



Lösungsskizze 2. Wiederholerklausur Z III

1. Lösungsskizze zum 1. Teil: Handelsrecht

Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Bademäntel aus Kaufvertrag, gem. § 433 I BGB

I. A und K haben einen Kaufvertrag über 200 Bademäntel geschlossen. Wirksamkeitshindernisse sind nicht ersichtlich.

II. A kann daher von K grundsätzlich Übergabe und Übereignung der Kaufsache verlangen, § 433 I BGB. Der Anspruch ist auch nicht wegen Unmöglichkeit erloschen, § 275 I BGB. Denn bei der Lieferung der Bademäntel handelt es sich nicht um ein absolutes Fixgeschäft. Die Parteien haben zwar einen Lieferzeitpunkt (spätestens 29. Februar) vereinbart und es war K auch ersichtlich, dass die fristgerechte Lieferung für A von entscheidender Bedeutung ist (Wiedereröffnung). Jedoch ging diese Bedeutung nicht so weit, dass eine Lieferung zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr als Erfüllungsleistung gelten sollte. Das zeigt sich schon daran, dass A weiterhin Interesse an den Bademänteln des K hat. Es handelt sich daher um ein sog. relatives Fixgeschäft.

III. Der Erfüllungsanspruch der A könnte jedoch nach § 376 I 2 HGB erloschen sein. Danach kann der Gläubiger eines Fixhandelskaufs Erfüllung nur noch beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablauf des Lieferzeitpunkts dem Schuldner anzeigt, dass er weiterhin auf Erfüllung besteht.

1. Das setzt zunächst voraus, dass es sich beim Geschäft zwischen A und K um einem Fixhandelskauf iSd. § 376 HGB handelt. Ein Fixhandelskauf ist ein Handelskauf, bei dem die Leistung des einen Teils genau einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, § 376 I 1 HGB. Letzteres ist der Fall: A und K haben eine Lieferzeit vereinbart und diese ist für A von entscheidender Bedeutung; es liegt ein relatives Fixgeschäft vor (s.o.).

Darüber hinaus müsste es sich bei dem Geschäft aber auch um einen Handelskauf handeln. Der Begriff wird im HGB nicht definiert, jedoch handelt es sich, wie die systematische Stellung der § 373 ff. HGB ergibt, um ein besonderes Handelsgeschäft, das den entgeltlichen Erwerb von Waren zum Gegenstand hat. Letzteres ist bei einem Sachkauf der Fall. Fraglich ist jedoch, ob der Kauf auch ein Handelsgeschäft ist.

a. Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören, § 343 I HGB. Hinsichtlich K handelt es sich beim Vertrag über die Bademäntel um ein Handelsgeschäft, denn er ist Kaufmann.



b. Das ist an sich für die Frage, ob ein Handelskauf vorliegt, ausreichend, denn § 376 HGB setzt kein beiderseitiges Handelsgeschäft voraus, sondern lässt ein einseitiges genügen (vgl. § 345 HGB). Jedoch ist es sehr umstritten, ob § 376 HGB auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Käufer – wie hier – kein Kaufmann ist. Darauf kommt es jedoch gar nicht an, wenn auch A Kauffrau ist.

Hinweis: Streng genommen müssen sich die Bearbeitenden mit der Kauffrau-Eigenschaft der A also gar nicht befassen. Dann müssen Bearbeitende aber auf die streitige Frage eingehen, ob § 376 HGB auf Nicht-Kaufleute überhaupt anwendbar ist (vor allem wenn sie wie hier die Rechte des Käufers verkürzt). Geschickter ist es deshalb, der Frage auszuweichen und die Kauffrau-Eigenschaft der A zu bejahen – zudem werden so die Sachverhaltsinformationen ausgewertet.

aa. Gem. § 1 I HGB ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, § 1 II HGB. A müsste also zunächst einen Gewerbebetrieb betreiben. Dieser Begriff ist im Gesetz nicht definiert, es hat sich jedoch eine gefestigte Definition durchgesetzt. Danach betreibt einen Gewerbebetrieb, wer selbständig, planmäßig, marktorientiert, entgeltlich und nicht freiberuflich tätig ist.

