8.2014, § 1 Rn. 2.

<sup>6</sup> Eingehend zum entsprechenden Urt. des BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00: K. Schmidt, NJW 2001, 993; krit. *Canaris*, ZGR 2004, 69.

<sup>7</sup> Vgl. *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 718 Rn. 47.

Dies setzt die Abgabe einer eigenen Willenserklärung im Namen der X mit Vertretungsmacht voraus, vgl. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.

T hat für X eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen (unternehmensbezogenes Geschäft) abgegeben, vgl. § 164 Abs. 1 S. 1, 2 BGB.

Fraglich ist, ob er im Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht handelte.<sup>8</sup>

Infrage kommt hierbei insbesondere rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht<sup>9</sup> in Form einer Vollmacht, vgl. § 167 Abs. 1 BGB.

Zwar war T als Vertriebsleiter bevollmächtigt, bestimmte Handlungen mit Wirkung für und gegen X vorzunehmen, insbesondere auch Verkäufe. Der konkrete Verkauf der Remissionsware war jedoch nicht mehr von seiner Vollmacht umfasst.

Jedoch könnte die Willenserklärung des T der X nach den Grundsätzen der Rechtsscheinsvollmacht<sup>10</sup> zuzurechnen sein. Dieses Institut wurde von Rechtsprechung und Lehre aus Verkehrsschutzgründen entwickelt und fußt konstruktiv auf den in den §§ 170-173 BGB kodifizierten Fällen positiven Vertrauensschutzes.<sup>11</sup>

In Betracht kommt hier eine Zurechnung kraft Duldungsvollmacht.<sup>12</sup> Nach der Rechtsprechung<sup>13</sup> setzt dies voraus, dass (1.) ein zum Handeln im fremden Namen nicht Befugter über einen längeren Zeitraum und wiederholt für den Geschäftsherrn als Vertreter aufgetreten ist (objektiver Rechtschein), dass (2.) der Geschäftsherr dieses Verhalten kannte und nicht dagegen einschritt, obwohl ihm das möglich gewesen wäre (Zurechnungstatbestand), dass (3.) der Geschäftsgegner seinerseits das Verhalten des Vertreters sowie dessen Duldung durch den Geschäftsherrn zur Zeit der Vornahme des fraglichen Geschäfts gekannt und diese Duldung dahin gewertet hat und nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte werten durfte, dass der als Vertreter Handelnde Vollmacht habe (Kausalität) und dass (4.) der Geschäftsgegner *schutzwürdig* ist. Der dem Vertretenen zugeordnete Rechtsschein muss für den Entschluss zur Vornahme des Rechtsgeschäfts beim Geschäftsgegner ursächlich und der Geschäftsgegner mit Blick hierauf gutgläubig sein.

T ist über einen längeren Zeitraum und wiederholt im Namen des X trotz mangelnder Befugnis als dessen Vertreter aufgetreten. K hat als Geschäftsführer der GmbH als Kom-

plementärin der X davon gewusst und nichts dagegen unternommen. Die U-GbR wusste um dieses Auftreten des T als Vertreter des X, was kausal<sup>14</sup> für den Geschäftsabschluss war. Sie kannte die interne Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis nicht und war mithin schutzwürdig.

Daher sind die Voraussetzungen der Duldungsvollmacht erfüllt, die Willenserklärung des T der X zuzurechnen.

*Hinweis:* Eine Korrektur dieses Ergebnis über die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht<sup>15</sup> scheidet angesichts der Gutgläubigkeit des U aus.

*dd) Wirksamkeit*

Indes könnte das Rechtsgeschäft unwirksam sein. Infrage kommt ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB.

*(1) Maßstab*

Danach ist ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft unwirksam. Gegen die guten Sitten in diesem Sinne verstößt ein Rechtsgeschäft, wenn „dieses gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.“<sup>16</sup>

*(2) Subsumtion*

Vereinbarungen eines Angestellten, Bevollmächtigten oder sonstigen Vertreters einer Partei mit dem Geschäftsgegner wie die vorliegende, die zum eigenen Vorteil hinter dem Rücken und zum Schaden des Geschäftsherrn erfolgen, widersprechen einfachsten und grundlegenden Regeln geschäftlichen Anstandes und kaufmännischer guter Sitte.<sup>17</sup>

*(3) Zwischenergebnis*

Die Vereinbarung über die Zahlung eines zusätzlichen Entgelts an T ist daher gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

*(4) Folgen für den Hauptvertrag*

Klärungsbedürftig bleiben allerdings die Folgen für den Hauptvertrag.

