

Hier ist jedoch zu beachten, dass es für die Wohnung noch keine neuen Mieter gibt, die ab einem bestimmten Zeitpunkt in die Wohnung ziehen. Zudem saniert V die Wohnung in Eigenarbeit und hat niemanden damit beauftragt. Er kann also frei entscheiden, wann er die Sanierung vornimmt und ist an keinen Termin mit einem Unternehmen gebunden.

Es entsteht ihm zwar ein finanzieller Nachteil dadurch, dass er, während die Familie des A in der Wohnung ist, keine erhöhten Mietkosten einnehmen kann bzw. gar keine Mietkosten, da A in finanziellen Schwierigkeiten ist. Fraglich ist aber, ob der finanzielle Nachteil außer Verhältnis zum Erfolg steht.

Hier geht es um einen Vater mit drei kleinen Kindern, denen die Obdachlosigkeit droht. Gerade Kinder sind jedoch besonders vor Gefahren zu schützen. Sie haben nicht so ein starkes Immunsystem und die Kälte könnte auch nachhaltige Gesundheitsbeeinträchtigungen hervorrufen. Allerdings ist zu bedenken, dass die Familie in finanziellen Schwierigkeiten steckt, weil A sich dessen schämt und keine staatliche Hilfe in Anspruch nehmen will. Hätte A jedoch staatliche Hilfe in Anspruch genommen, hätte er nach sozialrechtlichen Vorschriften einen Anspruch auf die Übernahme der Mietkosten. Infolgedessen würde seiner Familie nicht die Obdachlosigkeit drohen. Insgesamt lässt sich sagen, dass dem V zwar finanzielle Nachteile drohen, aber eine Unterbringung zum Schutz der Familie in der konkreten Situation notwendig ist, zumal die Wohnung des V die einzig freie in der Umgebung ist und es sich bei Deutschland um einen Sozialstaat handelt (Art. 20 I, 28 I GG), der Hilfe bei Not und Armut gewährt.

Somit ist die Maßnahme angemessen.

(e) Zwischenergebnis

Die Maßnahme ist verhältnismäßig, mithin liegt hinsichtlich des Störerauswahlermessens kein Ermessensfehler vor.

(7) Mittelauswahlermessens

Hinsichtlich des Mittelauswahlermessens sind keine Fehler ersichtlich.

(8) Zwischenergebnis

Der Bescheid ist materiell rechtmäßig.

dd) Zwischenergebnis

Der Verwaltungsakt ist rechtmäßig.

b) Zwischenergebnis

Der Widerspruch ist nicht begründet.

3. Zwischenergebnis

Der Widerspruch hat keine Aussicht auf Erfolg. Somit kommt das Gericht zu dem Schluss, dass das Vollzugsinteresse überwiegt.

III. Zwischenergebnis

Der Antrag nach § 80 V VwGO ist zulässig, aber unbegründet.

D. Ergebnis

Der Antrag nach § 80 V VwGO hat keine Aussicht auf Erfolg.

Philipp Lee*

Klausur Gesellschaftsrecht I

Sachverhalt

Kaufmann B betreibt einen Handel mit Gebrauchtwagen. Um einerseits sein Haftungsrisiko zu begrenzen und andererseits die Kontrolle über sein Unternehmen nicht zu verlieren, will er die Rechtsform wechseln. Er errichtet zunächst als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer die A-GmbH. Sodann schließt er im Namen der A-GmbH – in der Satzung ist bestimmt, dass B von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist – einen Gesellschaftsvertrag über die Gründung der A-GmbH & Co.

KG mit sich selbst als einzigem Kommanditisten. Seine Einlage in Höhe von 40.000 € erbringt er in bar. B stellt sodann den Antrag auf Eintragung der KG beim Handelsregister und betreibt seinen Gebrauchtwagenhandel fort, wobei er sich bereits der neuen Firmierung bedient

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2015 am Lehrstuhl von Prof. Dr. Robert Koch zur Vorlesung Gesellschaftsrecht I an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Klausur wurde mit 14 Punkten (gut) bewertet.

Noch vor der Eintragung der KG in das Handelsregister verkauft B dem Rentner R namens der KG einen vier Jahre alten, in deren Eigentum stehenden BMW Z4 zum Preis von 40.000 € unter Ausschluss jeglicher Gewährleistungsrechte. Das Fahrzeug wird am selben Tag bezahlt und übergeben. Wenige Wochen später bleibt das Fahrzeug mit einem Motorschaden liegen. In der Werkstatt wird festgestellt, dass die Ursache ein Schmiermittelversagen am dritten Zylinder ist. R verlangt daraufhin von B den Austausch des Motors. Als B das unter Hinweis auf den Gewährleistungsausschluss ernsthaft und endgültig ablehnt, tritt R vom Kaufvertrag zurück und verlangt von der mittlerweile in das Handelsregister eingetragenen KG Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs.

