

KAUFMANN NACH §§ 1-5 HGB

Diese Folie ordnet die verschiedenen Kaufmannsarten nach §§ 1 ff. HGB (Ist-, Fiktiv-, Schein- und Kannkaufmann, letzterer wird Kaufmann kraft Eintragung). Der Kaufmann ist Tatbestandsmerkmal vieler Normen des Handelsrechts und deshalb in fast jeder Handelsrechtsklausur zu prüfen. Daher sind Kenntnisse zur Kaufmannseigenschaft essentiell. Prüfungsstandort: wo erstmalig das Tatbestandsmerkmal „Kaufmann“ innerhalb des normalen zivilrechtlichen Anspruchsaufbaus auftritt (nicht: abstrakte „Vorbemerkung“ am Anfang der Klausur oder vor Anwendung der ersten HGB-Norm; solch ein Fehler würde sich z.B. bei §§ 383 II, 407 III 2, 453 III 2, 467 III 2 HGB auswirken).

A. Überblick

Die Gliederung des Rasters richtet sich nach dem Kriterium des Gewerbebetriebes (vertikal), der Größe des Unternehmens (horizontal) und der Eintragung (zentral innerhalb der gestrichelten Linien).

- 1-5 In der Zeile „Gewerbe“ werden gewöhnliche Gewerbebetriebe und Betriebe der Land- und Forstwirtschaft getrennt betrachtet. Spalte 2 beschreibt „große“ Gewerbebetriebe im Sinne des § 1 II HGB, Spalte 3 hingegen Kleingewerbetreibende. Zeile 3 zeigt, dass man ohne Gewerbe allenfalls Scheinkaufmann sein kann.
- 7 Die gestrichelte Linie mit der Bezeichnung „eingetragen“ verdeutlicht innerhalb jeder o.g. Kategorie, ob und wie sich die Eintragung der jeweiligen Firma in das Handelsregister auswirkt.

B. Gewerbebetrieb

I. Gewerbe-Definition

- 1 **G**ewerbe ist jede selbstständige, planmäßige, nach außen erkennbare Tätigkeit, die auf eine gewisse Dauer (besser: auf eine unbestimmte Vielzahl anbietender) Geschäfte ausgerichtet ist und gegen Entgelt ausgeübt wird. Freiberufliche, wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeiten sind ausgenommen. Dennoch können nunmehr auch Freiberufler die Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft wählen (§ 107 I S. 2 HGB) (Vgl. nachfolgende Folie Nr. 3 zum Handelsrecht.)

II. Wirtschaftszweig

1. Sonstige Gewerbetreibende

- 2, 3 **H**ier geht es allein um die Abgrenzung zu den Land- und Forstwirten. Gewöhnliche Gewerbebetriebe sind solche aller denkbaren Wirtschaftszweige mit Ausnahme der Land- und Forstwirte.

2. Land- und Forstwirtschaft, Nebengewerbe m

- 3 **F**ür Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gilt eine Ausnahmeregelung, § 3 HGB. Statt § 1 HGB ist für Land- und Forstwirtschaftsbetriebe, die einen handlungsgewerblichen Umfang im Sinne des § 1 II HGB erreicht haben, § 2 HGB mit den Modifikationen des § 3 II HGB einschlägig

C. Handelsgewerbe

5 I. Große Gewerbebetriebe = Handelsgewerbe

Große Gewerbebetriebe sind alle Gewerbebetriebe, die nach Art und Umfang des Unternehmens einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, § 1 II HGB. Dabei besteht die widerlegliche Vermutung, dass jeder Gewerbebetrieb auch Handelsgewerbe ist. Das Gegenteil, dass also ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb nicht erforderlich ist, muss der beweisen, der sich auf diese Ausnahme beruft (Beweislastregel).

Die Einordnung erfolgt anhand zweier Kriterien: der Art und des Umfangs der Geschäftstätigkeit. Beachte den Gesetzeswortlaut „nach Art und Umfang“, fehlt also ein Merkmal, greift § 1 II HGB nicht. Die Art der Geschäftstätigkeit umfasst die Vielfalt der Erzeugnisse, Leistungen und Geschäftsbeziehungen. Der Umfang der Geschäftstätigkeit wird zum Beispiel anhand des Umsatzes (nicht Gewinns), des Anlage- und Umlaufvermögens, der Zahl der Beschäftigten, Größe der Geschäftsräume beurteilt (vgl. nachfolgende Folie 3 zum Handelsrecht).

II. Kleine Gewerbebetriebe

6 **K**leingewerbetreibende sind solche Unternehmen, die nicht nach § 1 II HGB
Handelsgewerbe sind, also keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern (zum
Beispiel: Werkskantine, Tischlerei auf dem Lande, Juwelier). Für sie bestehen die
Eintragungs- und Löschungsoptionen des § 2 HGB (Kann-Kaufmann).

12 III. Sonderfall Fiktivkaufmann § 5 HGB

Der Inhaber eines Gewerbebetriebes, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist,
obwohl er tatsächlich kein Handelsgewerbe betreibt und somit kein Kaufmann ist, gilt
gemäß § 5 HGB im Zivilrecht als Kaufmann (Fiktivkaufmann). Der Fall ist sehr selten, weil
§ 5 HGB nur für Gewerbetreibende gilt, diese aber nach §§ 1-3 HGB in aller Regel spätestens
durch Eintragung Kaufmann werden. Es verbleiben deshalb nur einige Fälle von Fehlern im
Eintragungsverfahren (siehe unten, D II bei Fußn. 10).

D. Rechtsfolgen

8 **I. Sonstiges Gewerbe, groß**

2, 5 **D**er Betreiber eines großen, gewöhnlichen Handelsgewerbes ist [Kaufmann gemäß § 1 II](#)
8 HGB (Ist-Kaufmann). Er ist verpflichtet, seine Firma und den Ort der Niederlassung zum
Handelsregister anzumelden, § 29 HGB. Die Eintragung hat jedoch nur deklaratorische
Wirkung. Dieser Gewerbetreibende ist auch ohne Eintragung [Istkaufmann](#), vergleiche die
7, 8 Farbgebung beiderseits der gestrichelten Linie in diesem Feld der Folie.

9, 10 **II. Sonstiges Gewerbe, klein**

Für kleine Gewerbebetriebe mit Ausnahme der Land- und Forstwirte gilt die Eintragungs-
und Löschungsoption des [§ 2 HGB](#). Der Kleingewerbetreibende ist nicht kraft Gesetzes
Kaufmann. Erst mit Vollzug der [konstitutiven Eintragung in das Handelsregister](#) wird er
9 Kaufmann gemäß § 2 S. 1 HGB (Kaufmann kraft Eintragung). Er kann auf diesem Weg die
Kaufmannseigenschaft erlangen, ist zur Eintragung aber nicht verpflichtet, § 2 S. 2 HGB.

Umstritten ist, ob die versehentliche Eintragung eines Kleingewerbetreibenden ohne dessen
Antrag oder der Antrag auf die vermeintlich deklaratorische Eintragung, der mangels
Rechtsfolgewillens keine Willenserklärung ist, ihn zum Kaufmann nach § 2 HGB macht.

10 Andernfalls gilt § 5 HGB, der anders als § 2 HGB nicht im öffentlichen Recht gilt und damit etwa Strafbarkeit wegen fahrlässiger Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten gemäß §§ 283 I Nr. 5–7, 283 b II StGB verhindert – eine nach Einführung des § 241a HGB allerdings geringe Gefahr.

7,9 Der Kleingewerbetreibende kann jederzeit seine Löschung aus dem Handelsregister beantragen, § 2 S. 3 HGB, sofern er nicht inzwischen Istkaufmann geworden, also zum „großen“ Handelsgewerbe aufgestiegen ist. Zur Bedeutung der Eintragung vergleiche den Verlauf der gestrichelten Linie im Feld bei Fußnote 9: Bei Eintragung besteht Kaufmannseigenschaft gemäß § 2 HGB, ohne Eintragung (rechts der Linie) allenfalls 15 Anwendbarkeit der Grundsätze des Scheinkaufmanns.

11, 12 III. Land- /Forstwirte, groß

11 Für Land- und Forstwirte mit einem eine kaufmännische Einrichtung erfordernden Unternehmen gilt gemäß § 3 I HGB nicht § 1 II HGB, sondern § 2 HGB mit Modifikationen. Sie haben die Eintragungs- und Löschungsoptionen wie Kleingewerbetreibende gemäß § 2 HGB. Sie können die Kaufmannseigenschaft durch konstitutive Eintragung in das Handelsregister erlangen, sind zur Eintragung aber nicht verpflichtet (Kaufmann kraft Eintragung). Der einmal eingetragene Landwirt mit einem eine kaufmännische Einrichtung erfordernden Unternehmen kann die Löschung nur nach allgemeinen Vorschriften verlangen, § 3 II a.E. HGB. Anders als Kleingewerbetreibende kann er die Eintragung nur rückgängig machen, wenn die Voraussetzungen des § 1 II HGB entfallen sind, z.B. Herabsinken zum Kleingewerbe.

7 Zur Bedeutung der Eintragung vergleiche den Verlauf der gestrichelten Linie im Feld bei Fußnote 11: Rechts der Linie besteht Kaufmannseigenschaft kraft Eintragung, im Fall 11, 15 fehlender Eintragung (links der Linie) ist der Landwirt allenfalls Scheinkaufmann.

12 Auch hier ist umstritten, ob der Antrag auf die vermeintlich deklaratorische Eintragung, der mangels Rechtsfolgewillens keine Willenserklärung ist, den Landwirt zum Kaufmann nach 15 §§ 2, 3 II HGB macht, siehe oben D II Rn. 10. Der nicht eingetragene Land-/Forstwirt muss

sich allenfalls im Falle zurechenbaren Verursachens eines Rechtsscheinstatbestandes wie ein Kaufmann behandeln lassen (Scheinkaufmann).

C. Kein Gewerbe

15, 16

4 **L**iegt kein Gewerbebetrieb vor, kommt eine Kaufmannseigenschaft des
16 Unternehmensinhabers nicht in Betracht. Allein nach den allgemeinen Grundsätzen der
15 Rechtsscheinhaftung muss sich eine Person, die zurechenbar den Rechtsschein der
Kaufmannseigenschaft geschaffen hat, wie ein Kaufmann behandeln lassen.

Zu den Voraussetzungen der Rechtsscheinshaftung vgl. Folie 4.

Fazit

Istkaufmann, § 1 II HGB

Kaufmann kraft Handelsgewerbes, Eintragung deklaratorisch

Kannkaufmann, § 2 HGB = Kaufmann kraft Eintragung

Eintragung konstitutiv. Anwendung auf Kleingewerbe direkt, Land-/Forstwirte wegen Verweisung in § 3 II HGB

Fiktivkaufmann, § 5 HGB

kein Kaufmann, sondern Fiktion bei unrichtiger Eintragung

Achtung Verwechslungsgefahr: Die Bezeichnung „Kaufmann kraft Eintragung“ in der nichtamtlichen Überschrift des § 5 HGB ist ungenau, da die unrichtig eingetragene Person nicht Kaufmann ist, sondern nur im Zivilrecht als Kaufmann *gilt* (Fiktion). Diese Fiktion gilt für und gegen jeden Dritten, ohne dass er sich besonders darauf „berufen“ muss.