Sittenwidrige Abreden über an den Vertreter zu leistende Zahlungen führen nur dann zur Nichtigkeit des Hauptvertrags nach § 138 Abs. 1 BGB, wenn sie auch zu einer für den Geschäftsherrn nachteiligen Gestaltung geführt haben. Indes ist dies bei sittenwidrigen Absprachen über besondere Zuwendungen an den Vertreter zu vermuten. „Diese Vermutung ist insbesondere dann begründet, wenn die Zahlungen an den Vertreter dem Vertretenen als (zusätzlicher) Kaufpreis hätten

<sup>8</sup> Noch vertretbar war es hier, eine Handlungsvollmacht nach § 54 HGB anzunehmen. Klausurtaktisch wäre eine solche Entscheidung jedoch wenig klug; eine Diskussion der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ist dann nicht mehr möglich (vgl. § 54 Abs. 3 HGB!).

<sup>9</sup> So die – etwas versteckte – Definition der Vollmacht in § 166 Abs. 2 BGB.

<sup>10</sup> Siehe hierzu z.B. *Rüthers/Stadler*, BGB AT, 18. Aufl. 2014, § 30 Rn. 33-47.

<sup>11</sup> So *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 66. Aufl. 2012, § 167 Rn. 12.

<sup>12</sup> Eine Zurechnung über das Institut der Anscheinsvollmacht ist ebenfalls vertretbar.

<sup>13</sup> Vgl. die Nachw. bei *Schramm* (Fn. 11), § 167 Rn. 47.

<sup>14</sup> Dies geht nicht eindeutig aus dem Sachverhalt hervor. Bearbeiter müssen hier das nötige Gespür zeigen.

<sup>15</sup> Zu den entspr. Fallgruppen Evidenz und Kollusion z.B. *Valenthin*, in Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Ed. 36, Stand: 1.11.2013, § 167 Rn. 45-53; *Brox/Walker*, BGB AT, 38. Aufl. 2014, § 26 Rn. 578-583.

<sup>16</sup> Vgl. Mot. II, S. 727; BGHZ 179, 215 (218); zitiert nach *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 138 Rn. 6.

<sup>17</sup> So der BGH (Urt. v. 9.5.2014 – V ZR 305/12).

gewährt werden können und der Vertreter dadurch – für den Vertragspartner erkennbar – seiner Pflicht zuwiderhandelt, Verträge zu den für den Vertretenen günstigsten Preisen abzuschließen.“<sup>18</sup>

Folglich erstreckt sich die Nichtigkeit der Vergütungsabrede auch auf den Hauptvertrag.

Daher ist kein Vertrag zwischen X und der U-GbR zustande gekommen.<sup>19</sup> Ein Schuldverhältnis zwischen X und der U-GbR im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB scheidet mithin aus.<sup>20</sup>

2. §§ 989, 990 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog

Ein Anspruch könnte sich aber aus §§ 989, 990 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog ergeben.

Dies erfordert ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zwischen X und der U-GbR zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung. Demnach müsste X zum maßgeblichen Zeitpunkt Eigentümerin und die U-GbR Besitzerin<sup>21</sup> ohne Recht zum Besitz sein, vgl. § 985 BGB.

Ursprünglich war X Eigentümerin der Zeitschriften. Allerdings könnte das Eigentum durch Übereignung der Hefte am 8.2.2014 auf die U-GbR übergegangen sein, vgl. § 929 S.1 BGB.

Dies erfordert eine entsprechende Einigung sowie eine Übergabe, vgl. § 929 S.1 BGB.

#### a) Übergabe

Eine Übergabe fand statt.

<sup>18</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 9.5.2014 – V ZR 305/12.

<sup>19</sup> Überzeugender lässt sich die Nichtigkeit des Hauptvertrages über die Figur des sog. einheitlichen Rechtsgeschäfts begründen. Ein rechtlicher Zusammenhang in dem Sinne ist gegeben, wenn die eine Abrede aus Rechtsgründen nicht ohne die andere zu bestehen vermag. Dies kann sich sowohl aus dem objektiven Recht wie aus dem Wollen der Beteiligten ergeben, die sogar ganz verschiedenartige – auch in verschiedenen Urkunden niedergelegte – Geschäfte zu einem einheitlichen zusammenfassen können. Falls mehrere Vereinbarungen (wie hier!) „miteinander stehen und fallen“, ist ein einheitliches Rechtsgeschäft anzunehmen; vgl. *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 139 Rn. 19.

<sup>20</sup> Ausweislich des Bearbeitervermerks waren §§ 311 Abs. 2 sowie die 677 ff. BGB nicht zu berücksichtigen. Eine Anfechtung der Duldungsvollmacht (Anfechtbarkeit str.) schied hier im Übrigen aus, da kein Anfechtungsgrund vorliegt (hierfür ist ein Vergleich mit einer fiktiven Vollmachtsteilung durchzuführen, vgl. *Pawlowski*, JZ 1996, 125, [131]). Insbesondere angesichts der Vorgeschichte scheidet auch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch Unterlassen aus.

