

unsere Klausur

Hohenkammer, den 17. Mai 1996

Recht für Patentanwältinnen und Patentanwälte

1. Klausur

Fall: 1

Weyer hatte im Februar 1995 von dem Kfz-Händler Buschmann für 10.000,- DM einen gebrauchten Mercedes gekauft. In den - dem Weyer vorgelegten - Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Buschmann ist bestimmt, daß Gebrauchtwagen "nur wie besichtigt unter Ausschluß jeder Gewährleistung" verkauft würden und daß "alle Nebenabreden zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Bestätigung" bedürfen. Weiter heißt es:

"Der Käufer erklärt, daß die Art der Nutzung des Kfz durch den Vorbesitzer für ihn ohne Bedeutung ist."

Bei einer Probefahrt antwortet Buschmann auf eine ausdrückliche Frage des Weyer, der Wagen sei früher nicht als Taxe benutzt worden. Darauf könne er (Weyer) sich verlassen. Der Kaufpreis in Höhe von 10.000,- DM sei daher gerechtfertigt.

Später stellte sich heraus, was auch Buschmann bei Abschluß des Kaufvertrages nicht gewußt hatte, daß der Mercedes fünf Jahre als Taxe verwandt worden war; aus diesem Grunde wäre nur ein Kaufpreis von 7.000,- DM angemessen gewesen.

Hat Weyer gegen Buschmann Gewährleistungsansprüche?

§ 11 Nr. 11
§ 4
§ 3 + 4

I 463
II 462

100 Punkte

Fall 2:

F betreibt unter der Firma Friedrich Fleissig-Bau ein Bauunternehmen. Zusätzlich handelt er in diesem Unternehmen mit Baustoffen. Letzteres macht ca. 50 % seines Umsatzes aus, der sich insgesamt auf ca. 3 Mio. DM beläuft. F beschäftigt 30 Mitarbeiter und ist unter seiner Firma in das Handelsregister eingetragen.

Im April 1995 bestellt ein Büroangestellter des F, der zum Einkauf neuer Baustoffe bevollmächtigt ist, im Namen der Firma bei dem Zementhersteller Z 1000 Sack Zement zu einem Preis von 3000 DM. Diese werden auch nach drei Tagen geliefert.

Kurze Zeit später erhält F, der sich schon seit längerem mit dem Gedanken trägt, sich zur Ruhe zu setzen und das ihm gehörende Haus in Südfrankreich zu beziehen, von E ein gutes Angebot für den Verkauf seines Unternehmens. Im Mai veräußert F sein Unternehmen an E. In dem schriftlichen Vertrag wird vereinbart, daß E nicht für die Altverbindlichkeiten des F haften soll. Eine Eintragung des Haftungsausschlusses in das Handelsregister unterbleibt. In der Folgezeit wird das Unternehmen auf E übertragen, der es fortführt. Dabei firmiert E im Geschäftsverkehr mit Einwilligung des F unter der Bezeichnung F. Fleissig-Bau. Den Vornamen des F kürzt E ab, da er ihm in dem Firmennamen zu lang erscheint.

Im Juni bemerkt Z, daß für die 1000 Sack Zement noch keine Rechnung gestellt wurde. Er wendet sich an E mit der Aufforderung, 3000 DM an ihn zu zahlen. Zu Recht?

2 → E am
4 3 3 i.V.m. 25111111
7. Kündigung WE:
FK nicht erlaubt aber hat F
166...
⊕
2. 25: - Gelende ⊕
- Handlungswerte ⊕
- Fortführung des Unternehmens?
Firmenname bleibt ⊕
- Liquidation in alten
Handlungswerte ⊕
- 25111111 ?
Künnenverhältnis!
⇒ ⊕

80 Punkte

⇒ 2 → E am 4 3 3 ⊕

Hm. P. Schindlermann
Hm. J. Kennemann
...enammer, den 17. Mai 1996

M.F. 16
Hofes

Recht für Patentanwältinnen und Patentanwälte

Lösung der 1. Klausur

Fall: 1

I. Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß §§ 463, 459 Abs. 2 BGB

Dem Weyer könnte gegen Buschmann ein Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 463, 459 Abs. 2 BGB zustehen.