Die KG verfügt über kein Vermögen mehr, was u. a. daran liegt, dass die KG der Ehefrau des B ein zinsloses Darlehen in Höhe der Einlageleistung des B gewährt hat. Die A-GmbH verfügt ebenfalls über kein Vermögen. Deshalb nimmt R den B auf Zahlung in Anspruch.

Mit Erfolg?

Hinweis:

Von dem Vorliegen eines Sachmangels i. S. v. § 434 I BGB, der erheblich i. S. v. § 323 V BGB ist und bei Gefahrübergang vorgelegen hat, ist auszugehen.

Abwandlung

Wie ist die Rechtslage, wenn

- B zusammen mit seinem Freund K mit dem Gebrauchtwagenhandel gerade begonnen hat,
- im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, dass nur K Kommanditist ist und sich mit einer Bareinlage in Höhe von 40.000 € an der B&K KG beteiligt
- K diese Einlage erbracht hat
- gegenüber R als KG aufgetreten ist und
- die KG noch nicht ins Handelsregister eingetragen ist.

Gutachten

A. Ausgangsfall

I. R gegen B gemäß §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB, 124 I, 161 II, 171 I HGB

R könnte gegen B einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises in Höhe von 40.000 € gem. §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB haben. Dau müsste eine solche Verbindlichkeit der KG bestehen, für die B haftet.

1. Verbindlichkeit der KG

a) Entstehung

Die KG ist durch den Abschluss eines Gesellschaftervertrags zwischen der A-GmbH, vertreten gem. § 164 I BGB, § 35 I GmbHG, § 181 BGB durch den Geschäftsführer B und B entstanden. Der Gesellschaftszweck war gem. § 161 I HGB auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, wobei einzelne Gesellschafter (B) nicht voll haften sollten. Die KG hat gem. §§ 161 II, 123 I HGB Außenwirkung erlangt, indem sie schon vor Eintragung die Geschäfte aufnahm. Hinweise für ein Kleingewerbe iSd § 2 HGB sind nicht gegeben, weshalb § 123 II HGB keine Anwendung findet.

Eine gem. §§ 161 II, 124 I HGB teilrechtsfähige KG wurde außenwirksam gegründet.

b) Anspruch R gegen KG

Ein Anspruch des R gegen die KG kann sich aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB ergeben.

Ein erforderlicher Kaufvertrag iSv § 433 BGB wurde zwischen R und der KG, gem. § 164 I BGB, §§ 161 II, 125 I HGB, § 35 I GmbHG, vertreten durch B, wirksam geschlossen.

Ein Sachmangel am Auto liegt vor.

Eine gem. § 323 I BGB grds. erforderliche Nachfrist wurde nicht gesetzt. Diese war allerdings gem. § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich, da B in Vertretung der A-GmbH in Vertretung der KG die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigerte.

R hat den Rücktritt gem. § 349 BGB erklärt.

Die Gewährleistungsrechte könnten jedoch vertraglich ausgeschlossen sein. Dies kann sich aus AGB-Recht oder Verbrauchsgüterkaufrecht ergeben, was sich gem. § 475 III BGB nicht gegenseitig ausschließt.

c) AGB-Kontrolle

Zu klären ist der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle, § 310 BGB.

Der sachliche Anwendungsbereich ist für Kaufverträge nicht gem. § 310 IV BGB ausgeschlossen.

R ist Verbraucher iSd § 13 BGB; die KG notwendig als Handelsgesellschaft Unternehmen iSd § 14 I, II BGB. Somit ist der persönliche Anwendungsbereich des § 310 III BGB eröffnet und es gelten die dortigen Bestimmungen.

AGB, die gem. §§ 310 III Nrn. 1, 2, 305 I 1 BGB bereits bei erstmaliger Verwendung gegenüber einem Verbraucher als für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen als vom Unternehmen gestellt gelten,

liegen mangels entgegenstehender Anhaltspunkte vor.

Diese vorformulierte Vertragsbedingung des allgemeinen Gewährleistungsausschlusses wurde ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen, § 305 II Nr. 1 BGB. Eine überraschende Klausel oder entgegenstehende Individualabrede gem. §§ 305c I oder 305b BGB liegen nicht vor.

Die Inhaltskontrolle findet gem. § 310 III BGB am Maßstab der §§ 307 ff. BGB statt.