<sup>21</sup> Eine GbR kann Besitzerin sein; *ausgeübt* wird dieser Besitz jedoch durch ihre Organe.

#### b) Einigung

Überdies haben jeweils U für die U-GbR und T für die X (vgl. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB) übereinstimmende, aufeinander bezogene Willenserklärungen mit dem Inhalt des Eigentumsübergangs an den Zeitschriften von X auf die U-GbR abgegeben.<sup>22</sup>

#### c) Wirksamkeit

Jedoch stellt sich hier die Frage, ob dieses Rechtsgeschäft – ebenso wie das Grundgeschäft – nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

Indes ist das dingliche Geschäft losgelöst von etwaigen Wirksamkeitsmängeln des schuldrechtlichen Geschäfts zu betrachten, das Vollzugsgeschäft ist sittlich grundsätzlich indifferent.<sup>23</sup> § 138 Abs. 1 BGB greift vielmehr nur dann, wenn auch bzw. gerade die Güterverschiebung als solche sittenwidrig ist. Dies ist hier nicht der Fall.

#### d) Zwischenergebnis

Damit hat die U-GbR mit Übergabe der Hefte am 8.2.2014 Eigentum an diesen erlangt.

Folglich besteht schon mangels Vindikationslage kein Anspruch der X gegen die U-GbR aus §§ 989, 990 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog.

3. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog

Möglicherweise kann die X aber Ansprüche gegen U aus §§ 989, 990 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog herleiten.

#### a) Persönliche Haftung des Gesellschafters

Zunächst erscheint hier fraglich, ob U als Gesellschafter der U-GbR persönlich für gegenüber dieser bestehende Ansprüche haftet.

Dies ist zu bejahen, die dogmatische Konstruktion hierfür jedoch nicht unumstritten.

Nach der – heute herrschenden – Akzessorietätstheorie wird § 128 S. 1 HGB analog angewendet. Sofern eine Gesellschaftsverbindlichkeit entstanden ist, haften die Gesellschafter persönlich kraft Gesetzes gem. § 128 S. 1 HGB analog.

Mit der herrschenden Ansicht ist die persönliche Haftung des U daher mit einer analogen Anwendung der §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB zu begründen.

#### b) Gesellschaftsverbindlichkeit

Ferner müsste ein Anspruch der X gegen die U-GbR aus §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB bestehen.

Gemäß § 819 Abs. 1 BGB gilt folgendes: Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe ver-

<sup>22</sup> Eine ausführliche Prüfung der Vertretungsvorschriften ist hier unangebracht.

<sup>23</sup> *Mansel* (Fn. 16), § 138 Rn. 25.

pflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

*aa) Erfüllung des § 812 BGB*

Die Vorschrift setzt also voraus, dass einer der Tatbestände des § 812 BGB erfüllt ist.

Dies ist hier mit § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB der Fall. Denn die U-GbR hat Eigentum und Besitz<sup>24</sup> an den Zeitschriften und damit einen vermögenswerten<sup>25</sup> Vorteil, also „etwas“ erlangt; dies geschah durch Leistung<sup>26</sup> der X und aufgrund der Nichtigkeit des Vertrages auch ohne Rechtsgrund.

*bb) Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes*

Ferner müsste der Empfänger, also die U-GbR, den Mangel des rechtlichen Grundes beim Empfang gekannt oder später erfahren haben, vgl. § 819 Abs. 1 BGB.

„Die verschärfte Haftung setzt voraus, dass [der] Bereicherungsschuldner sowohl die die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen als auch die sich daraus ergebende Rechtsfolge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kennt.“<sup>27</sup> Weder Kennenmüssen noch bloße Zweifel des Schuldners genügen hier. Indes kennt den Mangel des Rechtsgrundes auch derjenige, der, um sich die Vorteile aus dem Geschäft zu sichern, sich bewusst der Einsicht verschließt, dass das Verpflichtungsgeschäft nichtig ist. Der sittenwidrig handelnde Bereicherungsschuldner, der die Tatsachen kennt, aufgrund derer sich die Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs aufdrängt, verdient keinen Schutz.<sup>28</sup>

Ein redlich Denkender, der nicht vom Gedanken an den eigenen Vorteil beeinflusst gewesen ist, wäre vor diesem Hintergrund zu der Überzeugung gelangt, dass die für die Klägerin nachteiligen Kaufverträge nichtig sind. Wenn U (dessen Kenntnis der U-GbR zuzurechnen ist, s.u.) dies nicht erkannt haben will, kann das nur darauf beruhen, dass er – um sich die Vorteile aus den Lieferungen zu sichern – sich bewusst dieser Einsicht versperret hat.<sup>29</sup>

U kannte also den Mangel des rechtlichen Grundes im Sinne von § 819 Abs. 1 BGB. Damit dies auch für und gegen die U-GbR wirkt, muss diese Kenntnis selbiger zugerechnet werden können. Die hierzu vertretenen Ansätze (§ 166 Abs. 1

BGB direkt oder analog/„Repräsentantenansatz“/§ 31 BGB analog/Zurechnung kraft Organisationspflicht<sup>30</sup>) bejahen eine Zurechnung allesamt, sodass sich ein Streitentscheid erübrigt.