Formkaufmann, § 6 HGB (vgl. Folie 6)

Kaufmann kraft Rechtsform (GmbH, AG; nicht: OHG und KG)

Scheinkaufmann

kein Kaufmann, sondern unter Umständen Behandlung wie ein Kaufmann nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung (nicht normiert; Folie 4.).

Das Handelsgeschäft gemäß § 343 HGB

Das Handelsrecht ist Sonderprivatrecht der Kaufleute. Es geht in seinem Anwendungsbereich als speziellere Regelung den Vorschriften des BGB vor; Art. 2 EGHGB. Diese Folie erläutert die Anwendbarkeit der §§ 346 ff HGB in Konkurrenz zu den Normen des BGB.

Voraussetzung der Anwendbarkeit der §§ 346 ff. HGB:

Handelsgeschäft

Legaldefinition des Handelsgeschäfts in § 343 I HGB (lesen!)

- A. [Kaufmann](#)
- B. [betriebliches](#)
- C. [Geschäft](#)

Das Geschäft muss für mindestens eine Seite ein Handelsgeschäft sein, § 345 HGB. Sollte ein beiderseitiges Handelsgeschäfts erforderlich sein, ist diese Voraussetzung im Gesetz ausdrücklich genannt, z.B. in § 353 HGB.

[A. Kaufmann](#)

- 1 **Z**um Kaufmannsbegriff im Prüfungsaufbau vgl. Folie und Kommentar 3a (in dieser Folie schematisch angedeutet), allgemein zum Kaufmann Folie und Kommentar 2.

[B. betrieblich](#)

- 2 **§** § 346 ff. HGB sind nur auf solche Geschäfte des Kaufmanns anwendbar, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Dabei handelt es sich um Geschäfte, die dem Zweck des Handelsgewerbes dienen, auch bei nur entferntem Zusammenhang oder Hilfsgeschäften.

Beispiele: Anschaffung eines Pkw für Geschäfts- und Privatgebrauch,
Bau von Betriebsgebäuden

Abgrenzung: Private Geschäfte des Kaufmannes zählen nicht dazu, z.B. Kaufverträge über Lebensmittel oder Möbel für den Haushalt des Kaufmannes.

Merke: In Zweifelsfällen gilt die Vermutung, dass das Geschäft betrieblich ist, § 344 I HGB.

C. Geschäft

3 Neben Rechtsgeschäften umfasst der Anwendungsbereich eines Handelsgeschäfts im Sinne des § 343 HGB auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen und Unterlassungen.

Beispiel: Mahnung, Leistung, Annahme der Leistung,
Schweigen im Handelsverkehr
Geschäftsführung ohne Auftrag

Abgrenzung: unerlaubte Handlungen, Verarbeitung von Sachen, Halten eines Kfz. Dies sind keine Geschäfte im Sinne des § 343 HGB.

KOMMENTAR ZU HANDELSRECHT FOLIE 3A

A. Kaufmann

Zur Einordnung des Kaufmannsbegriffs in den Prüfungsaufbau des Handelsgeschäfts vgl. Folie und Kommentar Nr. 3.

Kaufmannseigenschaft besitzt, wer

- ein Handelsgewerbe gemäß § 1 II HGB betreibt (dazu unten I. – III.) oder
- die Kaufmannseigenschaft kraft Eintragung gemäß §§ 2, 3 HGB erlangt hat (IV.) oder
- wegen einer Eintragung gemäß § 5 HGB als Kaufmann gilt (dazu unten V.),
- Formkaufmann gemäß § 6 HGB ist (dazu unten VI.) oder sich als Scheinkaufmann behandeln lassen muss (dazu unten VII.)

I. Gewerbe

Gewerbe ist jede selbstständige, planmäßige (besser: auf eine unbestimmte Vielzahl anbietender Geschäfte gerichtete), nach außen erkennbare, entgeltliche, nicht freiberufliche Tätigkeit.

1. Selbstständigkeit

Definition nicht auswendig lernen, Legaldefinition in § 84 I 2 HGB:

„...nach dem Gesamtbild der vertraglichen Gestaltung und tatsächlichen Handhabung bestehende, persönliche Möglichkeit, seine Tätigkeit und Arbeitszeit frei zu bestimmen.“

Kriterien: Freiheit im Arbeitsumfang (ohne Tagesplan und Arbeitspensum), Ort, Zeit, Art der Tätigkeit, Tragung des Unternehmerrisikos

Abgrenzung: nicht Arbeitnehmer, leitende Angestellte, Beamte

Das Phänomen der „neuen Selbstständigkeit“/Scheinselbstständigkeit bezeichnet einen sozialversicherungsrechtlichen Tatbestand (im Handelsrecht irrelevant).

Die Tätigkeit muss auf eine gewisse Dauer angelegt sein. Dazu zählen auch Saisonbetriebe, Wochenmärkte oder Messen, weil eine unbestimmte Vielzahl anbietender Geschäften angestrebt wird. Allein Geld auszugeben, ist keine solche *anbietende* Tätigkeit.

Abgrenzung: nicht nur mehrere Gelegenheitsgeschäfte (Möbelverkauf bei Umzug, Verkauf eines Jahreswagens wegen Neuanschaffung).

5 3. Entgeltlichkeit

Wirtschaftliche Tätigkeit am Markt nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen. Die Rechtsprechung verlangt dagegen **Gewinnerzielungsabsicht**. Doch ist dies reines Internum und kaum ein Indiz für Schnelligkeit oder Fähigkeit. Die Gewinnerzielungsabsicht wird bei Privaten vermutet, fehlt aber bei karitativen und oft bei öffentlichen Unternehmen.

6 4. Erkennbarkeit

Auch gegenüber Dritten äußerlich hervortretender Wille zum Auftritt am Markt.

Abgrenzung: Kapitalanleger, vermögensverwaltende Privatpersonen

5. Kein freier Beruf

7 Definition und Berufsgruppen nicht auswendig lernen!

Aufzählung in § 1 II 1, 2 PartGG (Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften, Schönfelder Nr. 50b), die formal nicht für das HGB gilt, in der Sache aber weitgehend doch. Dennoch können sich Freiberufler in einer Personenhandelsgesellschaft zusammenschließen, soweit das Berufsrecht dies zulässt, § 107 Abs. 1 S. 2 HGB.

Definition: *persönliche, eigenverantwortliche und unabhängige Erbringung von Dienstleistungen auf der Grundlage besonderer Qualifikation oder Begabung,*

Beispiele: Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wissenschaftler, Lehrer, Künstler

Abgrenzung: nicht Apotheker, Softwareentwickler, Fahrlehrer, nicht kommerzielle Tätigkeit in Randbereichen des freien Berufs (ärztliche Privatklinik, kommerzielle Kunst)

II. Betreiben des Gewerbes

Der Kaufmann muss im Unternehmen im eigenen Namen tätig werden (lassen).

Beispiele: Inhaber des einzelkaufmännischen Unternehmens
Erbe nur, wenn er das geerbte Handelsgeschäft fortführt

Abgrenzung: gesetzlicher Vertreter eines Minderjährigen,
Organ juristischer Person (Geschäftsführer der GmbH, Vorstand der AG)
beschränkt haftender Gesellschafter einer KG (Kommanditist)

Problem: persönlich haftender Gesellschafter (phG) einer OHG/KG

Bei persönlich haftenden Gesellschaftern einer OHG oder KG ist die Kaufmannseigenschaft umstritten (vgl. Baumbach/Hopt/Roth, 40. Auflage, § 105 HGB, Rn. 19 ff.). Dafür wird angeführt, dass der Gesellschafter die Geschäfte der Gesellschaft betreibt, und die Gesellschaft insofern negiert. Überzeugender ist es jedoch, auf den Zweck der handelsrechtlichen Vorschrift (z.B. § 350 HGB) abzustellen und die Schutzbedürftigkeit des Gesellschafters nach Fallgruppen zu prüfen.

Faustregel: Bei Geschäften der OHG ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter wie ein Kaufmann zu behandeln. Er kann für die Gesellschaftsschuld formlos bürgen, § 350 HGB. Bei persönlichen Geschäften des Gesellschafters sind §§ 346 ff. HGB hingegen nicht anwendbar.

III. Handelsgewerbe

Schließlich muss das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 II HGB sein. Das Vorliegen eines Handelsgewerbes wird für jeden Gewerbebetrieb vermutet. Diese Eigenschaft entfällt, wenn das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb **nicht** erfordert. Ein Handelsgewerbe erfordert in der Regel schon aus wirtschaftlichen Gründen eine kaufmännische Buchführung, Bilanzierung, Firma und Vertretung.

- 10 Die Art des Gewerbes beschreibt ein qualitatives Kriterium des Unternehmensgegenstandes. Der Umfang der Geschäftstätigkeit muss zudem quantitativ eine gewisse Größenordnung erreicht haben (z.B. Umsatz). Für die Handelsrechtsklausur ist es hinreichend, sich die auf der Folie genannten Beispiele einzuprägen. Beide Kriterien müssen **kumulativ** vorliegen (Wortlaut des § 1 II HGB „Art und Umfang“), fehlt eines, ist das Gewerbe kein Handelsgewerbe. M.E. erfolgt bei einem Jahresumsatz von etwa 100.000 - 500.000 € in der Praxis aber eine Gesamtabwägung, die Merkmale werden also nicht isoliert subsumiert.

11 **IV. Kaufmann kraft Eintragung gemäß §§ 2, 3 HGB**

Liegen die Voraussetzungen des § 1 II HGB nicht vor, kann die Kaufmannseigenschaft durch Eintragung in das Handelsregister erlangt werden (Kaufmann kraft Eintragung). Kleingewerbetreibende verfügen über die Eintragungsoption des § 2 HGB (Kannkaufmann), die wegen des Verweises in § 3 II HGB auch für Land- und Forstwirte gilt; zu Details vgl. [Folie 2](#) nebst [Kommentar](#).

V. Fiktivkaufmann § 5 HGB

Zudem gilt ein Kleingewerbetreibender, der zu Unrecht in das Handelsregister eingetragen ist, als Kaufmann gemäß § 5 HGB (Fiktivkaufmann - vgl. [Folie 2](#)).

12 **VI. Formkaufmann § 6 HGB**

Daneben erlangen bestimmte Gesellschaften die Kaufmannseigenschaft aufgrund ihrer Rechtsform (Formkaufmann). Auf den konkreten Unternehmensgegenstand (Betrieb eines Handelsgewerbes) kommt es nicht mehr an. Vgl. Folie 6.

13 **VII. Scheinkaufmann**

Schließlich kommt die Anwendbarkeit unter anderem der §§ 346 ff. HGB nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen in Betracht. Wer zurechenbar den Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft setzt, muss sich zu Gunsten schutzwürdiger Personen wie ein Kaufmann behandeln lassen (vgl. Folie 5).

Allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze im Handelsrecht

Die Bestimmungen der §§ 5 und 15 HGB reichen für die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht aus. § 5 HGB setzt die Eintragung der Firma im Handelsregister voraus, § 15 HGB greift nur, wenn eine eintragungspflichtige Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht (Abs. 1, sog. negative Publizität) bzw. eingetragen, aber unrichtig bekanntgemacht (Abs. 3, sog. positive Publizität) ist. Jedoch kann der Rechtsverkehr auch jenseits der handelsregisterlichen Lage Vertrauensschutz verdienen, etwa wenn sich ein Nichtkaufmann wie ein Kaufmann geriert.