In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 309 Nr. 7 a) BGB. Danach dürfen Ersatzansprüche für Körperschäden durch fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung nicht durch AGB ausgeschlossen werden. Der „Ausschluss jeglicher Gewährleistung“ umfasst auch die Ansprüche aus Körperschäden, die aus Mängeln resultieren. Auch wenn dies nicht ausdrücklich aus der Klausel hervorgeht, gehen diesbezüglich Unsicherheiten zu Lasten des Stellers, § 305c II BGB.

Eine geltungserhaltende Reduktion gibt es gem. § 306 II BGB nicht. Ein Gewährleistungsausschluss ist demnach unwirksam.

d) Verbrauchsgüterkauf

Der Anwendungsbereich für den Verbrauchsgüterkauf ist für R (§ 13 BGB) und die KG (§ 14 BGB) gem. § 474 I BGB eröffnet.

Aus den §§ 475 I, II BGB ergibt sich, dass ein genereller Gewährleistungsausschluss gegenüber einem Verbraucher unzulässig, bei gebrauchten Sachen – wie hier – eine Verkürzung der Verjährung auf max. ein Jahr die Grenze des Zulässigen bildet. Ein wie vorliegend vollständiger Gewährleistungsausschluss ist unwirksam.

Somit gibt es keinen Gewährleistungsausschluss, der wirksam ist.

Ein Anspruch des R gegen die KG besteht.

2. Haftung des B

B könnte als Kommanditist gem. § 171 I HGB in Höhe seiner Einlage haften. § 172 I HGB findet, da die Verbindlichkeit vor Handelsregistereintragung begründet wurde, keine Anwendung.

Die Höhe der Einlage des B beträgt 40.000 €. Allerdings wäre seine Haftung gem. § 171 I 2. HS. HGB ausgeschlossen, soweit B die Einlage geleistet hat. Ursprünglich hatte B 40.000 € eingezahlt. Allerdings hat die KG seiner Ehefrau (E) ein zinsloses Darlehen in derselben Höhe gewährt. Dies könnte eine Einlagenrückgewähr gem. § 172 IV 1 HGB darstellen. Insoweit würde die Haftung des B wieder auflieben.

B und E stehen in einem persönlichen Näheverhältnis. Es ist nicht auszuschließen, dass E und B eine treuhänderische Abrede getroffen haben, nach der E das Geld nur behalten soll, um die Haftungsmasse der KG zu schmälern und das Geld zu „retten“. Für Gläubiger der KG wäre das undurchsichtig. § 172 IV 1 HGB dient aber gerade dem Gläubigerschutz. Diese sollen davor geschützt werden, dass Haftungsmasse offen oder verdeckt an den Kommanditisten zurückwandert. Die Vorschrift bringt zum Ausdruck, dass der Kommanditist zwar nur in Höhe der Einlage haftet, diese aber jedenfalls der KG als Einlage verbleiben muss, damit die Einlageleistung befreiend wirkt.

Allerdings spricht § 172 IV 1 HGB nur vom Kommanditisten selbst und nicht von nahen Angehörigen. Es gibt keine Rechtsvorschrift, nach der Verheiratete wie eine Person zu behandeln wären. Vielmehr kann auch ein sachlicher Grund für die Darlehensgewährung vorliegen. Zudem ergäben sich Abgrenzungsschwierigkeiten. Somit ist, solange nicht bewiesen ist, dass das Geld tatsächlich nur zum Schein an E als Darlehen gewährt wurde und tatsächlich an B ging, für die Anwendung kein Raum. Zudem handelt es sich um eine zwar unentgeltliche, aber doch Darlehensgewährung. Grds. besteht daher ein Rückzahlungsanspruch gem. § 488 I 2 BGB, auf den die Gläubiger zurückgreifen können.

Somit kommt B die Haftungsbefreiung gem. § 171 I 2. HS. HGB zu Gute.

3. Ergebnis

Ein Anspruch gegen B besteht nicht.

II. R gegen B gem. §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB, 176 I HGB

R könnte ein Anspruch gegen B aus §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB i. V. m. § 176 I HGB zustehen.

1. Verbindlichkeit der KG

Eine Verbindlichkeit der KG besteht in Höhe von 40.000 €

2. Haftung des B

Die unbeschränkte Haftung des B könnte sich aus § 176 I 1 HGB ergeben.

Die KG hat bereits vor Eintragung ins Handelsregister das Auto an R verkauft und ist somit vor Eintragung geschäftstätig geworden.

B als Kommanditist hat diesem Geschäft „zugestimmt“ bzw. es als einzige natürliche Person der Gesellschaft selbst in Gang gesetzt.