*cc) Schaden*

Der Schaden liegt hier in der Unmöglichkeit der Rückgabe der Zeitschriften. Die U-GbR hat 50.000 Zeitschriften über eine Internetplattform an Dritte weiterveräußert. Es ist davon auszugehen, dass anschließend auch eine Übereignung der Zeitschriften an die Käufer stattgefunden hat, wobei die U-GbR ihren Vertragspartnern als Berechtigte (s.o.) gem. § 929 S. 1 BGB das Eigentum verschaffen konnte und dies auch tat. Die Rückgabe dieser Zeitschriften ist ihr mithin unmöglich.

Laut Sachverhalt ist davon auszugehen, dass auch die Rückgabe der weiteren 50.000 Zeitschriften nicht möglich ist.

*c) Umfang des Schadenersatzanspruchs nach § 989 BGB*

Unstreitig ist zunächst, dass sich die Schadenersatzpflicht grundsätzlich nach den §§ 249 ff. BGB richtet und in jedem Fall der objektive Wert der Sache zu ersetzen ist.<sup>31</sup> Fraglich ist, ob darüber hinaus auch ein subjektiv zugeschnittener Schaden zu ersetzen ist.

*aa) Erste Ansicht*

Nach e.A. soll ein subjektiver Schadensposten – in der Struktur dem entgangenen Gewinn gem. § 252 BGB ähnlich – nicht von § 989 BGB erfasst sein. Demnach beschränkt sich die Schadenersatzpflicht ausschließlich auf den objektiven Wert der Sache bzw. die durch Verschlechterung hervorgerufene objektive Werteinbuße.<sup>32</sup> Danach wäre hier der objektive Wert von 1,50 € pro Zeitschrift zu ersetzen, also insgesamt 150.000 €.

*bb) Zweite Ansicht*

Nach anderer, herrschender Auffassung ist indessen grundsätzlich die gesamte auf die Unmöglichkeit der Herausgabe rückführbare Vermögenseinbuße im Rahmen des § 989 BGB zu ersetzen.<sup>33</sup> Wichtig ist hierbei, dass der Schadensposten nicht lediglich eine Folge der Vorenthaltung des Besitzes ist,

<sup>24</sup> Einzig der BGH kann es sich leisten, von „den Zeitschriften“ als erlangtem Etwas zu sprechen, vgl. BGH, Urt. v. 9.5.2014 – V ZR 305/12.

<sup>25</sup> Zur Missverständlichkeit des Kriteriums des Vermögenswertes vgl. Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 812 BGB Rn. 65; treffender ist die Bestimmung danach ob das betreffende „etwas“ nach dem Parteiwillen Gegenstand des Austauschs sein können sollte.

<sup>26</sup> Im unproblematischen Einzelfall kann auf eine Definition auch gänzlich verzichtet werden.

<sup>27</sup> BGHZ 133, 246 (250).

<sup>28</sup> BGHZ 133, 246 (251).

<sup>29</sup> So der BGH, Urt. v. 9.5.2014 – V ZR 305/12, mit einem Maßstab, dessen Grenze zum *Kennenmüssen* fließend scheint.

<sup>30</sup> Ausführlich Schramm (Fn. 11), § 166 Rn. 24-31a.

<sup>31</sup> Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Aufl. 2014, § 989 BGB Rn. 6; Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 989 Rn. 24; BGH NJW-RR 1993, 626.

<sup>32</sup> Wieling, MDR 1972, 646; Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, S. 410 Fn. 25; Hedemann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1960, S. 193; Kaehler, Bereicherungsrecht und Vindikation, allgemeine Prinzipien der Restitution, dargestellt am deutschen und englischen Recht, 1972, S. 147 Fn. 506; Brodmann, in: Planck, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 1933, § 989 Anm. 3.