Hier könnte einzig problematisch sein, dass A neben dem Betrieb des Hotels – das in jedem Fall ein Gewerbebetrieb darstellt – auch Gesundheitssprechstunden anbietet, also auch medizinisch und damit freiberuflich tätig ist. Hinzukommt, dass sich beide Tätigkeiten nicht sauber trennen lassen, weil die Gesundheitssprechstunden Teil des regulären Hotelservices sind. Entscheidend ist daher, wo der Schwerpunkt der Tätigkeit liegt. Da A die Sprechstunden nur wenige Stunden in der Woche abhält, liegt der Schwerpunkt eindeutig auf der gewerblichen Tätigkeit. Ihr Hotel ist daher ein Gewerbe, und zwar selbst dann, wenn man, wie die Rechtsprechung es tut, zusätzlich eine Gewinnerzielungsabsicht verlangt – denn eine solche Absicht ist bzgl. A anzunehmen.¹

Hinweis: Hier sollen die Bearbeitenden sich kurzfassen. Dass einen Gewerbebetrieb betreibt, ist letztlich unproblematisch. Gute Bearbeitungen zeichnen sich dadurch

¹ Das heute kaum noch vertretene Merkmal, dass es sich um eine erlaubte Tätigkeit handeln muss, ist ebenfalls erfüllt.



aus, dass sie eine saubere Prüfung vornehmen, dies aber in der gebotenen Kürze tun.

A betreibt überdies auch ein Handelsgewerbe iSd. § 1 II HGB. Die Art (Qualität) ihres Betriebs weist eine gewisse Komplexität auf (diverse, gar internationale Geschäftsbeziehungen), gleiches gilt für Umfang (Quantität) des Betriebs (Jahresumsatz oberhalb von 300.000 Euro, 20 Mitarbeiter). Selbst wenn man Zweifel hätte, wäre es an A, die Vermutung des § 1 II HGB zu widerlegen – was ihr kaum gelingen wird.

bb. A ist damit Kauffrau iSd. § 1 HGB (sog. Ist-Kauffrau). Dass sie entgegen § 29 HGB nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist hierfür irrelevant, wirkt die Eintragung doch bloß deklaratorisch.

c. Bei dem Geschäft zwischen A und K handelt es sich also um einen (beiderseitigen) Fixhandelskauf.

2. Um weiterhin Erfüllung verlangen zu können, müsste A „sofort“ nach Ablauf des Liefertermins dem K angezeigt haben, dass sie weiterhin auf Erfüllung bestehe. Hinsichtlich des Telefonats vom 10. März kann von einer sofortigen Anzeige keine Rede sein, denn 10 Tage sind im Handelsverkehr ein sehr langer Zeitraum. Fraglich ist aber, ob die Erklärung gegenüber P vom 1. März eine sofortige Anzeige darstellt.

a. Das wäre dann der Fall, wenn P zum Zeitpunkt der Mitteilung (passive) Stellvertreterin des K war, weil die Erklärung dann mit Zugang bei ihr wirksam geworden wäre, § 164 I, III BGB. P war bis vor kurzem Prokuristen des V und damit an sich zur Empfangnahme auch von Erfüllungsanzeigen berechtigt, §§ 48 I, 49 I HGB. Die Prokura wurde jedoch durch K widerrufen, 52 I HGB, so dass P am 1. März nicht mehr passive Stellvertreterin des K war.

b. Fraglich ist jedoch, ob K sich auf den Widerruf der Prokura nicht berufen kann, weil der Widerruf der Prokura nicht im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht wurde, § 15 I HGB. Der Widerruf der Prokura ist eine eintragungspflichtige Tatsache in den Angelegenheiten des K, 53 I HGB. A war auch gutgläubig und ihre Erklärung steht im Bezug zum Geschäftsverkehr (abstrakter Vertrauensschutz). An sich kann sich K der A gegenüber also nicht auf das Erlöschend er Prokura berufen; die Erfüllungsanzeige wäre sofort zugegangen.

c. Fraglich ist jedoch, ob sich an dem Ergebnis etwas ändert, weil schon die Erteilung der Prokura nicht eingetragen und bekanntgemacht wurde (sog. fehlende Voreintragung).