Für Rechtsscheintatbestände außerhalb des Handelsregisters enthält das HGB indes keine Regelung. Um diese Lücke im Verkehrsschutz zu schließen, ist schon kurz nach Inkrafttreten des HGB die Lehre vom Scheinkaufmann entwickelt worden (*Hermann Staub*, Kommentar zum HGB, 6./7. Aufl., 1900, Exkurs zu § 5 Anm. 1). Ursprünglich wurde sie auf eine Analogie zu § 5 HGB gestützt; mittlerweile wird sie als ein Fall der allgemeinen Rechtsscheinhaftung betrachtet. Danach muss sich der Nichtkaufmann, der in zurechenbarer Weise den Rechtsschein setzt oder unterhält, Kaufmann zu sein, von dem hierauf vertrauenden „gutgläubigen“ Dritten wie ein Kaufmann behandeln lassen. Entsprechendes gilt für scheinbare Gesellschafter und scheinbare Handelsgesellschaften. Im allgemeinen Zivilrecht kommen Rechtsscheinsgrundsätze etwa bei Vertrauen eines Dritten auf eine nicht vorhandene Vollmacht zur Anwendung.

I. Allgemeine Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung

Eine Berufung auf den Rechtsschein ist immer dann möglich, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Rechtsscheintatbestand

- 2 Es muss der objektive Schein einer Sach- oder Rechtslage erzeugt worden sein. Ausreichend ist ein Vertrauenstatbestand jeder Art. Neben dem Auftreten eines Nichtkaufmanns als Kaufmann, sog. Scheinkaufmann, Erläuterung dazu unter II., können im Handelsverkehr insbesondere Scheingesellschafter (Bsp.: ein Angestellter gibt sich

als Gesellschafter einer OHG aus) oder Scheingesellschaften (Bsp: eine KG gibt sich im Rechtsverkehr als OHG aus) auftreten.

2. Zurechenbarkeit

3 Zurechenbarkeit bedeutet im Ergebnis Einstehenmüssen für den Rechtsschein. Die Rspr. und Teile der Lit. beurteilen dies bei positivem **Tun** nach dem Veranlassungsprinzip, beim **Unterlassen** nach dem Verschuldensprinzip (Röhricht/Graf von Westfalen/Haas/Ries, 5. Aufl. 2019, HGB Anh. § 5, Rn. 27 m.w.N.; a. A. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 473 ff.: sowohl für das Tun als auch das Unterlassen ist das Zurechnungskriterium eine wertende Risikozuteilung):

4 Wurde der Rechtsschein also durch eine Handlung desjenigen veranlasst, dem der Rechtsschein zugerechnet werden soll, ist ein Verschulden nicht erforderlich, es genügt, dass die rechtsscheinerzeugende Wirkung des in Frage stehenden Verhaltens objektiv voraussehbar ist.

Der Veranlassung steht es gleich, wenn ein Dritter oder äußere Umstände den Rechtsschein veranlasst haben und der Betroffene den Rechtsschein kennt oder ihn bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte kennen müssen und nichts gegen ihn unternimmt, obwohl er ihn hätte verhindern können. Das Bestehenlassen des Rechtsscheins muss dem 5 Betroffenen beim Unterlassen danach vorwerfbar sein (beim Handeln eines Dritten sind die Grundsätze der Anscheinsvollmacht heranzuziehen, BGH NJW 1956, 1673, 1674).

Allerdings ist zu Lasten Minderjähriger oder Geschäftsunfähiger keine Berufung auf einen gesetzten Rechtsschein möglich, da deren Schutz Vorrang hat (vgl. *Baumbach/Hopt/Merkt*, 40. Aufl. 2021, HGB § 5 Rn. 11).

3. Schuldloses Vertrauen des Dritten

6 Der Dritte ist nur dann schutzwürdig, wenn er schuldlos auf den Rechtsschein vertraute. Daran mangelt es nicht nur im Falle positiver Kenntnis vom wahren Sachverhalt, sondern auch bei fahrlässiger Unkenntnis. Es schadet analog §§ 173, 405 BGB (str.) schon leichte Fahrlässigkeit, von „Gutgläubigkeit“ zu reden wäre also wegen § 932 II BGB missverständlich. Allerdings sind im Verkehr (§ 276 II BGB) keine allzu strengen Anforderungen zu stellen; insbesondere besteht eine Nachforschungsobliegenheit im Einzelfall nur bei entsprechendem Umfang und Bedeutung des Geschäfts oder bei

Anlass zu Misstrauen (Baumbach/Hopt/Merkt, 40. Aufl. 2021, HGB § 5 Rn. 12 m.w.N.).

Besteht eine dem Rechtsschein entgegenstehende Registereintragung, so wird die Gutgläubigkeit des Dritten entgegen § 15 II HGB nicht gehindert, soweit die Berufung auf die Eintragung rechtsmissbräuchlich wäre (Bsp.: Auftreten einer GmbH & Co. KG als OHG trotz zutreffender Registereintragung, BGHZ 71, 354, 357 f.).

Der Dritte hat die Kenntnis vom Scheinatbestand selbst zu beweisen, allerdings soll genügen, dass er dessen wesentlichen Grundlagen kannte (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, § 6 Rn. 76 m.w.N.). Ist das der Fall, wird sein schuldloses Vertrauen auf den Scheinatbestand – wie z. B. auch bei §§ 173, 405, 932 II BGB – vermutet.

4. Kausalität zwischen Rechtsschein und der vom Dritten vorgenommenen Rechts- handlung

Schließlich muss der Dritte im Vertrauen auf den Rechtsschein disponiert haben. Hierfür genügt grundsätzlich schon der Abschluss des betreffenden Rechtsgeschäftes, also etwa des Vertrages mit dem Scheinkaufmann. Keine Rechtsscheinhaftung gibt es im reinen Unrechtsverkehr. Plakativ formuliert: Niemand lässt sich im Vertrauen auf jemandes Kaufmannseigenschaft anfahren.

Die Ursächlichkeit des Rechtsscheins für die Vertrauensdisposition hat einer Ansicht zufolge der Dritte zu beweisen (Baumbach/Hopt/Merkt, 40. Aufl., 2021, HGB § 5 Rn. 13); eine andere Ansicht plädiert in Anlehnung an die Beweislastverteilung bezüglich der Gutgläubigkeit und im Interesse der praktischen Wirksamkeit der Rechtsscheinhaftung für eine Beweislastumkehr zu Lasten des Scheinkaufmannes (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, § 6 Rn. 77, dort auch Nachweise aus der nicht einheitlichen BGH-Rechtsprechung).

II. Rechtsfolgen

7

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so kann sich der Dritte auf den Rechtsschein berufen oder die wahre Rechtslage geltend machen (Wahlrecht).

Im Einzelfall kann es auch zu einer Doppelhaftung des Vertretenen und desjenigen kommen, der den Rechtsschein verursacht hat (Bsp: Fortlassen des GmbH-Zusatzes durch einen Angestellten der GmbH, BGH NJW 1991, 2627: gesamtschuldnerische Haftung der GmbH – nach der Lehre vom unternehmensbezogenen Geschäft wurde in ihrem Namen gehandelt – und des Angestellten nach § 179 BGB analog, da er wie ein

Vertreter ohne Vertretungsmacht den Rechtsschein erweckt hat, eine Gesellschaft zu vertreten, für die Gesellschafter unbeschränkt haften; ein solcher Vertretener existiert nicht).

Weitere Rechtsfolgen, etwa Buchführungspflicht, treten nicht ein; insoweit bleibt der Scheinkaufmann, was er ist: Nichtkaufmann.

Die Rechtsfolgen gelten nach h. M. nur unter den Beteiligten, nicht gegenüber oder zu Lasten unbeteiligter Dritter, weil diesen der Rechtsschein nicht zugerechnet werden könne (BeckOK HGB/*Schwartze*, 33. Ed. 15.7.2021, HGB § 5 Rn. 62., Staub/*Oetker*, Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2009, § 5 Rn. 47; MüKoHGB/*K. Schmidt*, 5. Auflage 2021, Anh. § 5 Rn. 32; a. A. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, § 6 Rn. 26; Röhricht/*Graf von Westfalen/Haas/Ries*, 5. Aufl. 2019, HGB Anh. § 5, Rn. 47). Veräußert etwa ein Scheinkaufmann fremdes Eigentum, so führt der gute Glaube an Verfügungsbefugnis und Kaufmannseigenschaft nicht dazu, dass der Eigentümer sein Eigentum verliert.

II. Besonderheiten beim Scheinkaufmann

1. Anwendbarkeit

Aus dem eingangs Gesagten folgt, dass die §§ 5, 15 HGB vorrangig sind. Greift § 5 oder § 15 HGB, ist auf die Grundsätze über den Scheinkaufmann nicht mehr einzugehen (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, § 6 Rn. 9 f.).

2. Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft

Erforderlich ist, dass ein Nichtkaufmann dem Schein nach Kaufmann ist. Ein solcher Rechtsschein kann erzeugt werden

- von dem Betroffenen selbst oder einem Dritten
- durch ausdrückliche Erklärung oder schlüssiges Verhalten
- gegenüber der Öffentlichkeit oder einem Dritten.

Es genügt, dass ein Dritter bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände aus dem Verhalten die Kaufmannseigenschaft des Betreffenden folgern durfte (objektiver Empfängerhorizont).

Beispiele: Der kleingewerblich tätige Nichtkaufmann S

- erklärt ausdrücklich, Kaufmann zu sein,
- verwendet auf Geschäftspapier den Zusatz „e. K.“,

- macht großspurige Angaben über Art und Umfang seines Betriebes (z. B. „... – Großbetrieb“),
- erteilt „Prokura“.

Insbesondere im Bereich bloß konkludenten Verhaltens ist das Vorliegen eines Rechtsscheins sehr sorgfältig zu prüfen. Das Verwenden von Einrichtungen, die von Rechts wegen Kaufleuten vorbehalten ist, etwa Prokuraerteilung, reicht aus, nicht aber ein Verhalten, das nur tatsächlich (!) für Kaufleute typisch, Nichtkaufleuten indes ebenso möglich ist, etwa Verwenden von AGB, aufwendigen Briefköpfen, Angabe mehrerer Geschäftskonten, Eintragung im Branchenfernsprechbuch (str.).

Streitig ist, ob der Rechtsschein in sich stimmig sein muss. Das ist etwa nicht der Fall, wenn ein nicht im Handelsregister eingetragener Kleingewerbetreibender vorgibt, als solcher Kaufmann zu sein. Die hM wendet zum Schutz des Dritten bei Scheinkaufleuten grundsätzlich alle Normen an und differenziert nicht nach ihrer evtl. Dispositivität (MüKoHGB/*Krebs*, 5. Aufl. 2021, § 15 Rn. 112, anderer Ansicht *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, § 6 Rn. 12). Bei besonderer Rechtskenntnis des Dritten ist er nicht schützwürdig (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Kindler* HGB § 5 Rn. 56 und 71).