<sup>33</sup> BGH NJW 1982, 1751; BGH NJW-RR 1993, 626 (627); Fritzsche, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 989 Rn. 14; Stadler, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 989 Rn. 9, 16; Gursky (Fn. 31), § 989 Rn. 24; Ebbing, in: Ermann, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 989 Rn. 17 f.

sondern tatsächlich auf einem der in § 989 BGB genannten Gründe beruht. Im erstgenannten Fall können sich nämlich Ersatzansprüche lediglich aus den Regeln des Verzugs ergeben und nicht aus § 989 BGB.<sup>34</sup> Hiernach wäre dann der zu ersetzende Schaden, der Betrag, der sich ergeben hätte, wenn die X die Zeitschriften an ihre amerikanischen Lieferanten zurückgeschickt hätte und von diesen den Einkaufspreis von 4 € rückvergütet erhalten hätte, also 400.000 €.

#### cc) Streitentscheid

Für letztere Ansicht streitet, dass die Ersatzpflicht im Rahmen des § 989 BGB unstreitig nach den §§ 249 ff. BGB geregelt wird und damit auch § 252 BGB Anwendung findet. Dann ist es konsequent auch sonst bei der Schadensermittlung den subjektiven Wert der Sache zugrunde zu legen. Dem verklagten Besitzer ist die Pflicht auferlegt, sich als Verwalter einer fremden Sache zu betrachten und dafür zu sorgen, dass sie an den Eigentümer herausgegeben werden kann. Verletzt der Besitzer diese Pflicht, haftet er – wie bei der Verletzung anderer schuldrechtlicher Pflichten – dem Eigentümer auf den Ersatz der diesem daraus entstandenen Vermögensschäden. Missbrauch wird dadurch verhindert, dass man stets voraussetzt, dass der Schaden tatsächlich auf der Unmöglichkeit der Herausgabe beruht und nicht lediglich durch Verzug eingetreten ist.<sup>35</sup> Hier konnte die X die Rückvergütung deshalb nicht mehr von ihren Lieferanten verlangen, weil sie nicht in der Lage war, diesen ihrerseits die Zeitschriften wieder herauszugeben. Dieser Umstand beruht hier wiederum nicht auf einer zu späten Leistung der U, sondern auf der Unmöglichkeit der Herausgabe.

#### dd) Zwischenergebnis

Es besteht demnach zunächst ein Anspruch der X gegen U auf Schadensersatz i.H.v. 400.000 € (100.000 × 4 €)

#### d) Anspruchskürzung gem. § 404 BGB i.V.m. § 254 BGB

Der Anspruchsumfang könnte indes gem. § 404 BGB i.V.m. § 254 BGB zu kürzen sein.

#### aa) Umfasst § 404 BGB auch Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB?

Dafür müsste es der U-GbR zunächst möglich sein, ein mögliches Mitverschulden der X gem. § 254 BGB über § 404 BGB auch dem K entgegenzuhalten. Der Begriff der Einwendungen ist im Rahmen des § 404 BGB im weitesten Sinne zu verstehen. Er erfasst nicht nur die aus rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatbeständen begründeten Einreden,<sup>36</sup> sondern dem Schuldner bleiben alle Verteidigungsmöglichkeiten erhalten.<sup>37</sup> U kann K daher über § 404 BGB ein mögliches Mitverschulden der X entgegenhalten.

#### bb) Anwendbarkeit des § 254 BGB im Rahmen des § 989 BGB

Dafür müsste § 254 BGB aber auch seinerseits auf § 989 BGB anwendbar sein.

Das wird sehr vereinzelt mit der unzutreffenden Feststellung verneint, bei § 989 BGB handele es sich um eine Zustandshaftung, auf die § 254 BGB im Wege einer teleologischen Reduktion keine Anwendung finde.<sup>38</sup> Vorzugswürdigerweise ist aber der Anspruch aus § 989 BGB ein normaler Schadensersatzanspruch, gegen den der Einwand des Mitverschuldens gem. § 254 BGB vorgebracht werden kann.<sup>39</sup>

Nach dem Grundgedanken des § 254 BGB ist es nicht statthaft, dass der Geschädigte den Schädiger zur Rechenschaft zieht, ohne dabei zu berücksichtigen, dass er selbst die gefährliche Lage geschaffen oder mitgeschaffen hat, in der sich der von dem Schädiger zu vertretende Beitrag zur Schadensentstehung auswirken konnte.<sup>40</sup> Dieser allgemeine Gedanke greift auch im Rahmen des § 989 BGB.