1. Kaufvertrag

Dann müßte zwischen beiden ein Kaufvertrag (§ 433 BGB) zustande gekommen sein. Weyer hat im Februar 1995 einen Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen geschlossen.

2. Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft

Ein Anspruch aus §§ 463, 459 Abs. 2 BGB setzt weiter das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft voraus.

Als Anknüpfungspunkt kommt die Aussage des Buschmann in Betracht, der Wagen sei früher nicht als Taxe benutzt worden.

a) Eigenschaft

Als Eigenschaften kommen alle Verhältnisse in Betracht, die wegen ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsanschauung Einfluß auf Wertschätzung oder Brauchbarkeit der Sachen zu haben pflegen. Weil Taxen durch die ständige Fluktuation von Fahrern und Fahrgästen in wesentlich höherem Maße abgenutzt werden als "normale" Wagen, hat die Benutzung eines PKW als Taxe Einfluß auf Wertschätzung und Brauchbarkeit eines PKW..

b) Zusicherung

Zugesichert ist eine Eigenschaft, wenn eine bindende Erklärung des Verkäufers vorliegt, in der dieser für das Vorhandensein dieser Eigenschaften einsteht, die Gewähr dafür übernimmt. Buschmann hat auf ausdrückliches Fragen erklärt, der Mercedes sei nicht als Taxe gebraucht worden. Die mündliche Zusage des Buschmann läßt erkennen, daß er die infrage kommende Eigenschaft garantieren will.

(1) Schriftformklausel

Fraglich ist, ob diese Zusicherung wirksam werden konnte, da für Nebenabreden in den AGB des Buschmann die Schriftform gefordert wird. Ob diese Schriftformklausel zu beachten ist, könnte sich nach dem AGB-Gesetz richten.

Dieses müßte zunächst überhaupt anwendbar sein. Ausschlußtatbestände hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs (§ 23 AGBG) sind nicht gegeben. Ferner ist das AGB-Gesetz auch in persönlicher Hinsicht ohne Einschränkungen anwendbar; insbesondere § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG ist nicht erfüllt, da Weyer kein Kaufmann ist.

Bei den Vertragsbedingungen des Buschmann handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 AGBG, da sie offensichtlich für eine Vielzahl von Verträgen formuliert waren und dem Weyer bei Vertragsschluß auch einseitig gestellt wurden.

Die AGB müßten Vertragsinhalt geworden sein.

Gemäß § 2 Abs. 1 AGBG werden AGB Vertragsbestandteil, wenn der Verwender die andere Vertragspartei ausdrücklich auf sie hinweist (Nr. 1) und diese mit ihrer Geltung einverstanden ist. Weyer sind die AGB vorgelegt worden und er hat durch den Vertragsabschluß konkludent sein Einverständnis erteilt. Somit könnte für Nebenabreden - hier: die Zusicherung - Schriftform erforderlich sein.

Nach § 4 AGBG geht eine Individualabrede - ohne Rücksicht, ob schriftlich oder mündlich getroffen - den AGB stets und unbedingt vor. B hat mündlich zugesichert, daß es sich bei dem Wagen nicht um eine Taxe handelte. Diese mündliche Zusage war demnach auch dann voll wirksam, wenn wie hier in den AGB eine Schriftformklausel enthalten ist. Somit ist die Zusicherung der Eigenschaft wirksam.

1) AGB ← ahrens (t)
2) § 4

(2) Klausel, wonach frühere Benutzung gleichgültig sein soll

Einer Zusicherung des Buschmann könnte die weitere Klausel in den AGB des Buschmann, wonach dem Käufer die frühere Benutzung des verkauften Kfz gleichgültig sei, entgegen stehen. Für diese Klausel gilt, daß sie nach dem Erscheinungsbild des Vertrages ganz ungewöhnlich und überraschend ist und daher gemäß § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Im übrigen gilt auch hier der Vorrang der Individualabrede nach § 4 AGBG. Folglich ist von einer Zusicherung auszugehen.

c) Fehlen

Da das Fahrzeug gleichwohl als Taxe genutzt worden war, fehlt die zugesicherte Eigenschaft im Zeitpunkt des Kaufes und des Gefahrübergangs, das ist der Zeitpunkt der Übergabe (§ 446 BGB).