Die Rückgewährverbindlichkeit wurde mit dem Kaufvertrag begründet und somit vor Eintragung ins Handelsregister.

Allerdings könnte man argumentieren, dem R sei die Kommanditistenstellung des B bekannt gewesen.

Die KG firmierte als GmbH & Co. KG. Der Zusatz des haftungsbeschränkten Komplementärs ist gem. § 19 II HGB vorgeschrieben. Aus dieser Firma könnte man folgern, dass einzig haftende Komplementärin eine haftungsbeschränkte GmbH ist. Die Gestaltung der GmbH & Co. KG dient gerade in aller Regel dazu, eine unbeschränkte Haftung auszuschließen. Demnach hätte dem R bewusst sein müssen, dass B nur Kommanditist sein kann und somit nicht persönlich unbeschränkt haftet.

In der Rechtswirklichkeit kommt es zudem nur selten vor, dass bei einer GmbH & Co. KG eine weitere natürliche Person Komplementärin ist. Es wäre aber unbillig, wenn § 176 I 1 HGB ein Vertrauen in einen Zustand der Haftungsverhältnisse schützen würde, der allgemein nur selten vorkommt und die Ausnahme bildet. Ein Vertrauen in eine Ausnahme ist nicht schützenswert.

Andererseits heißt es in § 176 I 1 HGB, dass positive Kenntnis von der Kommanditistenstellung gegeben sein muss. Dies darf nicht aufgeweicht werden in eine fahrlässige Unkenntnis. Es würde den Gesetzeswortlaut überdehnen. Zumal ist es nicht ausgeschlossen, dass eine weitere natürliche Person Komplementärin ist. Wie bspw. § 264a I Nr. 1 HGB zeigt, kann dies manchmal von Vorteil sein. Zudem will § 176 I 1 HGB die Gesellschafter dazu veranlassen, schnell eine Registereintragung zu beantragen, damit Rechtsklarheit geschaffen wird. Dieser Zweck wird konterkariert. Zudem hat es B selbst in der Hand, mit den Geschäften abzuwarten. Einem Rentner kann auch nicht unterstellt werden, er habe aus der Firma irgendwelche Rückschlüsse auf die Haftungsverhältnisse geschlossen.

Somit hat R die Kommanditistenstellung des B nicht gekannt. B haftet gem. § 176 I 1 HGB voll.

3. Ergebnis

Ein Anspruch gegen B besteht in Höhe von 40.000 €.

B. Abwandlung

I. R gegen B gem. §§ 124 I, 128 I HGB analog, 705 BGB

R könnte gegen B den oben geprüften Anspruch gem. § 437 Nr. 2 BGB haben.

1. Verbindlichkeit der GbR

Fraglich ist, welche Gesellschaftsform bei der B&K KG zu erblicken ist.

Ein Gesellschaftsvertrag zur gemeinsamen Zweckverfolgung wurde geschlossen.

Von der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags her scheint die Gesellschaft eine KG iSv § 161 I HGB zu sein, da K nur beschränkt haften soll und ein Handelsgewerbe betrieben werden soll.

Allerdings ist die Außenwirksamkeit problematisch.

Diese ist bei einer KG normalerweise gem. §§ 161 II, 123 I HGB mit Geschäftsaufnahme gegeben. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Unternehmen der KG gem. § 123 II 2 HGB einen kaufmännisch eingerichteten Betrieb nicht benötigt, also ein Kleingewerbe betreibt.

B und K haben mit dem Geschäft gerade erst begonnen, weshalb kein großer Kundenstamm gegeben ist. Auch beschränkt sich der Betrieb auf Autohandel. Umsatzzahlen sind mangels Erfahrung unbekannt. Angestellte sind nicht vorhanden.

Es handelt sich demnach um ein Kleingewerbe. Somit führt die Geschäftsaufnahme (hier: Kaufvertrag mit R) nicht zur Außenwirksamkeit einer KG. Eine insoweit gem. § 123 I HGB konstitutive Eintragung ins HGB lag nicht vor.

Somit bestand zur Zeit des Vertragsschlusses lediglich eine GbR.

Für den Kaufvertragsschluss hätte diese GbR zwar gem. §§ 709, 714 BGB von B und K gemeinschaftlich vertreten werden müssen, jedoch hat die GbR durch ihre Firmierung als KG den Rechtsschein gesetzt, nach den Regeln der KG behandelt werden zu wollen. Danach war eine Vertretung allein durch B gem. §§ 161 II, 125 I HGB i. V. m. Rechtsscheingrundsätzen möglich.

Eine Verbindlichkeit der GbR, die gem. § 124 I HGB analog rechtsfähig ist, besteht.