#### cc) Mitverschulden der X

Für eine Minderung des Anspruchsumfangs gem. § 254 BGB müsste die X ein Mitverschulden an der Schadensentstehung treffen. X ist eine Personenhandels-gesellschaft (Kommanditgesellschaft), die nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe handeln kann. Damit eine Anspruchskürzung in Betracht kommt, müsste der X also ein Handeln ihrer Organe, das für den Schadenseintritt mitursächlich war, zurechenbar sein. Vorliegend hatte T die Übereignungen vorgenommen, die letztlich mitursächliche *conditio sine qua non* für die Unmöglichkeit der Herausgabe der Zeitschriften durch U waren. Ferner wirft U dem K vor, dieser sei allein oder zumindest überwiegend für die Überwachung des T zuständig gewesen und habe diese vernachlässigt. Tatsächlich war K vom Charisma des T übermannt und hatte diesen direkt nach dessen BWL-Studium aufgrund einer Begegnung auf dem Golfplatz eingestellt. Sodann hatte K den T stets sogar dann gewähren lassen, wenn sich dieser (T) nicht an die intern getroffenen Vereinbarungen gehalten hatte. Hier hätte K zu arbeitsrechtlichen Maßnahmen greifen können und müssen, um zukünftige abredewidrige Handlungen des T zum Schaden der ihn beschäftigenden X zu vermeiden. Indem K trotz Kenntnis der vertragswidrigen Handlungen des T nichts unternahm und sich mit dem zufällig geringen Schaden für X und den ansonsten guten Leistungen des T zufrieden gab, ließ K die von einem Geschäftsmann zu fordernde verkehrübliche Sorgfalt außer Acht. K versäumte die pflichtgemäße Überwachung des T.

<sup>34</sup> Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 989 Rn. 19; Stadler (Fn. 33), § 989 Rn. 9.

<sup>35</sup> Vgl. Ebbing (Fn. 33), § 989 Rn. 16.

<sup>36</sup> Busche (Fn. 19), § 404 Rn. 10.

<sup>37</sup> Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 404 Rn. 5.

<sup>38</sup> Roth, AcP 180 (1980), 263 (279).

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 8.7.1954 – IV ZR 31/54, LM Nr. 4 zu § 366 HGB; BGH WM 1962, 507 (509); Gursky (Fn. 31), § 989 Rn. 34 m.w.N.

<sup>40</sup> BGH WM 1962, 507 (509).

*(1) Zurechnung des Versäumnis des K zur X-Enterprise-GmbH*

Dieses Versäumnis des K ist zunächst über § 31 BGB analog der X-Enterprise-GmbH zuzurechnen. § 31 BGB ist auch außerhalb des Vereinsrechts im Gesellschaftsrecht analog anwendbar (s.o.). K war als Geschäftsführer gem. § 35 Abs. 1 GmbHG der verfassungsmäßige Vertreter der X-Enterprise-GmbH. Dem K oblag die ordnungsgemäße Überwachung des T im Rahmen seiner Stellung als Geschäftsführer der Komplementärin der X-KG. Damit ist das pflichtwidrige Handeln des K der X-Enterprise-GmbH gem. § 31 BGB analog der X-Beteiligungs-GmbH zuzurechnen.

*(2) Zurechnung des Mitverschulden der X-Beteiligungs-GmbH zur X-KG*

Die X-Enterprise-GmbH war ihrerseits Komplementärin der X-KG. Auch in diesem Verhältnis findet § 31 BGB analoge Anwendung (s.o.). Daraus folgt, dass das Mitverschulden der X-Enterprise-GmbH über § 31 BGB analog auch der X-KG zuzurechnen ist. Damit ist das Mitverschulden des K über eine doppelte Anwendung des § 31 BGB analog im Rahmen des Rechtsverhältnisses von K zur X-Enterprise-GmbH einerseits und im Rahmen des Rechtsverhältnisses der X-Enterprise-GmbH zur X-KG andererseits der X-KG zuzurechnen.

*dd) Mitverschuldensquote*

Aufgrund der wesentlichen Versäumnisse des K erscheint eine Mitverschuldensquote i.H.v. 30-50 % vertretbar.

*e) Ergebnis*

Der Anspruchsumfang beträgt 200.000 € (a.A. vertretbar).

*4. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog*

Ferner könnte K gegen U einen Anspruch aus abgetretenem Recht gem. §§ 823 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog haben.

*a) Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB*

Dazu müssten die §§ 823 ff. BGB zunächst anwendbar sein. Das ist hier der Fall, da die U-GbR Eigentümerin der Zeitschriften wurde (s.o.) und daher § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB das Deliktsrecht in der vorliegenden Konstellation nicht sperrt.