3) Haftungsausschluß

a) gesetzlicher Haftungsausschluß

Weyer hat bei Vertragsabschluß nicht gewußt und auch nicht grob fahrlässig verkannt, daß der Mercedes als Taxe benutzt worden war, somit hat er den Vertrag nicht in Kenntnis der fehlenden Eigenschaft im Sinne des § 460 BGB abgeschlossen.

b) vertraglicher Haftungsausschluß

Die Haftung des Buschmann könnte aber durch die Klausel, daß "wie besichtigt unter Ausschluß jeder Gewährleistung" verkauft werde, ausgeschlossen sein. Gemäß § 11 Nr. 11 AGBG ist eine Bestimmung unwirksam, durch die u.a. bei einem Kaufvertrag Schadensersatzansprüche wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften ausgeschlossen werden. Durch die Ausschlußklausel würde der Anspruch des Weyer aus § 463 i.V.m. § 459 Abs. 2 BGB wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften vereitelt, da Weyer ohne diese Klausel der Anspruch zustände. Somit ist diese Klausel gemäß § 11 Nr. 11 AGBG unwirksam.

Der Ausschluß des Anspruchs aus §§ 463, 459 Abs. 2 BGB ist daher gemäß § 11 Nr. 11 AGBG unwirksam.

Somit ist die Klausel in den AGB unwirksam.

4. Zwischenergebnis und Schadensberechnung

Somit ist ein Anspruch des Weyer gegen Buschmann auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß §§ 462, 459 Abs. 2 BGB gegeben.

Die Berechnung ist auf zwei Arten nach Wahl des Käufers möglich:

Bei dem sogenannten "Kleinen Schadensersatz" kann der Käufer die Sache behalten und verlangen, so gestellt zu werden, als wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (also hier: als sei der Wagen nicht als Taxe benutzt worden).

Wählt der Käufer den "großen Schadensersatz", so kann er die Sache zurückgeben und den durch die ganze Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schaden ersetzt verlangen.

II. Anspruch auf Wandelung oder Minderung gemäß §§ 462, 459 BGB

Weyer könnte außerdem einen Anspruch auf Wandelung oder Minderung aus §§ 462, 459 BGB haben.

1. Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag zwischen Buschmann und Weyer ist - wie bereits ausgeführt wurde - geschlossen worden.

2. Mangel

Der Kaufgegenstand, der Gebrauchtwagen, müßte im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft im Sinne des § 459 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB gewesen sein.

a) Fehler

Zu prüfen ist, ob der Mercedes fehlerhaft im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB behaftet war. Nach dem subjektiven Fehlerbegriff ist unter Fehler eine negative Abweichung der Istbeschaffenheit von dem vertraglichen Sollzustand zu verstehen. Die Vorbenutzung eines Kfz als Taxe stellt nicht generell einen Mangel dar, sondern nur dann, wenn die Parteien bei Vertragsschluß von einer normalen Beanspruchung des Wagens ausgegangen sind, während tatsächlich der Wagen eine wesentlich höhere Laufleistung und damit einen stärkeren Abnutzungsgrad aufweist. Das ist hier der Fall.

b) Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft

Wie bereits ausgeführt wurde, fehlte dem Pkw auch eine zugesicherte Eigenschaft (§ 459 Abs. 2 BGB), so daß ein weiterer Gewährleistungsgrund gegeben ist. Einer Zusicherung stehen auch die Klauseln, nach der dem Käufer die frühere Benutzung des verkauften Kfz gleichgültig sei und nach der Nebenabreden der Schriftform bedürfen nicht entgegen (s.o.).

c) Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Der Mangel lag auch im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 446 BGB) vor.