3. Zurechenbarkeit

Umstritten ist, ob der Rechtsschein auch im Geltungsbereich zwingender Schutzvorschriften, z. B. § 766 S. 1 BGB, wirkt.

Nach einer Ansicht tritt der Schutz des zwingenden Zivilrechts nur zurück, wenn Kann-Kaufleute i. S. d. §§ 2, 3 II HGB betroffen sind, da diese die Ausnahmenvorschriften auch durch die Ausübung der Kaufmanns-Option nach § 2 S. 2 HGB zur Anwendung bringen könnten. Es könne keinen Unterschied machen, auf welche Weise sich der scheinkaufmännische Kann-Kaufmann in den Anwendungsbereich des Handelsrechts begeben. Gegenüber scheinkaufmännischen Nichtgewerbetreibenden greife die durch das Handelsrecht vorgenommene Erweiterung der Privatautonomie hingegen nicht, da „andererseits untragbare Wertungswidersprüche entstünden“ (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Auflage 2006, § 6 Rn 25): Die Wirkung des von einer Person gesetzten Rechtsscheintatbestandes könne nicht weiter reichen als die Wirkung einer von ihr abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung. Könne auf die Geltung zwingenden Rechts nicht einmal rechtsgeschäftlich verzichtet werden, dann dürfe schon gar nicht der schlichte Zusatz „e. K.“ o. Ä. ausreichen. Insoweit greife aber häufig die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB oder §§ 280, 311 II, 241 BGB

(c.i.c.) ein (*Canaris*, a. a. O.; im Anschluss daran, Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Kindler*, HGB, 4. Auflage 2020, § 5 Rn. 84).

Nach h. M. sollen die Ausnahmen von zwingenden Schutzvorschriften (z. B. §§ 348, 350, 355 Abs. 1 HGB, §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO) uneingeschränkt auf alle Arten von Scheinkaufleuten anzuwenden sein. Der Scheinkaufmann sei hinsichtlich aller privatrechtlichen und zivilprozessualen Rechtsfolgen seines Auftretens im Rechtsverkehr im Verhältnis zum gutgläubigen Dritten wie ein Kaufmann zu behandeln. Der Gegenansicht wird ein falscher Ansatz vorgehalten: Die Rechtsscheinlehre diene dem Schutz des redlichen Verkehrs, maßgeblich sei dessen Perspektive und nicht die des Scheinkaufmanns. Daher sei unerheblich, ob der Scheinkaufmann rechtsgeschäftlich auf Schutzvorschriften verzichten könne (pointiert OLG Frankfurt/M., WM 1974, 1082, 1083: „Wer auf die Erklärungen des Geschäftspartners vertraut und getäuscht wird, ist schutzwürdiger als derjenige, der als Vollkaufmann auftritt, ohne es zu sein.“; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Auflage 2014, § 10 VIII 4 a; i. E. ebenso *Baumbach/Hopt/Merkt*, 40. Auflage 2021, HGB § 5 Rn. 14; ähnlich für die zwingenden Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf BGH, NJW 2005, 1045).

Kommission

Beispiel für einen Fall der **Verkaufskommission**:

Studentin S möchte ihre abgetragenen Jeans über einen Second-Hand-Shop veräußern. Der Verkäufer V bietet ihr an, die Hose in seinem Laden aufzuhängen und sie „auf Kommission“ zu verkaufen.

1 Auf den hier abgeschlossenen Vertrag sind §§ 383 ff. HGB anzuwenden. V ist Kommissionär, S ist Kommittentin. Nach § 383 II HGB ist das selbst dann der Fall, wenn es sich bei dem Second-Hand-Shop lediglich um einen kleingewerblichen, nicht kaufmännischen Betrieb handelt. Die Kaufmannseigenschaft des Kommittenten ist nach § 345 HGB mangels näherer Bestimmung in den Vorschriften über die Kommission nicht erforderlich.

2 Beispiel für einen Fall der **Einkaufskommission**:

B ist leidenschaftlicher Briefmarkensammler. Da er eine vollständige Kollektion der in der DDR ausgegebenen Marken anstrebt, beauftragt er den Briefmarkenhändler K, ihm die noch fehlenden Marken aus dem Jahr 1975 zu besorgen und diese in eigenem Namen zum Preis von 5.000 € anzukaufen.

Es liegt ein Fall der Einkaufskommission, der ebenfalls den §§ 383 ff. HGB unterliegt, vor. Kommissionär ist K, Kommittent B. Hier ist besonders darauf zu achten, dass der Ankauf durch die Vermittlungsperson in eigenem Namen, jedoch auf Rechnung des Auftraggebers erfolgen muss. Tritt die Vermittlungsperson dagegen offen im Namen des Hintermanns als dessen Stellvertreter nach § 164 BGB auf, so fehlt es für ein Kommissionsgeschäft am Handeln in eigenem Namen.

3 **Kommissionsvertrag**

Der Kommissionsvertrag ist ein Sonderfall des Geschäftsbesorgungsvertrags gemäß § 675 BGB. Die Vorschrift ist deshalb mit ihrer Verweisung in das Auftragsrecht neben §§ 383

ff. HGB ergänzend anwendbar. Bei einem einzelnen Ausführungsgeschäft hat der Geschäftsbesorgungsvertrag meist keinen Dienst-, sondern Werkvertragscharakter, so dass der Kommissionär etwa nicht nach § 627 BGB kündigen kann.

4

Rechte des Kommissionärs

Der Kommissionär erhält gemäß § 396 I HGB **Provision** für seine Bemühungen bei Ausführung des Geschäfts. Ausführung ist gegeben, wenn der wirtschaftliche Erfolg durch Leistung an den Kommissionär im Wesentlichen hergestellt ist. Dabei kommt es grundsätzlich nur auf die Leistungserbringung durch den Dritten an, da der Kommittent gerade an dieser Leistung interessiert ist.

Darüber hinaus hat der Kommissionär gegen den Kommittenten Anspruch auf **Aufwendungsersatz** nach §§ 675, 670 BGB. Dazu gehören allerdings nicht Arbeitskosten oder Geschäftskosten des Kommissionärs, da diese bereits durch die Provision abgegolten sind.

5

Vorschuss

In Falle der Einkaufskommission benötigt der Kommissionär die entsprechenden Mittel, um die bestellte Sache zu erstehen. Dazu kann er vom Kommittenten gemäß §§ 675, 669 BGB **Vorschuss** verlangen. Der entsprechende Aufwendungsersatzanspruch gegen den Kommittenten besteht erst mit tatsächlich getätigter Aufwendung.

6

Rechtslage des Kommittenten

Sachenrechtliche Verfügungsgeschäft

Da der Kommissionär das Verpflichtungsgeschäft in eigenem Namen vornimmt, wird er auch das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft in eigenem Namen abschließen. Dies ist nicht zwingend, ist aber – da der Kommittent i.d.R. gegenüber dem Dritten nicht genannt wird – die Regel. Daraus folgt, dass bei der Übereignung der durch den Kommissionär im Rahmen der Einkaufskommission erstanden Sache zunächst der Kommissionär Eigentum erlangt. Um eine möglichst schnelle Übereignung an den Kommittenten sicherzustellen, wird im Kommissionsvertrag in der Regel vereinbart, dass das Eigentum an der Sache nicht erst mit

Einigung und Übergabe nach § 929 S.1 BGB, sondern schon durch vorweggenommene Einigung und vorweggenommene Vereinbarung eines Besitzkonstituts nach §§ 929, 930 BGB auf den Kommittenten übergeht. Die Gefahr, dass Gläubiger des Kommissionärs auf die Sache zugreifen können, wird damit auf den Moment einer juristischen Sekunde begrenzt.

7

Forderungen des Kommittenten

Forderungen aus dem Kommissionsgeschäft – insbesondere der **Kaufpreis** bei der Verkaufskommission – kann der Kommittent erst nach Abtretung durch den Kommissionär gegen den Dritten geltend machen, § 392 I HGB. Um zu verhindern, dass vor Abtretung Gläubiger des Kommissionärs auf die wirtschaftlich dem Kommittenten zustehende Forderung zurückgreifen, gelten diese Forderungen gegenüber den Gläubigern bereits vor Abtretung als Forderungen des Kommittenten, § 392 II HGB.

Ob § 392 II HGB analog auch auf die Pfändung der Sache bei einer Einkaufskommission (Fußnote 6) anzuwenden ist, ist umstritten und wird von der h.M. abgelehnt, vgl. MüKoHGB/Häuser, 5. Aufl. 2021, § 392 Rn. 46.

8

Beispiel zur **Drittschadensliquidation**:

Unternehmer Wendt beauftragt Kommissionär Bär mit dem Ankauf von Rohstoffen. Es meldet sich Verkäufer Müller, der mit Bär einen entsprechenden Kaufvertrag schließt. Da Müller aber erst weit nach dem vereinbarten Termin liefert, entgeht Wendt ein besonders lukratives Geschäft. Er verlangt nunmehr den entgangenen Gewinn als Verzögerungsschaden gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB.

Ein vertraglicher Anspruch steht Wendt mangels eigener Vertragsbeziehung nicht gegen Müller zu, sondern allenfalls gegen Bär. Doch kann dieser fehlendes Verschulden einwenden, so dass Wendt hier leer ausgehen würde. Ein Anspruch aus § 823 I BGB gegen Müller entfällt ebenfalls, da Wendt mangels Eigentum an den Rohstoffen lediglich ein Vermögensschaden – entgangener Gewinn – entstanden ist. Bär selbst kann ebenfalls keinen Anspruch gegen Müller geltend machen, da er keinen Schaden hat. Im Ergebnis müsste Müller so aufgrund der zufälligen Schadensverlagerung keinen Ersatz leisten.

Um diese grob unbillige Lösung zu vermeiden, wird über die Figur der Drittschadensliquidation der Schaden zum Anspruch gezogen. Bär als vertraglicher Anspruchsinhaber kann damit den Schaden des Wendt von Müller verlangen. Wendt kann

nunmehr aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag mit Bär von diesem nach §§ 675, 667 BGB
Abtretung des Anspruchs von Bär gegen Müller fordern.

Fracht und Spedition

Fracht und Spedition

Fracht und Spedition unterscheiden sich dadurch, dass der Frachtführer den Transport selbst übernimmt, § 407 HGB, während der Spediteur den Transport des Gutes organisiert, § 453 HGB. Fracht- und Speditionsgeschäft sind allein auf den Transport von Gütern gerichtet. Die Beförderung von Personen ist anderweitig geregelt, vgl. MüKoHGB/*Thume*, 4. Auflage 2020, § 407 Rn. 57 und MüKoHGB/*Bydlinski*, 4. Auflage 2020, § 453 Rn. 63.

§§ 407 ff. HGB gelten für fast alle Verkehrsträger, einschließlich der Beförderung mit Luftfahrzeugen innerhalb Deutschlands. Lediglich die in §§ 556 ff. HGB geregelten Seefrachtgeschäfte bleiben ausgeklammert

Fracht

Der **Frachtführer** muss kein Kaufmann, aber Gewerbetreibender sein. Auch auf den kleingewerblich tätigen Frachtführer finden §§ 348-350 HGB gemäß § 407 III 2 HGB Anwendung.