*b) Verwirklichung des § 823 Abs. 1 BGB*

Es müsste dann der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB verwirklicht worden sein. Vorliegend ist jedoch kein absolutes Recht der X-KG verletzt worden, da das bloße Vermögen nach unbestrittener Auffassung kein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB darstellt.<sup>41</sup> Eine Rechtsgutsverletzung ist hier einzig über eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb denkbar,

<sup>41</sup> Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 247 m.w.N.

sofern man dieses Institut überhaupt anerkennt.<sup>42</sup> Das in einem Unternehmen zusammengefasste Vermögen genießt aber nicht generell den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB, sondern nur sofern ein betriebsbezogener Eingriff vorliegt.<sup>43</sup> Dieses einschränkende Kriterium ist insoweit funktionales Äquivalent zu dem in § 826 BGB enthaltenen Filter der Sittenwidrigkeit.<sup>44</sup> Danach muss sich der Eingriff *gegen den Betrieb als solchen* richten und darf nicht lediglich vom Gewerbebetrieb ablösbare Rechtspositionen beeinträchtigen.<sup>45</sup> Anders ausgedrückt muss sich der Eingriff „gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten“.<sup>46</sup> Im vorliegenden Fall hat die U-GbR 50.000 Zeitschriften weiterveräußert und auch das Eigentum an den verkauften Zeitschriften wirksam auf die Käufer übertragen, die übrigen 50.000 Zeitschriften sind der U-GbR verloren gegangen. Deshalb konnten die Zeitschriften nicht mehr an die X-KG herausgegeben werden. Bei dem Verhalten der U-GbR war aber die objektive Stoßrichtung der Beeinträchtigung gerade nicht der Gewerbebetrieb der X-KG, weshalb es an einer Betriebsbezogenheit fehlt.

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB besteht daher schon mangels einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht.

*5. § 823 Abs. 2 BGB*

§ 823 Abs. 2 BGB scheidet mangels Schutzgesetzverletzung aus.

*6. § 826 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog*

Es könnte indes ein Anspruch des K gegen U aus abgetretenem Recht gem. § 826 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog bestehen.

Der Tatbestand des § 826 BGB ist aber hier nicht erfüllt. Der beim Opfer verursachte Schaden muss nämlich vom Vorsatz des Täters umfasst sein.<sup>47</sup> Das ist hier nicht der Fall,

<sup>42</sup> Teile der Lit., insb. *Canaris* und *Sack*, charakterisieren das Recht am Gewerbebetrieb als „Normenerschleichung“, *Ennecerus/Lehmann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 1950, § 234 Abs. 1 S. 1b, S. 941.

<sup>43</sup> Vgl. BGH NJW 2003, 1040 (1041); Der BGH verneinte Ersatzforderungen einer Eiskunstläuferin, die mit ihrem Partner nicht auftreten konnte, weil dieser wegen eines vom Schädiger verschuldeten Verkehrsunfalls seinerseits nicht auftreten konnte. In der Konstellation – die Eiskunstläuferin wollte den Schädiger ihres Tanzpartners in Anspruch nehmen – fehle es an der Betriebsbezogenheit des Eingriffs.

<sup>44</sup> Wagner (Fn. 41), § 823 Rn. 256.

<sup>45</sup> BGH NJW 1959, 479 (481); BGH NJW 1951, 643 (644); BGH NJW 1952, 660 (661); umfangreiche Rechtsprechungsnachweise bei *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 823 Rn. D 11.

<sup>46</sup> BAG NJW 2009, 1990 (1992).

<sup>47</sup> *Oechsler*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 826 BGB Rn. 61; *Hönn*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 826 Rn. 62; Wagner (Fn. 41), § 826

denn U ging davon aus, dass es sich um einen normalen Verkauf von Restposten handele.

### III. Ergebnis zu A.

K hat gegen U persönlich nur einen Schadenersatzanspruch gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S.1 HGB analog, der gem. §§ 404, 254 Abs. 1 BGB zu mindern ist.

### B. Ansprüche des K auf Erlösherausgabe

Ferner macht K Ansprüche auf Erlösherausgabe geltend.

#### I. Ansprüche des K aus eigenem Recht

Ansprüche des K aus eigenem Recht sind nicht ersichtlich.

#### II. Ansprüche des K aus abgetretenem Recht

K könnte aber Ansprüche aus abgetretenem Recht haben.

##### 1. Wirksame Abtretung

Eine wirksame Abtretung der Ansprüche der X-KG an K gem. § 398 BGB hat stattgefunden (s.o.).

##### 2. Ansprüche der X-KG auf Herausgabe des Erlöses

Es müssten dann der X-KG ihrerseits Ansprüche auf Herausgabe des Erlöses aus dem Verkauf der 50.000 Zeitschriften gegen U zugestanden haben.

##### a) Anspruch aus § 285 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog

Ein Anspruch nach § 285 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog scheidet mangels Schuldverhältnisses aus (s.o.).

##### b) Anspruch aus § 687 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog

§ 687 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog ist nach dem Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

##### c) Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog

Ein Anspruch gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog scheidet aus, weil die U-GbR wirksam Eigentum an den Zeitschriften erlangte und daher als Berechtigte über die Zeitschriften verfügte.

##### d) Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB analog i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog

In Betracht kommen könnte hier ein Anspruch gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB in analoger Anwendung. Jedoch liegt keiner der in der Literatur diskutierten klassischen Fälle der Analogie vor<sup>48</sup> und die Voraussetzungen einer sonstigen Analogie –

nämlich eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage – sind hier nicht gegeben.