3. Haftungsausschluß

Es ist fraglich, ob dieses Wandelungsrecht durch den in den AGB enthaltenen Ausschluß aller Gewährleistungsansprüche hinfällig geworden ist.

a) § 11 Nr. 10 AGBG

§ 11 Nr. 10 AGBG gilt nur für Verträge über Lieferungen neu hergestellter Sachen; die Ausschlußklausel verstößt somit nicht gegen diese Vorschrift.

b) § 11 Nr. 11 AGBG

Die Ausschlußklausel ist nicht gemäß § 11 Nr. 1 AGBG nichtig, da dort nur auf Schadensersatzansprüche nach §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB verwiesen wird.

c) § 9 AGBG

Die Ausschlußklausel könnte jedoch gegen die Generalklausel des § 9 AGBG verstoßen. Gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG sind Bestimmungen im Zweifel unwirksam, wenn sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränken, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Grundsätzlich muß - wie sich schon aus der Wertung des § 11 Nr. 10 AGBG ergibt - eine Freizeichnungsklausel bei gebrauchten Sachen zulässig sein. Etwas anderes kann sich nur aus den Umständen des Einzelfalles ergeben. Mit seiner Zusage setzt Buschmann sich in Gegensatz zu seinen AGB. Für Weyer war es erkennbar wichtig, keinen als Taxe gebrauchten Wagen zu bekommen. Daher ist die Berufung des Buschmann auf die Freizeichnungsklausel mißbräuchlich (so erstmals: BGH BB 1977, 61 - ein anderes Ergebnis ist vertretbar).

Daher ist das Wandelungsrecht nicht durch den in den AGB enthaltenen Ausschluß aller Gewährleistungsansprüche hinfällig geworden.

Somit hat Weyer gegen Buschmann einen Anspruch auf Wandelung oder Minderung aus §§ 462, 459 Abs. 1 BGB.

(Aus dem Anspruch auf Wandelung folgt nach vollzogener Wandelung der Anspruch aus Wandelung gemäß §§ 346, 459, 462, 465, 467 BGB auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen, also auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Kfz. Möchte der Käufer die Kaufsache behalten und mindern, so kann er aus der Minderung das Zuvielgezahlte gemäß §§ 812, 459, 462, 465, 467, 472 BGB herausverlangen.)

Fall 2:

I. Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB

Z kann E gem. § 433 Abs. 2 BGB auf Zahlung von 3.000 DM in Anspruch nehmen, wenn E für die Verbindlichkeit des F nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB einstehen muß.

Dies setzt zunächst voraus, daß das Bauunternehmen des F, in dem er zusätzlich mit Baustoffen handelte, ein Handelsgeschäft darstellt. "Handelsgeschäft" i.S.d. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB meint das Handelsgewerbe, also die Kaufmannseigenschaft, und ist nicht zu verwechseln mit dem Handelsgeschäft nach den §§ 343 ff. HGB.

Das Bauunternehmen des F müßte also zunächst ein Gewerbe nach § 1 Abs. 1 HGB darstellen. Mit dem Bauunternehmen nebst Baustoffhandel übt F eine offene und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit aus, durch die auf einem Markt entgeltliche Leistungen angeboten werden. Da F mit dieser Tätigkeit auch Gewinn erzielen will, kann es dahinstehen, ob mit der Rechtsprechung zusätzlich die Absicht dauernder Gewinnerzielung als Voraussetzung des Gewerbebegriffs zu fordern ist.

Um ein Handelsgewerbe würde es sich handeln, wenn das Bauunternehmen des F, in dem er auch einen Baustoffhandel betreibt, einen der im Katalog des § 1 Abs. 2 HGB aufgeführten Betriebe darstellen würde. In Betracht kommt hier die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen, gleichgültig ob sie unverändert, bearbeitet oder verarbeitet weiterveräußert werden gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB. F betrieb in seinem Unternehmen gleichzeitig ein Bauunternehmen und einen Baustoffhandel. Fraglich ist, ob der Betrieb eines Bauunternehmens die genannten Voraussetzungen erfüllt. Bedenken ergeben sich insofern, als der Bauunternehmer nicht die Lieferung von Baustoffen, sondern die Errichtung eines Gebäudes, also die Erbringung einer Werkleistung, schuldet. Grundsätzlich dienen die von dem Bauunternehmer beschafften Baustoffe nur als Hilfs- und Arbeitsmittel für die Bauleistung. Ein Bauunternehmer an sich betreibt also keinen Warenhandel (BGHZ 59, S. 179, 182; KE 1, Pkt. 3.1.1.5.). Etwas anderes könnte sich hier daraus ergeben, daß F in seinem Bauunternehmen auch mit Baustoffen handelte und mit dieser Tätigkeit ca. 50 % seines Umsatzes erwirtschaftete. Die Kaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 2 HGB liegt vor, wenn die dort bezeichnete Tätigkeit nach dem Gesamtbild wesentlicher Gegenstand des Betriebes ist (vgl. BGH NJW 83, 1905, 1907). Dies gilt auch für den sog. gemischten Gewerbebetrieb. F handelte nicht nur gelegentlich mit Baustoffen. Er erwirtschaftete sogar einen großen Anteil seines Umsatzes mit dieser Tätigkeit. Demzufolge ist er Kaufmann nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB.