Sondervorschriften für besondere Frachtverträge finden sich in §§ 451-451 h HGB für den Umzugsvertrag und in §§ 452-452 d HGB für den multimodalen Transport.

Multimodaler Transport ist der Transport mit verschiedenen Beförderungsmitteln aufgrund eines einheitlichen Frachtvertrages, insbesondere beim Containertransport.

Der Frachtvertrag gemäß § 407 HGB wird zwischen Absender und Frachtführer geschlossen. Absender kann auch der Spediteur bzw. ein anderer Frachtführer (vgl. § 437 HGB) sein. Regelungen aus dem Werkvertragsrecht bzw. aus dem Recht der Geschäftsbesorgung des BGB haben für den Frachtvertrag aufgrund der detaillierten Ausgestaltung im HGB kaum noch praktische Bedeutung.

Zur gesetzlichen Begrenzung des Schadensersatzes §§ 426, 427 HGB.

5 Nach § 421 HGB hat der Empfänger seit der Transportrechtsreform 1998 einen eigenen Anspruch gegen den Frachtführer. Der klassische Fall der Drittschadensliquidation bei Versendungskauf scheidet daher zumindest bei einem gewerblichen Transport aus.

6 Spedition

Der **Speditionsvertrag** ist grundsätzlich nicht auf die Beförderung durch den Spediteur selbst gerichtet, sondern auf die Organisation (Logistik) der durch Dritte ausgeführten Versendung. Der Spediteur hat jedoch ein Selbsteintrittsrecht nach § 458 HGB, bei dessen Ausführung er die Stellung eines Frachtführers erlangt.

Der Spediteur muss Gewerbetreibender sein, auf die Kaufmannseigenschaft kommt es jedoch nicht an, § 453 III 2 HGB.

Der Spediteur schließt nach dem gesetzlichen Grundmodell die Ausführungsverträge (Fracht-, Seefracht-, Lagervertrag) in eigenem Namen, aber für Rechnung des Versenders (vgl. § 457 HGB). In diesem Fall bestehen strukturelle Parallelen zum Kommissionsgeschäft (vgl. Folie 7). Nach § 454 III HGB kann der Spediteur die Verträge aber auch im Namen – und damit als Stellvertreter – des Versenders abschließen, sofern er dazu bevollmächtigt ist. Im Gegensatz zum Kommissionär bleibt er trotzdem Spediteur i.S.d. §§ 453 ff. HGB.

In den praxisrelevanten Fällen des Selbsteintritts (§ 458 HGB), der Sammelladung (§ 460 HGB) sowie der Fixkostenspedition (§ 459 HGB) findet Frachtrecht Anwendung

7 Die Pflichten des Spediteurs ergeben sich aus § 454 I, II, III HGB.

Der Spediteur kommt seinen Pflichten bereits mit Abschluss des Ausführungsgeschäfts nach (vgl. § 454 II 2 HGB), so dass die Versendung selbst nicht mehr zu seinen Pflichten zählt und der Transporteur nicht Erfüllungsgehilfe des Spediteurs i.S.d. § 278 BGB ist.

Zur Haftung des Spediteurs vgl. §§ 461, 462 HGB.

Wegen §§ 455, 454 II S. 2 HGB zählen Versicherung/ Verpackung/Kennzeichnung/Verzollen nur dann zu den Pflichten des Spediteurs, wenn dies besonders vereinbart ist oder sich aus einem Handelsbrauch ergibt.

Der Spediteur hat für alle durch den Speditionsvertrag entstandenen sowie wegen unbestrittener Forderungen aus anderen durch den Spediteur abgeschlossenen Transportgeschäften ein gesetzliches Pfandrecht an dem in seinem Besitz befindlichen Gut, § 464 HGB. Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf Begleitpapiere, §§ 464 S. 2, 441 I S.2 HGB.

- 8 Wer im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer den Transport zu veranlassen und zu bezahlen hat, kann durch Bezugnahme auf Incoterms vereinbart werden (Folie 9).

Incoterms sind ein Regelwerk der Internationalen Handelskammer in Paris zur Auslegung von Handelsklauseln. Sie erfreuen sich großer Beliebtheit, da der Bezug auf eine der insgesamt dreizehn Klauseln die Bedingungen und Regeln für die technische Durchführung des Transports auf einfache Weise bestimmt (insbesondere die Kostentragung für Transport, Versicherung und Zoll).

Es sind vier Transportgruppen vorgesehen. Jede der dreizehn Klauseln unterfällt einer der Gruppen, z.B. (näher Folie 9)

EXW Abholklausel, ab Werk

DAF Ankunfts-klausel, geliefert bis zur Grenze (...benannter Ort).

LAGERGESCHÄFT

Erläuterungen zu den auf der Folie verwendeten Begriffen

Fußnote Erläuterung

- 1 Der Lagervertrag ist ein Spezialfall des Verwahrungsvertrags, §§ 688 ff. BGB sind ergänzend anwendbar. Der Lagerhalter schuldet nicht nur die Aufbewahrung als solche, sondern darüber hinaus (vgl. § 475 HGB)
- ordnungsgemäße Unterbringung,
 - Sicherung gegen Verlust, Beschädigung und Zugriff Dritter,
 - regelmäßige Kontrolle des verwahrten Guts,
 - Unterrichtung des Einlagerers über Veränderungen und ggf. Pflicht zum Selbsthilfeverkauf (§§ 471^{II} 3, 373^{II} HGB),
 - Herausgabe an den Einlagerer jederzeit (§ 473^I 1 HGB)

Der Einlagerer kann sich vom Lagerhalter einen Lagerschein nach §§ 475c ff. HGB ausstellen lassen. Der Lagerschein ist ein Wertpapier und ermöglicht bei der Ausgestaltung als Orderpapier die Übertragung des eingelagerten Guts allein durch Übertragung des Papiers (das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier), § 475g HGB.

- 2 **Einzellagerung** ist der gesetzliche Regelfall – die Sache, die **im Eigentum des Einlagerers** verbleibt, muss getrennt von anderen verwahrt werden und ist als solche wieder herauszugeben.
- 3 **Sammellagerung** bietet sich bei vertretbaren Sachen an, (z.B. Getreide im Silo, Sand auf der Baustelle), sie muss ausdrücklich vereinbart werden. Hier ist nicht die Sache selbst, sondern der entsprechende **Bruchteil** an dem vermischten Gut, dessen Eigentümer der Einlagerer ist, herauszugeben (§ 469^{II, III} HGB).

- 4 Bei **unregelmäßiger Verwahrung** geht das Eigentum an der Sache und der Besitz **auf den Verwahrer** über (§ 700 BGB). Es muss sich um eine vertretbare Sache handeln, die in gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren ist (§ 700 BGB i.V.m. § 607 BGB; bei Geld i.V.m. § 488 BGB).

Erläuterungen zu Folien 10, 11

A. Grundsatz:

Für einen Vertragsschluss sind normalerweise zwei korrespondierende Willenserklärungen erforderlich. Im Allgemeinen ist das Schweigen auf ein Vertragsangebot dabei weder als eine Annahme noch als eine Ablehnung zu deuten (vgl. auch § 241a BGB für unbestellte Waren).

Etwas anderes gilt bei einer vertraglichen Vereinbarung, nach der dem Schweigen eine bestimmte Bedeutung zukommen soll. Dann kann darin (i.V.m. der Abrede) ausnahmsweise eine Willenserklärung liegen. Der Erklärungsempfänger muss dann freilich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf die Abgabe einer Erklärung schließen dürfen.

B. Ausnahmen im HGB

Von jeder Regel gibt es Ausnahmen: Teilweise sind diese im BGB (vgl. z.B. §§ 108 II S. 2, 177 II, 146 I, 496 S. 2, 516 II S. 2, 568, 625 BGB) teilweise im HGB normiert. Nur selten wird dem Schweigen vom Gesetz der Wert einer Annahmeerklärung zugewiesen (vgl. Folie 10a). Im Handelsrecht sind hier vor allem das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben (§ 346 HGB) und die Fälle des § 362 HGB zu nennen (vgl. aber auch § 377 HGB). Nicht zu verwechseln sind die genannten Regelungen mit § 151 BGB. Dieser enthält eine Sonderregelung, wonach die Annahme ausnahmsweise nicht dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, d.h. nicht empfangsbedürftig ist.

Ausführlich zu der Bedeutung des Schweigens, MüKoBGB/*Kramer*, 8. Auflage 2018, Vor § 116 Rn. 8 ff.

I. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben und dessen Rechtsfolgen werden auf den Folien 11, 12 behandelt. Auf deren Kommentierung kann hier verwiesen werden.

II. § 362 HGB

§ 362 HGB erfasst das Schweigen auf einen Antrag zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags mit branchentypischen Inhalt.

Von seiner Konzeption knüpft § 362 HGB an zweierlei an: Einerseits beruht die Regelung auf einem vom Kaufmann geschaffenen Rechtsschein, andererseits schützt die Norm ein Vertrauen der potentiellen Vertragspartner des Kaufmanns auf den kaufmännischen Verkehr. Der Antragende soll binnen kurzer Zeit wissen, ob der gewünschte Vertrag zustandegekommen ist oder nicht (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Eckert HGB, 4. Auflage 2020, § 362 Rn. 2 aE).

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 362 I vor, so wird auf der Rechtsfolgenseite die Annahmeerklärung vom Gesetz fingiert (Fiktion). Abzugrenzen ist die Vorschrift nach der Rechtsfolge also von § 663 S. 2 BGB, der im Übrigen ähnlich ist. Als Rechtsfolge wird dort keine Erklärung fingiert, sondern Schadensersatz geschuldet. § 663 BGB genügt dafür der Tatbestandsseite jedes öffentliche Erbieten.

Bei dem Schweigen von Rechtsanwälten besteht mit § 44 BRAO eine weitere Sondervorschrift.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Der Begriff der **Geschäftsbesorgung** entstammt dem Auftragsrecht (§§ 662 ff. BGB). Er erfasst sämtliche (rechtsgeschäftliche und rein tatsächliche) Tätigkeiten für einen anderen in dessen Interesse, die kein dauerndes Dienstverhältnis begründen.

b) Empfänger

Zunächst muss der Antragsempfänger Kaufmann sein. Dazu sei auf die Folien 2 ff. nebst Kommentierung verwiesen. Überdies muss der Empfänger entweder ein solcher Kaufmann sein, *dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt* (S. 1 dazu aa)) oder er muss sich gegenüber dem *Antragenden zur Besorgung solcher Geschäfte erboten haben* (S. 2 dazu bb)).

aa) Gewerbebetrieb, der die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt

Unter die Gewerbebetriebe im Sinne des § 362 I Satz 1 HGB fallen z.B. die des Kommissionärs, des Lagerhalters, des Frachtführers sowie des Spediteurs, des Verwalters, des Treuhänders zudem die Geschäfte der Agenten und Verwalters. Auch Bank- und Börsengeschäfte können, sofern die Tätigkeit über die reine Darlehensgewährung hinausgeht, unter die Geschäftsbesorgungen des § 362 HGB fallen. Der Fall ist dies insbesondere bei Zahlungs-, Überweisungs- und Einziehungsaufträgen, bei Finanzierungen und Sanierungen.