2. Haftung des B

Als Gesellschafter haftet B gem. §§ 124 I, 128 I HGB analog.

3. Ergebnis

Ein Anspruch R gegen B besteht.

II. R gegen K

Ein Anspruch könnte auch von R gegen K bestehen.

1. Verbindlichkeit

Eine Verbindlichkeit der GbR besteht.

2. Haftung des K

Fraglich ist, wie K haftet. Im Gesellschaftsvertrag war lediglich eine beschränkte Haftung bestimmt. Allerdings kennt die Rechtsform der GbR keine, wie auch immer geartete, Haftungsbeschränkung des Gesellschafters.

Es könnte bei Vertragsschluss im Namen der KG konkludent mit erklärt worden sein, dass K nur beschränkt haftet. Jedoch ist allein aus der Firma nicht erkennbar, wer nur beschränkt haften soll. Auch ist es grds. nicht möglich, einseitig die Haftung zu beschränken. Eine diesbezügliche Einigung mit R über eine beschränkte Haftung des K ist jedoch nicht ersichtlich.

Es könnte jedoch § 176 I 2 HGB analog anzuwenden sein. Die Gründung einer KG liegt nicht vor, weshalb eine direkte Anwendung ausscheidet. Allerdings würde bei einer KG die Nichteintragung der Kommanditistenstel-

lung im Handelsregister bei einem Kleingewerbe nicht schaden. Dann, so könnte man argumentieren, müsste dies erst recht gelten, wenn nur eine GbR vorliegt.

Jedoch fehlt bei einer GbR von vornherein die Unterscheidung zwischen Kleingewerbe und kaufmännischem Betrieb. Auch würde durch eine Zulassung der Analogie der Anreiz gesetzt, erst gar keine Handelsregister-Eintragung zu bewirken. Zum Schutze des Rechtsverkehrs ist vielmehr zu fordern, dass Gesellschafter, die Haftungsbeschränkungen etablieren möchten, diese ins Handelsregister eintragen lassen.

Somit scheidet eine analoge Anwendung aus.

Eine Haftung des K bestimmt sich wie diejenige eines normalen GbR-Gesellschafters gem. § 128 I HGB analog.

3. Ergebnis

Ein Anspruch R gegen K besteht in voller Höhe.

Philipp Lee*

Klausur Sachenrecht II

Die Klausur behandelt schwerpunktmäßig die Eigentumsübertragung in der Konstellation eines Bürgschaftsvertrags. Darüber hinaus wird ein gewährleistungspflichtiger Herausgabeanspruch abgeprüft, der auf einem Rücktrittsrecht beruht.

Sachverhalt

Fuhrunternehmer K erwirbt vom Kfz-Händler V unter Eigentumsvorbehalt einen Lkw zum Preis von 100.000 €, zahlbar in zwei Raten zu jeweils 50.000 €. Die erste Rate wird bei Übergabe fällig. Die zweite Rate ein Jahr später. V verlangt von K zur Absicherung der zweiten Rate eine Sicherheit. K wendet sich daraufhin an den Spediteur F, für den er regelmäßig Möbeltransporte durchführt. F erklärt sich gegenüber K zur unentgeltlichen Übernahme der Bürgschaft für die zweite Rate bereit und schließt mit V formwirksam einen Vertrag über eine selbstschuldnerische Bürgschaft.

Variante 1

K bleibt die Zahlung der zweiten Rate schuldig. V nimmt daraufhin den F aus der Bürgschaft in Anspruch. F leistet Zahlung und nimmt anschließend K erfolglos in Re-

gress. F bittet Sie um Prüfung, ob er 1) zunächst von V die Übertragung des Eigentums am Lkw und sodann 2) von K Herausgabe des Lkw verlangen kann.

Hinweis: Bitte prüfen Sie den Herausgabeanspruch des F gegen K auch dann, wenn Sie einen Anspruch des F gegen V auf Übertragung des Eigentums abgelehnt haben, und unterstellen Sie insoweit, dass ein Übergang des Eigentums auf F erfolgt ist.

Abwandlung zu Variante 1

F schuldet dem K aus diversen Transporten noch Beförderungsentgelte in Höhe von 50.000 €.

Hinweis: Bitte unterstellen Sie bei der Bearbeitung, dass ein Übergang des Eigentums an F erfolgt ist und beschränken Ihre Prüfung auf den Herausgabeanspruch.

Variante 2

K bleibt die Zahlung der zweiten Rate schuldig, weil er meint, nach fruchtlosem Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung berechtigt zu sein, den Kaufpreis wegen erheblicher Mängel des Lkw um 50 % zu mindern. V bestreitet