Gem. § 4 Abs. 1 HGB sind die Vorschriften über die Firma, also die §§ 17 ff. HGB, nicht anwendbar auf Personen, deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. F müßte also Vollkaufmann gewesen sein. Das Bauunternehmen nebst Baustoffhandel erwirtschaftet ca. 3 Mio. DM im Jahr, und es beschäftigt 30 Mitarbeiter. Dies spricht dafür, daß das Unternehmen vollkaufmännische Einrichtungen erfordert. F war also nicht Minderkaufmann nach § 4 Abs. 1 HGB.

E müßte das Handelsgeschäft des F unter Lebenden erworben haben. Nach dem Sachverhalt hat F sein Unternehmen an E veräußert. Es handelt sich also nicht um einen Übergang des Unternehmens kraft Erbgangs. Also hat E das Handelsgeschäft des F unter Lebenden erworben.

Des weiteren müßte E das Handelsgeschäft des F fortgeführt haben. Er hat das Unternehmen des F weiterbetrieben. Folglich hat er das Handelsgeschäft fortgeführt.

Dies müßte er unter der bisherigen Firma getan haben. Voraussetzung dafür ist, daß F eine Firma i.S.d. §§ 17 ff. HGB geführt hat. Nach § 17 Abs. 1 HGB ist die Firma der Name, unter dem ein Kaufmann seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. F führte sein vollkaufmännisches Unternehmen unter dem Namen Friedrich Fleissig Bau. Dieser Name ist eine Firma nach § 17 Abs. 1 HGB. Sie enthielt den Familiennamen und den ausgeschriebenen Vornamen des Firmeninhabers und entsprach damit auch den Anforderungen des § 18 Abs. 1 HGB. Der Zusatz "Bau" dient der näheren Kennzeichnung des Geschäfts und ist daher nach § 18 Abs. 2 S. 2 HGB zulässig.

Fraglich ist, wie es zu beurteilen ist, daß E den Vornamen des F abkürzte und im Geschäftsverkehr den Namen F. Fleissig Bau benutzte. Die Verwendung dieser verkürzten und daher nach § 18 Abs. 1 HGB unzulässigen Fassung könnte gegen die Fortführung der Firma durch E sprechen. Dem in § 18 HGB normierten Grundsatz der Firmenwahrheit ist grundsätzlich nur Genüge getan, wenn die Firma vollständig und unverändert fortgeführt wird. Die Frage der Firmenfortführung im Rahmen des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB bezieht sich aber nicht auf das Verhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer des Handelsgeschäfts, sondern berührt vornehmlich Interessen des Verkehrsschutzes. Wer eine Firma verwendet, die der Verkehr mit der vormals geführten Firma identifiziert, darf sich nicht durch den Verweis auf die Unzulässigkeit der Firma der Haftung für die Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers entziehen. Daher ist auch nicht eine wortgleiche Fortführung der Firma erforderlich, sondern es ist schon Firmenidentität anzunehmen, wenn der "Firmenkern" beibehalten wird und die Zuordnung zum Unternehmensträger erkennbar ist. Ob dies der Fall ist, ist unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu ermitteln (BGH NJW 1992, 911, 912; vgl. auch Karsten Schmidt, Handelsrecht, 4. Aufl. 1994, S. 241 ff. m.w.Nachw., der nicht das Merkmal der Firmenfortführung, sondern auf die Unternehmenskontinuität abstellt). Der durch die Abkürzung des Vornamens entstehende Rest der Firma "F. Fleissig Bau" ist so prägnant, daß er von den betroffenen Verkehrskreisen mit dem Handelsgeschäft des F in Verbindung gebracht wird. Die Abkürzung des Vornamens kann hier als unwesentliche Abweichung von der bisher geführten Firma angesehen werden, so daß Firmenidentität vorliegt. Die Voraussetzung der Fortführung der bisherigen Firma ist erfüllt.