Als weiteres Tatbestandsmerkmal muss der Kaufmann mit dem Antragenden in einer Geschäftsverbindung stehen.

Das Bestehen einer **Geschäftsverbindung** im Sinne des § 362 I Satz 1 setzt voraus, dass zwischen den Parteien eine auf Dauer angelegte geschäftliche Beziehung besteht. Dass die Parteien die wiederholte Durchführung von Geschäften beabsichtigen, muss dabei objektiv erkennbar sein. Dementsprechend genügt es nicht, wenn die Parteien früher einmal Geschäfte abgeschlossen haben. Abzustellen ist auf den nach außen erkennbaren Willen, in Zukunft miteinander geschäftlich zu verkehren. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Geschäftsverbindung ist der des Antragszugangs.

bb) zur Besorgung solcher Geschäfte erboten

Anders als § 362 I S. 1 HGB, knüpft § 362 I Satz 2 HGB an das vorausgegangene Anerbieten einer Geschäftsbesorgung seitens des Erklärungsempfängers an.

Das betreffende Geschäft muss aber nicht typischerweise zu dem Handelsgeschäft des Anerbietenden gehören. Die zu übernehmenden Geschäfte werden nämlich durch das Anerbieten selbst bestimmt. Je weitreichender sich der Kaufmann zu Geschäftsbesorgungen erboten hat, desto größer ist der Kreis der Anträge, auf die er antworten muss.

Das Anerbieten stellt eine *invitatio ad offerendum* dar. Es enthält folglich lediglich die Aufforderung an die Adressaten der *Invitatio*, ihrerseits dem Anerbietenden einen Antrag auf den Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages zukommen zu lassen. Der Adressat muss individualisierbar sein. Kein Anbieten i. S. d. § 362 I S. 2 HGB liegt deshalb durch die Werbung mit Massenmedien, Postwurfsendungen oder die Internetseite vor.

c) Antrag

Der Antrag ist eine einseitige, für sich schon bindende empfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. § 145 BGB), die auf einen Vertragsschluss gerichtet ist. Enthält der Antrag einen Zusatz „freibleibend“, so bedeutet dies in der Regel, dass sich der Anbietende auch noch nach Eintreffen der Annahmeerklärung die Entscheidung über den Vertragsschluss vorbehalten möchte (BGH NJW 1958, 1628f).

Der Antrag muss auch derart bestimmt sein, dass es dem Erklärungsempfänger möglich ist, seinen Willen hinsichtlich der Annahme oder Nichtannahme des Angebotes zu bilden, regelmäßig also durch bloße Zustimmung („ja“) angenommen werden können. Für den Zugang gelten die allgemeinen Regeln: Zugang liegt vor, wenn der Antrag dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass unter gewöhnlichen Umständen mit seiner Kenntnisnahme zu rechnen ist. Inhalt und Zugang des Antrags muss der Antragende beweisen.

2. Schweigen und Rechtsfolge:

Wird auf einen Antrag hin geschwiegen, so gilt die Annahme als fingiert. Der Kaufmann muss, wenn er diese Folge vermeiden will, unverzüglich (§ 121 BGB) antworten. Es schadet aber nur Schweigen. Antwortet der Empfänger sofort, sei es auch nur in dem Sinne, dass die Vertragsverhandlungen in der Schwebe gehalten oder hinausgezögert werden, besteht für § 362 HGB kein Raum. Der Auftraggeber kann dann nicht mehr darauf vertrauen, dass der Auftrag ausgeführt wird; er weiß vielmehr, woran er ist. Allerdings kann ein solches hinauszögerndes Verhalten eine Vertrauenshaftung nach den §§ 311 II, 280 I BGB auslösen (vgl. BGH NJW 84, 866).

Wird z.B. bei dem Auftraggeber das Vertrauen erweckt, dass der Auftrag angenommen werde, und dieser schuldhaft davon abgehalten, das Geschäft auf andere Weise durchzuführen, macht er sich schadensersatzpflichtig, wenn er den Auftrag so spät ablehnt, dass der Kunde seine Chance auf anderweitige Erledigung des Geschäfts verliert (BGH a.a.O.).

Für die Anfechtung des Schweigens gilt das zu Folie 11 Ausgeführte entsprechend.

Erläuterungen zu den Folien 11 und 12

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben

I. Grundsatz:

Nach den Grundsätzen über das kaufmännische Bestätigungsschreiben gilt das Schweigen auf ein solches Schreiben als Zustimmung. Dem Schweigen kommt dann eine Erklärungsfunktion zu. Ist der Absender redlich und der Empfänger Kaufmann oder eine gleichgestellte Person (*dazu unten III*), kommt der Vertrag so zustande, wie er im Bestätigungsschreiben niedergelegt ist. Das Bestätigungsschreiben bestätigt entweder den tatsächlichen Inhalt der bisher mündlich getroffenen Vereinbarungen, dient dann dem Beweis, oder es ändert bzw. ergänzt den Inhalt des bislang Vereinbarten und lässt damit den Vertrag erst zustande kommen. Das Schreiben muss allerdings erkennbar dazu bestimmt sein, einen Vertragsschluss und den Inhalt der getroffenen Vereinbarungen verbindlich festzulegen.

Ein Bestätigungsschreiben hat als Beweisurkunde die Vermutung für sich, dass es den bestätigten Vertragsschluss vollständig und richtig festhält.

II. Herleitung:

Die Herleitung der Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist ebenso wie dessen dogmatische Einordnung umstritten. Allgemein gilt das kaufmännische Bestätigungsschreiben als Bestandteil eines Handelsbrauchs, nach dem Vertragsverhandlungen zu bestätigen sind und bei Abweichung vom Vereinbarten zu widersprechen ist („*Qui tacet consentire videtur*“ - Wer schweigt gilt als zustimmend). Unterbleibt ein gebotenerer Widerspruch, so ist dies typischerweise als Einverständnis zu werten.

Teilweise wird das Bestätigungsschreiben als Unterfall des objektiven Verkehrsschutzes (vgl. dazu *K. Schmidt HandelsR* 6. Aufl., § 19 III 1 c), als Unterfall der Rechtsscheinhaftung kraft verkehrsmäßig typisierten Vertrauens (*Canaris Handelsrecht*, 24. Aufl. 2006, § 23 Rn. 9; lesenswert zum Streitstand) gesehen oder

mit den Grundsätzen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre begründet (MüKoBGB/*Busche*, 8. Auflage 2018, § 147 Rn. 11 ff. – dort kann eine ausführliche Auseinandersetzung nachgelesen werden).

Bestätigungsschreiben kommen in zwei Grundformen vor: Als deklaratorisches und als konstitutives Bestätigungsschreiben. Im ersten Fall ist der Vertrag bereits so zustande gekommen, wie er in dem Schreiben niedergelegt ist. Das Bestätigungsschreiben ist dann letztlich nur eine Art Beweismittel. Im zweiten Fall wird der Vertrag erst durch das konstitutiven Bestätigungsschreiben herbeigeführt (s. unten Fallgruppen). Wenn der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens diesem nicht unverzüglich widerspricht, so gilt der Vertrag, auf den darin Bezug genommen ist, grundsätzlich als mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande gekommen. Auf einen entsprechenden Willen des Empfängers kommt es nicht an (s. aber unten IV).

III. Adressatenkreis

Folie 12 Punkt 1

Als Absender und Empfänger eines Bestätigungsschreibens kommt jeder in Betracht, der als Kaufmann oder ähnlich wie ein Kaufmann am Verkehr teilnimmt, wenn er damit rechnen muss, dass ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird. Es kommen daher auch Freiberufler, z.B. Rechtsanwälte, Architekten und Insolvenzverwalter als Absender oder Empfänger eines Bestätigungsschreibens in Betracht.

Fallgruppen:

Da die Dogmatik der Bestätigungsschreiben sehr umstritten ist, sind die anzuwendenden Grundsätze stark von der Judikatur geprägt. Es erscheint daher zweckmäßig, sich einen Überblick anhand von Fallgruppen zu verschaffen.

Fallgruppe 1: Geringfügige Abweichung

Die Parteien haben sich mündlich geeinigt. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben weicht davon aber geringfügig ab. Häufig tritt dieser Fall bei

der Übersendung von AGB nach Abschluss der Vertragsverhandlungen auf. Wenn sich allerdings zwei Bestätigungsschreiben kreuzen, dann kann im Schweigen regelmäßig keine Zustimmung zum Inhalt des Schreibens der anderen Seite liegen.

Widersprechen sich die beiden Schreiben indes nicht und eines von beiden enthält kleine Ergänzungen, durch die die andere Seite nicht überrascht wird, kommt ein Vertrag zustande (vgl. BGH NJW 1966, 1070 f)

Fallgruppe 2: Keine Einigung

Folie 11 Mitte

Die Parteien haben sich tatsächlich nicht geeinigt, obwohl sie es glaubten bzw. eine Partei es behauptet hat.

Rechtsfolge: Kein Vertragsschluss erfolgt hier durch das Bestätigungsschreiben, solange streitig ist, ob mündlichen Verhandlungen stattfanden. Dann entfernt sich der Inhalt des Bestätigungsschreibens nämlich so erheblich von dem Verhandlungsergebnis, dass der Gegner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben mit dem Einverständnis des Empfängers redlicherweise nicht rechnen darf (BGH NJW 1994, 1288). Anders aber: BGH NJW 1974, 991: Auf Anfrage schickte ein Hersteller eine schriftliche Bestätigung des Kaufvertrags über Pommes Frites. Der Beklagte hatte nicht reagiert und behauptet, dass telefonisch kein Vertrag geschlossen wurde. Hier hat der BGH einen Vertragsschluss angenommen. Der Empfänger trägt danach also die Beweislast für das Fehlen eines Vertragsschlusses (problematisch).

Fälle: BGH NJW 1994, 1288 – Holzschnitzel; Zum Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, wenn darin auf einen Vertrag Bezug genommen wird, dessen Abschluss der Empfänger des Bestätigungsschreibens ausdrücklich abgelehnt hatte.

Eine Anwendung der Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist auch ausgeschlossen, wenn das Bestätigungsschreiben unzumutbare oder branchenunübliche Bedingungen enthält. Die Rechtsprechung ist mit den Maßstäben allerdings großzügig. So sollen die Grundsätze über das Bestätigungsschreiben auch

dann noch anwendbar sein, wenn das Bestätigungsschreiben ein doppelt so hohes wie das (zuvor) vereinbarte Entgelt enthält (BGH NJW 1969, 1711, 1712).

Eine Zurechnung des Schweigens des Empfängers kommt auch nicht in Frage, wenn der Absender den Inhalt des Vereinbarten bewusst falsch oder entstellt wiedergibt oder wenn er bewusst einen Vertrag als (wirksam) abgeschlossen bestätigt, der überhaupt nicht oder doch nicht verbindlich vereinbart worden ist.

Fallgruppe 3: vollmachtloser Vertreter (daher keine Einigung)

Folie 11 oben

Der Vertrag wurde mit einem vollmachtlosen Vertreter geschlossen. Ein gültiger Vertrag besteht daher zunächst nicht. Dem Unternehmen wird nachfolgend die Bestätigung geschickt. Das Bestätigungsschreiben überwindet dann die Unsicherheiten über das Bestehen und den Umfang der Vertretungsmacht. Diese (Vertretungs-)Verhältnisse sind nämlich gerade bei einem umfangreichen kaufmännischen Geschäftsbetrieb für die Gegenseite nur schwer oder gar nicht zu durchschauen.