aa. Dies könnte man mit dem Argument ablehnen, dass in diesem Fall schon nicht einmal abstraktes Vertrauen in die Vollständigkeit des Handelsregisters entstehen kann, weil es ja an sich „vollständig“ ist, nämlich die Aussage enthält, dass P nicht Prokuristin des K ist. Sofern man zumindest eine potentielle Kausalität für § 15 I HGB verlangt, würde diese bei A fehlen, da sie ihr Verhalten niemals auf die Registereintragung hin hätte ausrichten können. So gesehen, würde § 15 I HGB als Anknüpfungspunkt ausscheiden und es kämen allein allgemeine Rechtsscheintatbestände in Betracht.

Hinweis: Allgemeine Rechtscheingrundsätze würden wohl auch eingreifen: Da A die P aus vergangenen Geschäftsbeziehungen kennt und K nicht hinreichend deutlich gemacht hat, dass P nicht mehr Prokuristin ist, erweckt P den Anschein fortbestehender Vertretungsmacht (Anscheinsvollmacht).

bb. Die Anwendung von § 15 I HGB könnte man jedoch damit begründen, dass die Norm den Handelsverkehr weitreichend schützen will. Auch der Wortlaut lässt nicht erkennen, inwiefern es auf eine potentielle Kausalität überhaupt ankommen soll. Zudem zeigen ja Fälle wie der hiesige gerade, dass Dritte trotz Nichteintragung der Ersttatsache von dieser Kenntnis erlangen und so ein schutzwürdiges Vertrauen bilden.

d. Unabhängig wie man es begründet (§ 15 I HGB oder Anscheinsvollmacht) war P also Passivvertreterin des K. Damit ist ihm die Erfüllungsanzeige der A am 1. März zugegangen, § 164 I, III BGB. Dies geschah auch „sofort“ iSv. § 376 I 2 HGB. Denn das Merkmal ist zwar noch strenger als „unverzüglich“ zu verstehen, weshalb eine Anzeige ohne jede (auch entschuldbare) Verzögerung erforderlich ist. Jedoch geschah die Anzeige am Folgetag nach dem Ende der Lieferfrist, was ausreichen dürfte.

Hinweis: Dies kann man auch anders sehen, entscheidend ist dann die Begründung.

IV. Ergebnis: A kann damit weiterhin von K Übergabe und Übereignung der 200 Bademäntel aus Kaufvertrag gem. § 433 I BGB verlangen.

Erwartungshorizont: Die Klausur enthält einen klassischen Streitstand, der Weg dorthin ist jedoch etwas versteckt. Im Einzelnen gilt für die Bewertung: Um die Klausur zu bestehen, müssen die Bearbeitenden erkennen, dass der Erfüllungsanspruch der A erloschen sein könnte. § 376 I 2 HGB liegt etwas versteckt, es ist deshalb zu befürchten, dass einige Bearbeitende den Einstieg schon nicht finden und etwa versuchen den Fall über § 377 HGB (Verspätete Erfüllungsanzeige als Mi-



nus zur Mängelanzeige?) zu konstruieren. Das ist zwar dogmatisch überaus kühn (weil es schon an der Ablieferung fehlt und damit gar nicht die Sekundärebene betroffen ist), allerdings sollten Bearbeitende nicht per se mit mangelhaft bewertet werden, weil sie § 376 I 2 HGB nicht finden – solange denn die Alternativkonstruktion zumindest plausibel erscheint.

Eine durchschnittliche Leistung zeigt, wer darüber hinaus die Kaufräueigenschaft der A sauber und in der gebotenen Kürze prüft.

Überdurchschnittliche Bearbeitende zeichnen sich dadurch aus, dass sie die einschlägigen Vorschriften größtenteils nennen und sauber durchprüfen und zudem die Verzahnung mit der Prokura der P und dem Problem der fehlenden Voreintragung erkennen.

Gute und sehr gute Bearbeitende zeichnen sich darüber hinaus durchweg durch einen besonders genauen Prüfungsaufbau und stringente Normanwendung aus.