##### e) Anspruch aus §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 285 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog

Die U-GbR ist als Außen-GbR rechtsfähig und U haftet als Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten der U-GbR persönlich gem. § 128 S. 1 HGB analog (s.o.).

Es müssten die Voraussetzungen des Anspruchs gegeben sein.

##### aa) Voraussetzungen der §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 BGB

Die Voraussetzungen der §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 BGB liegen vor (s.o.).

##### bb) Voraussetzungen des § 285 BGB

§ 285 BGB gehört nach h.M. zu den „allgemeinen Vorschriften“ und ist daher anwendbar.<sup>49</sup> Der U-GbR ist die Herausgabe des Empfangenen infolge Übereignung an Dritte nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden. Bei genauer Betrachtung erscheint hier problematisch, dass die Unmöglichkeit der Herausgabe der Zeitschriften auf der dinglichen Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB beruht, die U-GbR den Erlös für die Zeitschriften aber wegen des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts, nämlich der abgeschlossenen Kaufverträge gem. § 433 Abs. 2 BGB erhalten hatte. Die Unmöglichkeit fußt damit auf dem Verfügungsgeschäft, den Erlös hat die U-GbR aber aufgrund des Verpflichtungsgeschäfts erhalten, mithin genau genommen nicht infolge des Umstandes, auf Grund dessen ihr die Leistung an die X-KG gem. § 275 BGB unmöglich ist. Bei teleologischer Auslegung des § 285 BGB ist aber die wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich. Entscheidend ist allein die funktionelle Vergleichbarkeit des geschuldeten Gegenstandes und des commodums aus der Sicht des Gläubigers.<sup>50</sup> Wirtschaftlich gesehen ist es hier gerade der Erlös, den die U-GbR „für die Zeitschriften“ erhalten hat; der Kaufpreis tritt funktionell an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung.

Damit besteht dem Grunde nach ein Anspruch auf Herausgabe des Erlöses.

##### cc) Anspruchskürzung gem. § 254 BGB

Dieser Anspruch könnte indes gem. § 254 BGB wegen Mitverschuldens des K zu kürzen sein, wenn § 254 BGB auch auf den Anspruch aus § 285 BGB anwendbar wäre. § 254 BGB gilt primär für Schadenersatzansprüche. Der in § 254 BGB enthaltene Ausgleichsgedanke ist aber auch auf andere Ansprüche anzuwenden, wenn sich das Verlangen eines vollen Ausgleichs angesichts der eigenen Verantwortung des Gläubigers als unzulässige Rechtsausübung darstellt.<sup>51</sup> So

<sup>49</sup> Stadler (Fn. 33), § 818 Rn. 47; Lorenz (Fn. 25), § 818 BGB Rn. 50 m.w.N.; BGH NJW 2006, 2323.

<sup>50</sup> Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 285 Rn. 24.

<sup>51</sup> BGHZ 57, 137 (151), wobei der BGH das gewünschte Ergebnis im Fall über § 242 BGB anstrebte.

Rn. 24; RGZ 72, 175 (176); BGH WM 1956, 1229; BGH NJW 1962, 1766.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu Lorenz (Fn. 25), § 816 Rn. 4 ff.

liegt der Fall hier. K war durch die mangelnde Überwachung des T maßgeblich mitursächlich für die Umstände, die zur Unmöglichkeit der Herausgabe der Zeitschriften führten. Dieses Verschulden ist der X-KG über § 31 BGB analog zuzurechnen (s.o.). Es entspricht daher hier der Billigkeit, auch den Anspruch auf das commodum gem. § 285 BGB entsprechend zu kürzen (a.A. vertretbar). Darüber hinaus mindert sich der Anspruch auf Schadensersatz bei Geltendmachung des Anspruchs auf Herausgabe des commodums gem. § 285 Abs. 2 BGB entsprechend.

### *3. Zwischenergebnis*

K hat demnach aus abgetretenem Recht einen Anspruch auf Herausgabe des Verkaufserlöses. Für diesen haftet U gem. § 128 S. 1 HGB analog persönlich im Umfang von 250.000 € (a.A. vertretbar), vgl. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 285 BGB.

### **III. Ergebnis zu B.**

K hat nur einen Anspruch auf Erlösherausgabe i.H.v. 250.000 € aus §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 285 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog.

### **C. Ergebnis**

K hat einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog, der gem. §§ 404, 254 Abs. 1 BGB zu mindern ist. K hat ferner einen Anspruch auf Erlösherausgabe gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 285 BGB i.V.m. §§ 124 Abs. 1, 128 S. 1 HGB analog i.H.v. 250.000 €.