Fälle: BGH NJW 1990, 386 – Kaffeemaschinen; BGHZ 54, 236 - Wärmeaustauscher

IV. Anfechtbarkeit:

Folie 12 unten

Da dem Schweigen im Falle des Bestätigungsschreibens (je nach dogmatischer Einordnung) eine Erklärungsfunktion zukommt, ist eine Anfechtung (analog) §§ 119, 123 BGB möglich. Analog werden die Vorschriften angewendet, weil dem Schweigen wegen des Fehlens eines Erklärungswillens die Qualität einer Willenserklärung fehlt.

Die Anfechtung darf aber nicht zur Aushebelung der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens führen. Daher ist keine Anfechtung wegen eines Irrtums über die Bedeutung des Schweigens als solches möglich. Ebenso wenig berechtigt ein Irrtum darüber, dass das widerspruchslos hingenommene Bestätigungsschreiben für den Vertragsinhalt maßgeblich ist zur Anfechtung (BGH NJW 69, 1711).

Dagegen ist die Anfechtung bei einem Irrtum in der vorausgegangenen Verhandlung oder über den Inhalt der Bestätigung möglich. Gleiches gilt bei der Unkenntnis des Zugangs des Bestätigungsschreibens.

**V. Zusammenfassung für den Vertragsschluss durch ein
kaufmännische Bestätigungsschreiben**

Siehe auch Folie 12

- vorausgehende Vertragsverhandlungen unter Kaufleuten oder ähnlichen Personen
- schriftliche abweichende Bestätigung des Inhalts
- enger zeitlicher Zusammenhang
- kein unverzüglicher Widerspruch des anderen Teils
- kein bewusstes Abweichen vom ausgehandelten Vertragsinhalt
- keine so erhebliche Abweichung, dass Bestätigender nicht von Akzeptanz des anderen Teils ausgehen konnte

Rechtsfolge: Der Inhalt des Schreibens ist Vertragsinhalt geworden, auch wenn er von dem ausgehandelten Vertrag abweicht.

Problemfälle: mangelnde Klarheit, Ausbleiben der Gegenbestätigung, fehlender zeitlicher Anschluss des Bestätigungsschreibens; Zugang des Schreibens, kreuzende Bestätigungsschreiben, erhebliche Abweichung des Bestätigungsschreibens vom Vereinbarten, Unredlichkeit des Absenders.

GESETZLICHE ZINSEN

Diese Folie enthält eine Übersicht über gesetzliche Zinsansprüche. In der linken Spalte der Tabelle sind Anspruchsgrundlagen aufgeführt, die einen Zinsanspruch als Rechtsfolge nach sich ziehen. Horizontal wird die Höhe des gesetzlichen Zinssatzes danach bestimmt, ob ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt oder nicht.

Erläuterungen zur Folie

Fußnote

A. Fälligkeitszinsen, § 353 HGB

1

I. Tatbestand

1. Kaufleute auf beiden Seiten, §§ 1-5 HGB
2. Geldforderung
3. beiderseitiges Handelsgeschäft, §§ 343, 344 HGB
4. Fälligkeit der Forderung, keine Einrede

II. Rechtsfolge

Verzinsung der Geldforderung ab Fälligkeit

Zinssatz 5% p.a., § 352 I 1 HGB

keine Zinseszinsen, § 353 S.2 HGB

B. Verzugszinsen § 288 BGB

I. Anspruchsentstehung

Der Anspruch auf Zahlung von Zinsen aus § 288 I 1 BGB erfordert eine Geldschuld sowie Verzug gemäß § 286 I-IV BGB. Die Verzinsungspflicht beginnt am Tag nach dem Verzugseintritt. Merke: Tritt der Verzug im Laufe eines Tages ein, kann der Schuldner noch erfüllen, ohne dass für die restlichen Stunden des Tages Zinsansprüche entstehen.

II. Anspruchshöhe

Die Höhe des Zinssatzes ergibt sich aus §§ 288 I 2, II, 247 BGB.

1. Regelsatz 5 % über Basiszins

Der Verzugszinssatz liegt grundsätzlich 5 % über dem Basiszinssatz, § 288 I 2 BGB.

Dies umfasst den vermuteten objektiven Mindestschaden aus Verzug. Ein Nachweis, dass dem Gläubiger ein geringerer Schaden entstanden ist, ist unbeachtlich.

2. Entgeltforderung aus Geschäft ohne Verbraucherbeteiligung,

8 % über Basiszins

Bei Entgeltforderungen aus Unternehmerngeschäften gilt der höhere Zinssatz von 8 % Punkten über dem Basiszinssatz, § 288 II BGB.

a) Entgeltforderung aus Rechtsgeschäft

Anspruch auf Zahlung eines Entgelts für Warenlieferungen oder Dienstleistungen (also nicht bei Ansprüchen aus Darlehen oder Gesetz wie Delikt, Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag).

b) Rechtsgeschäft, an dem ein Verbraucher nicht beteiligt ist

Verbraucher: Legaldefinition § 13 BGB

Mithin verbleibt ein Anwendungsbereich des § 288 II BGB für Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern (§ 14 BGB) und juristischen Personen, die nicht unter den Verbraucherbegriff fallen, z.B. der öffentlichen Hand, Vereinen.

3. Exkurs: Der Basiszinssatz

In beiden Fällen ist Ausgangspunkt der Zinssatzermittlung der Basiszinssatz gemäß § 247 BGB. Der Basiszins ist ein zivilrechtlicher Grundzinssatz, dessen jeweilige Höhe durch das aktuelle Zinsniveau und die Geldpolitik der Europäischen Zentralbank beeinflusst wird.

a) Bedeutung

Der Basiszinssatz ist systematisch im allgemeinen Teil des Schuldrechts angesiedelt. Er hat durch Verweise auf § 247 BGB in anderen Normen Bedeutung in verschiedenen Rechtsgebieten: § 104 ZPO, Art. 45, 46 ScheckG, Art. 48, 49 WechselG. Die Regelungstechnik des Basiszinssatzes hat den technischen Vorteil, dass durch eine Änderung dieses Zinssatzes die Zinshöhen in verschiedenen Rechtsgebieten angepasst werden können.

b) Bezugszins

Der Basiszins wird an die Veränderung des Hauptrefinanzierungssatzes der Europäischen Zentralbank angepasst. Das ist der Zinssatz, zu dem sich nationale Banken bei der Europäischen Zentralbank Geld leihen (sich refinanzieren).

c) Anpassung:

Der Basiszinssatz verändert sich zum 01.01. und 01.07. eines jeden Jahres. Die halbjährlichen Änderungen garantieren eine regelmäßige Anpassung an das aktuelle Zinsniveau. Daher kann es auch im Rahmen anwaltlicher Vertragsgestaltung, z.B. bei Darlehensverträgen, interessengerecht sein, auf den Basiszinssatz zu verweisen.

d) Bekanntgabe

Der Basiszinssatz wird durch die Deutsche Bundesbank im Bundesanzeiger bekannt gegeben, § 247 II BGB. Außerdem erfolgen Informationen über die entsprechenden Pressemitteilungen im Internet auf der Homepage der Deutschen Bundesbank:

<https://basiszinssatz.de>

e) Aktuelle Zinshöhe

Datum	Basiszins	Verzugszins (§ 288 I 2 BGB) für Verbraucher
ab 01.01.2003:	1,97 %	6,97 %
ab 01.07.2003:	1,22 %	6,22 %
ab 01.01.2004:	1,14 %	6,14 %
ab 01.07.2004:	1,13 %	6,13 %
ab 01.01.2005	1,21 %	6,21 %

...

ab	01.07.2011	0,37 %	5,37 %
ab	01.07.2012	0,12 %	5,12 %
...			
ab	01.07.2020	-0,88%	4,12 %
ab	01.01.2021	-0,88%	4,12 %
ab	01.07.2021	-0,88%	4,12 %

f) Bedeutung für juristische Ausbildung und Praxis

Wichtig: Dies müssen Jurastudenten nicht lernen. Für Klausuren ist die Kenntnis des Zinssätze und Daten nicht erforderlich. Juristen formulieren schlicht unter Wiedergabe des Wortlauts des § 288 I 2 BGB und Verweis auf „den jeweiligen“ Basiszinssatz. Dann steht fest, dass es sich um den Basiszinssatz aus § 247 BGB handelt, dessen Höhe sich aus öffentlich zugänglichen Quellen ergibt.

Beispiel: Verzug mit der Zahlung von € 10.000 seit 01.05.2002:

A hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen aus §§ 288 I, 247 BGB in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus € 10.000,-- seit dem 01.05.2002.

4. Höhere Zinsen aus anderem Rechtsgrund

Höhere Zinsen aus einem anderen Rechtsgrund werden weiterhin geschuldet, § 288 III BGB. Der vertragliche vereinbarte höhere Zinssatz etwa für ein Gelddarlehen gilt auch im Verzug weiter.

5. Höherer Verzugsschaden

Die Verzugszinsen gemäß § 288 I, II BGB beziffern lediglich einen Mindestschaden. Der Gläubiger kann einen höheren Verzugsschaden geltend machen, § 288 IV BGB. Der Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens ergibt sich aus §§ 280 I, II, 286, 249 BGB und umfasst typischerweise den Verlust von Anlagezinsen bzw. die Aufwendung von Kreditzinsen. Die Höhe des entstandenen Schadens ist darzulegen und ggf. zu beweisen.

C. Prozesszinsen, § 291 BGB

Ab Rechtshängigkeit sind fällige Geldschulden wie im Verzug zu verzinsen.

I. Anspruchsentstehung

1. Fällige, einredefreie Geldschuld, gleich aus welchem Rechtsgrund
2. Rechtshängigkeit gemäß §§ 253, 261 ZPO durch Erhebung einer Leistungsklage oder Beantragung eines Mahnbescheids

II. Anspruchshöhe

Die Höhe des Zinssatzes ergibt sich aus § 288 I 2, II, III BGB. Bei Verzug kann Schadensersatz aus §§ 280 I, II, 286, 249 BGB verlangt werden.

D. Verzinsung bei Sachentziehung/-beschädigung, § 849 BGB

I. Tatbestand

1. Sachentziehung oder Sachbeschädigung
2. deswegen Schadensersatzanspruch
3. Ersatzpflichtiger Schaden umfasst Wertminderung
4. Zeitpunkt: Die Verzinsungspflicht beginnt in dem Zeitpunkt, der für die Wertermittlung der entzogenen/beschädigten Sache maßgeblich war. Dies ist in der Regel der Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses. Die Zinspflicht endet, wenn der Schädiger eine Ersatzsache beschafft oder den dazu erforderlichen Geldersatz geleistet hat.

II. Anspruchshöhe

§ 246 BGB, 4% p.a.