2. Lösungsskizze zum 2. Teil: Gesellschaftsrecht

3. Lösungsskizze zum 3. Teil: Arbeitsrecht

A. Ausgangsfall

I. Wirksamkeit der Kündigung vom 1.11.2019

Da das Arbeitsverhältnis sofort beendet werden sollte, kommt nur eine **außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 626 BGB** in Betracht.

Voraussetzungen:

1. Vorliegen von Tatsachen, die Weiterbeschäftigung unzumutbar machen:
 - a) **Schuldhaftes Pflichtverletzung (hier: Diebstahl).**
 - b) **Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls** (insbesondere bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses, störungsfreier Verlauf, Wiederholungsfahr, Stellung AN im Betrieb oder Unternehmen).
 - c) **Abwägung der Interessen beider Vertragsteile** (Interesse des AN an der Erhaltung des Arbeitsplatzes, Versetzungsmöglichkeit im Betrieb, Verschulden des AN; Interesse des AG an vertrauensvoller Zusammenarbeit).
 - aa) Danach ist bei einem **Diebstahl des AN** wegen des **gestörten Vertrauensverhältnisses** idR eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt.



- bb) **Besondere Umstände**, die eine abweichende Entscheidung rechtfertigen (LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2009, 188; BAGE 134, 349 „Emmely“: Unterschlagung von Pfandbons im Wert von lediglich 1,29 €), liegen hier nicht vor.
- cc) Eine **Abmahnung** als milderer Mittel kommt bei einer Störung des Vertrauensverhältnisses nicht in Betracht, nur bei Störungen im Leistungsbereich.
2. Das Problem im Ausgangsfall ist, dass der Diebstahl auf eine **heimliche Videoaufnahme** gestützt wird (vgl. dazu BAG NZA 2017, 843 – in der VL besprochen):
- a) **§ 4 I 1 Nr. 3 BDSG: Videoaufzeichnung in öffentlich zugänglichen Räumen** zulässig, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erfolgt und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen.
- b) **§ 26 I BDSG konkretisiert die nach §4 I Nr. 3 BDSG erforderliche Interessenabwägung**: Danach Erhebung, Nutzung und Verarbeitung personenbezogener Daten gerechtfertigt, wenn sich Verdacht einer Straftat jedenfalls **auch gegen AN** richtet und Überwachung verhältnismäßig ist = keine mildere Maßnahme in Betracht kommt (entspricht Art. 6 I f EU-DSGVO).
- c) **4 II BDSG** verlangt zwar **Kennzeichnung der Videoüberwachung**, aber nach BAG NZA 2014, 810 (815) führt Verstoß **nicht zur Unverwertbarkeit des Beweismittels**, weil sonst verdeckte Videoüberwachung nicht zulässig wäre und dies **Verfassungsrechte des AG** (Art. 12, 14 GG) verletzen würde.
- d) In die gleiche Richtung geht die **Entscheidung des EGMR vom 17.10.2019** (NZA 2019, 1697 Rn. 134), welcher der Ausgangsfall nachgebildet ist. Entscheidend ist die **Verhältnismäßigkeit** der Maßnahme. Dabei ist u.a. zu berücksichtigen, dass die Videoüberwachung infolge **bedeutender Verluste** über mehrere Monate auf einem begründeten Verdacht von Straftaten beruht, die Überwachung an einem Ort ausgeführt wurde, der der **Öffentlichkeit** zugänglich war und hinsichtlich der **Dauer begrenzt** war (Abbau nach Überführung der untreuen Angestellten).
- Angesichts der Schwere der Straftaten** (gemeinsames Zusammenwirken mehrerer Angestellter, hohe Schadenssumme) war auch **vorherige**



Information der Angestellten **nicht erforderlich**; immerhin gab es Hinweise auf eine allgemeine Überwachung.
Insgesamt keine Verletzung von Art. 6 (Recht auf ein faires Verfahren) und 8 (Schutz des Privatlebens) EMRK.