Der Erwerber haftet allerdings nur für die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Eine Verbindlichkeit des F könnte durch den Abschluß des Kaufvertrages mit Z über 1.000 Sack Zement zu einem Preis von insgesamt 3.000 DM begründet worden sein. Dann wäre nach § 433 Abs. 2 BGB eine Verpflichtung des F zur Zahlung des Kaufpreises entstanden.

Voraussetzung dafür ist, daß die Kaufvertragsparteien übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben haben. F hat nicht selbst eine auf den Abschluß eines Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung abgegeben. Die Ware wurde von seinem Büroangestellten bestellt. Dies könnte dem F zuzurechnen sein, wenn ein Fall wirksamer Stellvertretung nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB vorläge. Bei der Bestellung des Zements hat der Büroangestellte nicht eine fremde Willenserklärung nur übermittelt, sondern er gab eine eigene Willenserklärung ab. Dies tat er im Namen des F. Außerdem müßte der Büroangestellte des F Vertretungsmacht gehabt haben. Diese könnte sich aus dem Vorliegen einer Arthandlungsvollmacht nach § 54 Abs. 1 Fall 2 HGB ergeben. F, dessen Kaufmannseigenschaft oben bereits festgestellt wurde, hatte den Büroangestellten zum Einkauf neuer Baustoffe bevollmächtigt, ihn mithin zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften ermächtigt und ihm damit die entsprechende Vertretungsmacht eingeräumt. Der Einkauf von Zement gehört auch zu den für ein Bauunternehmen mit Baustoffhandel üblichen Geschäften, so daß der Büroangestellte ein Geschäft vorgenommen hat, das der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt. Mit dem Einkauf des Zements bewegte sich der Büroangestellte also im Rahmen seiner Vertretungsmacht. Somit ist F bei Abschluß des Kaufvertrages mit Z über 1.000 Sack Zement wirksam vertreten worden.

Spätestens im Zeitpunkt der Lieferung der Ware durch Z kam der Kaufvertrag nach § 151 BGB zustande.

Im Betriebe des F wurde die Verbindlichkeit begründet, wenn sie mit dem Geschäftsbetrieb in Zusammenhang steht und nicht etwa der Privatsphäre des F zuzuordnen ist. Daß die Bestellung von dem Handlungsbevollmächtigten aufgegeben wurde, läßt darauf schließen, daß es sich nicht um ein privates Geschäft des F handelte. Auch ist der Kauf von Zement ein ganz typisches Geschäft für ein Bauunternehmen mit Baustoffhandel. Die Verbindlichkeit wurde also im Betriebe des Geschäfts des F begründet.

Die Haftung des E für diese Verbindlichkeit könnte ausgeschlossen sein, wenn die dahingehende Vereinbarung zwischen F und E unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 HGB zustande gekommen wäre. Danach ist eine von der Regelung des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB abweichende Vereinbarung einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist. Da weder eine Eintragung in das Handelsregister und eine entsprechende Bekanntmachung stattgefunden hat, noch eine besondere Mitteilung an Z ergangen ist, ist der zwischen F und E vereinbarte Haftungsausschluß gegenüber Z unwirksam.

Somit kann Z von E die Zahlung von 3.000 DM gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB verlangen.

II. Anspruch aus § 433 Abs. 2 i.V.m. § 419 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch des Z gegen E könnte sich auch aus § 433 Abs. 2 i.V.m. § 419 Abs. 1 BGB ergeben. Dann müsste E durch Vertrag das Vermögen des F übernommen haben. Nach dem Sachverhalt hat E das Unternehmen des F erworben. Darin ist keine Übernahme des Vermögens als Ganzes zu sehen. Allerdings genügt nach ständiger Rechtsprechung auch die Übertragung eines einzelnen Gegenstandes, wenn dieser nahezu das gesamte Vermögen des Veräußerers ausmacht. Da im Eigentum des F noch ein Haus in Südfrankreich stand und nach Übernahme des Unternehmens noch steht, hat E nicht nahezu das gesamte Vermögen des F übernommen. Ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 i.V.m. § 419 Abs. 1 BGB scheidet also aus.