3. Verdachtskündigung

Da der Diebstahl weder zugestanden ist, noch eine rechtskräftige Verurteilung der A vorliegt, sollte auch die Zulässigkeit einer sog. Verdachtskündigung erörtert werden.

a) **Nach h.M. ist eine Verdachtskündigung wirksam, wenn objektive Tatsachen** den Verdacht einer Straftat rechtfertigen und der Arbeitgeber sich bemüht, den **Tatverdacht umfassend aufzuklären**, insbesondere den **Arbeitnehmer anhört** (BAG AP Nr. 39 zu § 102 BetrVG).

Diese Voraussetzungen liegen laut SV vor.

b) **Verdachtskündigung dogmatisch und rechtspolitisch umstritten**, weil **Unschuldsvermutung** des GG (Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III) und Art. 6 II EMRK missachtet.

aa) **Art. 6 II EMRK**: „Jede Person, die einer **Straftat angeklagt** ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig“.

bb) **H.M.**: Unschuldsvermutung gilt jedoch nur bei der Verhängung von **Strafen oder strafähnlichen Sanktionen** (BVerfGE 82, 106 Rn. 33); Kündigung hat keinen Sanktionscharakter.

Interesse des AG an Beendigung der Rechtsbeziehung wegen Störung der Vertrauensbeziehung schutzwürdig.

Ergebnis: Kündigung wirksam.

II. **Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages**: kann dahinstehen, da bereits Kündigung Arbeitsverhältnis beendet hat.

B. Variante:

I. In der **Variante** ist die **Kündigung der A wegen ihrer Schwangerschaft** unwirksam: § 17 I MuSchG.



Schwangerschaft wurde dem AG innerhalb von 2 Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt.

II. Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages

1. **§ 17 MuSchG** enthält nur Kündungsverbot, verbietet also nicht einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

2. Anfechtung:

a) Wegen **Irrtums**: Irrtum über die Schwangerschaft ist **unbeachtlicher Motivirrtum**; kein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften (**§ 119 II BGB**), weil Schwangerschaft keine Eigenschaft darstellt; sie ist nicht von Dauer.

b) Wegen **widerrechtlicher Drohung** (§ 123 I BGB): Drohung mit unwirksamer Kündigung? Nach BAG kommt es nicht darauf an, ob Kündigung rechtmäßig gewesen wäre, sondern darauf, ob „ein verständiger Arbeitgeber“ Kündigung in Betracht ziehen durfte.

aa) **Maßstab**: Drohung mit Kündigung rechtswidrig, wenn diese **mit hoher Wahrscheinlichkeit** gerichtlicher Überprüfung nicht standhalten würde.

Bsp.: Kündigung wegen Störung im Leistungsbereich ohne vorhergehende Abmahnung (§ 314 BGB); keine Anhörung Betriebsrat (§ 102 BetrVG)

bb) Fallbezogen:

(1) Wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung gem. § 626 BGB liegt an sich vor.

(2) **Widerrechtlichkeit der Kündigung wegen § 17 I MuSchG?**

(a) Drohung mit Kündigung, die gegen **§ 17 MuSchG** verstößt, wäre zwar rechtswidrig, aber maßgeblich ist, ob **verständiger AG** Kündigung in Betracht ziehen durfte.

(b) BAG NJW 1983, 2958 verneinte Drohung in einem Fall, in dem Arbeitgeber eine **unbedingte ordentliche Kündigung** einer **schwangeren AN** erklärte und diese **anschließend Aufhe-**



ungungsvertrag unterzeichnete. In einem solchen Fall droht der AG nicht mit einem Übel, da dieses bereits unverrückbar besteht.

(A.A. vertretbar, etwa mit dem Argument, dass es keinen Unterschied machen dürfe, ob man den Abschluss des Aufhebungsvertrages herbeiführt, nachdem man mit einer rechtswidrigen Kündigung gedroht hat, oder ob man zunächst die rechtswidrige Kündigung erklärt und diese dann zur Disposition stellt, wenn der Aufhebungsvertrag unterzeichnet wird. In beiden Fällen kann der AN das rechtswidrige Übel – die Kündigung – vermeiden, wenn er den Aufhebungsvertrag unterzeichnet).

Ergebnis Variante: Arbeitsverhältnis durch Abschluss des Aufhebungsvertrages vom 1.11.2019 beendet (aA vertretbar).