E. Verzinsung des Werklohnanspruchs, § 641 IV BGB

I. Tatbestand

1. Werkvertrag
2. in Geld festgesetzte Vergütung
3. Fälligkeit
 - a) Abnahme § 641 I BGB
 - b) keine Stundung

II. Anspruchshöhe

§ 246 BGB, 4 % oder

§ 352 I HGB, 5 % (siehe am Ende)

F. Verzinsung von Aufwendungen, § 256 BGB

I. Tatbestand

1. Aufwendung
freiwillige Aufopferung von Vermögenswerten im Interesse eines anderen, auch die Vornahme von Verwendungen und Eingehung von Verbindlichkeiten
2. Aufwendungsersatzpflicht aus Vertrag oder Rechtsgeschäft
 - § 304 BGB Mehraufwendungen im Annahmeverzug
 - § 347 II 2 BGB Aufwendungsersatz nach Rücktritt
 - § 536 a BGB Aufwendungen des Mieters bei Mängeln
 - § 478 II BGB Rücknahmeaufwand im Unternehmerrückgriff
 - § 637 BGB Selbstvornahme der Werkmangelbeseitigung
 - § 670 BGB Aufwendungen zur Ausführung des Auftrags
 - §§ 683, 684 BGB Geschäftsführung ohne Auftrag

II. Rechtsfolge

Verzinsung des aufgewendeten Betrages / Wertes des Gegenstands

Zinssatz: 4% gemäß § 246 BGB

5% gemäß § 352 I 1 HGB (siehe Ende)

G. Verzinsung von Aufwendungen in OHG/KG

§§ 119 I, 105 II HGB, § 716 IV S. 2 BGB regelt die Verzinsung eines Aufwendungsersatzanspruches des Gesellschafters einer OHG oder KG. Im Innenverhältnis betreibt nicht der Gesellschafter das Handelsgewerbe, sodass § 353 HGB nicht greift. Der Anspruch des Gesellschafters auf Verzinsung getätigter Aufwendungen ergibt sich dem Grunde nach bereits aus § 256 BGB. Die weitergehende Bedeutung des §§ 119 I, 105 II HGB, § 716 IV S. 2 BGB besteht in der Begründung eines Anspruchs auf Verzinsung zu einem höheren Zinssatz (§ 352 II HGB).

16

12

15

I. Tatbestand

1. OHG oder KG
2. Aufwendung von Geld
3. durch einen Gesellschafter
4. in Gesellschaftsangelegenheiten

II. Rechtsfolge

Verzinsung ab Eintritt des Vermögensnachteils, 5% gemäß § 352 II HGB

H. Verzinsung fälliger Geldeinlage u.a., § 119 II HGB

Die besondere Bedeutung dieser Anspruchsgrundlage besteht in der Entstehung des Zinsanspruches auch ohne Verzug. Im Innenverhältnis handelt der Gesellschafter nicht als Kaufmann, sodass § 353 HGB nicht greift.

17

I. Tatbestand

1. OHG oder KG
2. Gesellschafter
3. Vorenthaltung von Gesellschaftsgeldern durch
 - a) Nichtleistung einer Geldeinlage
 - b) Nichtablieferung von Gesellschaftsgeldern
 - c) unbefugte Geldentnahme

II. Rechtsfolge

Anspruch der Gesellschaft auf Verzinsung des vorenthaltenen Betrages

Beginn: ab Fälligkeit der Einlage bzw. Entnahme des Betrages

Zinssatz: § 352 II HGB, 5 %

15

J. Außerhalb des HGB begründete Zinsen, § 352 I HGB	19
§ 352 II HGB betrifft im HGB begründete Zinsansprüche,	15
§ 352 I HGB sonstige, also vertragliche (I 2) und in anderen Gesetzen als dem HGB begründete Zinsansprüche (I 1). Zu	19
den letzteren gehören auch die oben erläuterten Ansprüche aus z.B. § 641 IV	11
und § 256 BGB (Teil 1, D und E). Jeweils muss ein beiderseitiges	12
Handelsgeschäft vorliegen; § 343 HGB ist also für beide Vertragspartner zu prüfen.	19

354a HGB

Auf der Folie ist eine typische Abtretungskonstellation abgebildet, die den rechtlichen Hintergrund des § 354a HGB verdeutlicht. G1 verkauft Waren an S, der ein Abtretungsverbot vereinbart. G1 tritt an G 2 ab, ein Drittgläubiger versucht auf die Forderung bei G1 zuzugreifen.

Einführung:

Nach der Begründung des Gesetzes zu § 354a HGB (BT-Drucks. 12/7912 S. 24 ff.) wurde die Vorschrift eingeführt, um Forderungen als Finanzierungsinstrument nutzbar zu machen. Häufig refinanzieren sich Hersteller/Verkäufer über das sog. Factoring. Beim echten Factoring ist das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft als Forderungskauf anzusehen. Dieser kommt zu Stande, wenn der Gläubiger dem Factor eine konkrete Forderung, z.B. durch Zusendung einer Auftragsbestätigung oder Rechnungskopie, angeboten (und dies angenommen) wird. Die Abtretung der Ansprüche gegen den Drittschuldner ist das Erfüllungsgeschäft des jeweiligen Kaufvertrages über die Einzelforderung. Lieferanten, die sich (wirtschaftlich starken) Abnehmern mit einem Abtretungsverbot gegenüber sehen, ist dieses Finanzierungsinstrument verwehrt. Sie sind nicht in der Lage, ihre Außenstände zu Finanzierungszwecken zu verwenden, obwohl die Forderungen gegenüber Großabnehmern und der öffentlichen Hand regelmäßig von einwandfreier Bonität sind. Im Handelsverkehr wird dieser Umstand durch § 354a HGB beseitigt. Hintergrund ist auch, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BGH rechtsgeschäftliche Abtretungsverbote i.S.d. § 399 Alt. 2 BGB zu einer absoluten Unwirksamkeit gegenüber jedermann führen (BGHZ 112, 387, 389 ff). Sie können grundsätzlich in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein (s. dazu unten II Fall 1. a), wovon auch regelmäßig Gebrauch gemacht wurde.

I. Normzweck

§ 354a Satz 1 HGB bezweckt, dass – wie vorstehend beschrieben – Geldforderungen zediert werden können und stellt eine Ausnahme für Kaufleute von der allgemeinen Vorschrift des § 399 Alt. 2 BGB dar. Einen weiteren Zweck, nämlich einen weitreichenden Schuldnerschutz, verfolgt § 354a Satz 2 HGB. Er soll sicherstellen, dass sich der Schuldner nicht auf wechselnde Gläubiger einstellen muss.

II. Tatbestand

1. subj.

Vorausgesetzt wird in der Norm ein Abtretungsverbot aus einem Rechtsgeschäft, das ein beiderseitiges Handelsgeschäft oder gegen die öffentliche Hand gerichtet ist. Sind beide Teile Kaufleute (vgl. dazu Folien 2 f.,4,6), so liegt gem. §§ 344 Abs. 1, 343 HGB (vgl. dazu Folie 3) im Zweifel für beide Teile ein Handelsgeschäft vor. Ist der Schuldner die öffentliche Hand, so stellt sich die Frage, ob die eine Seite

dennoch Kaufmann sein muss. Dafür spräche zwar die Stellung im HGB im 4. Buch der Handelsgeschäfte, Wortlaut und Telos deuten aber in eine andere Richtung. (vgl. zum Streitstand m.N. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/E. Wagner HGB, 4. Auflage 2020, § 354a Rn. 9 und Fn. 26).

Teilweise wird auch die analoge Anwendung auf Freiberufler und Kleingewerbetreibende erwogen, was angesichts des Gesetzeswortlauts nicht ganz unproblematisch, rechtspolitisch dennoch wünschenswert ist (dazu ausführlich *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 26 Rn. 33 ff. m.w.N.).

2. obj.

Die Vorschrift des § 354a HGB umfasst nicht nur generelle Abtretungsverbote, sondern – naheliegend und praktisch häufiger – auch eingeschränkte Abtretungsverbote mit Zustimmungsvorbehalt (vgl. unten Fall 1b). Nicht erfasst sind - nach allg. Ansicht (mit abweichenden Begründungen vgl. z.B. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 26 Rn. 22) - kontokorrentrechtliche Abtretungsverbote. Diese finden ihren Grund in einem dem Kontokorrent immanenten institutionellen Zweck. § 354a HGB erfasst nur *Geldforderungen*; daher keine Forderung auf Sachlieferung oder Unterlassungsansprüche.

3. § 354a S.2 HGB

[Nach Satz 2 kann der Schuldner mit befreiender Wirkung an den alten Gläubiger leisten.](#) Unter Leistung fällt nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht nur die Zahlung. Möglich sind auch Erfüllungssurrogate, wie etwa eine Aufrechnung. Ob auch sonstige Rechtsgeschäfte, z.B. Erlass oder Vergleich unter die Norm fallen, ist umstritten (vgl. *Canaris* a.a.O. m.w.N.). Wenn man dies zulässt, um einen Wertungswiderspruch mit § 407 BGB zu vermeiden, muss der Altgläubiger jedenfalls im Falle des Erlasses gem. § 816 I S. 2 an den Neugläubiger zahlen. Im Vergleichsfall kann der Gläubiger indes schlechter stehen, da die Vermögensmasse des Altgläubigers gemindert wird und ein Ausgleich über [§ 816 II BGB](#) scheitern kann, erst Recht, wenn man den Umfang der Herausgabepflicht nach § 816 II BGB mit dem BGH auf den Wert des tatsächlich Geleisteten und nicht den objektiven Wert bemisst.

III. Rechtsfolgen

§ 354a S.1 bestimmt als Ausnahme zur absoluten Unwirksamkeit (s.o.) einer verbotswidrigen Abtretung, dass eine verbotswidrige Abtretung *gleichwohl wirksam* ist. Der Abtretungsempfänger (Zessionar) wird somit neuer Gläubiger der Forderung. Daran sind sämtliche mit der Inhaberschaft verbundenen Befugnisse verknüpft. Der neue Gläubiger (auf der Folie=G2) ist daher berechtigt, die Forderung selbst geltend zu machen oder weiter über diese zu verfügen. Dessen Gläubiger können die Forderung pfänden. Der Schuldner kann gleichwohl nach S. 2 an den Zedenten leisten, da der Gläubiger des Zessionars seine Rechte nur von diesem ableitet. In der Insolvenz des Zedenten (auf der Folie=G1) steht dem Zessionar ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) zu. Der Schutz des Zessionars ist trotzdem unvollkommen, da der Schuldner trotzdem an den Insolvenzverwalter leisten oder aufrechnen kann.

Exkurs Abtretungsverbot:

Abtretungsverbote mögen für den Verwender zwar die Eingangs beschriebenen Vorteile bieten, im Handelsverkehr sind mit ihrer Verwendung aber auch Nachteile beim gutgläubigen Erwerb gem. § 366 HGB verbunden (vgl. dazu BGH NJW 1999, 425ff). Findet eine Veräußerung z.B. aufgrund einer Kommission (§§ 383, 384 Abs. 2 HGB, §§ 667, 675 BGB) oder für eigene Rechnung unter verlängertem Eigentumsvorbehalt statt, vertraut der Erwerber nicht auf das Eigentum des kaufmännischen Veräußerers und muss daher damit rechnen, dass die nach § 185 I BGB verliehene Verfügungsmacht an eine Forderungsabtretung geknüpft ist. Wenn der Erwerber dann ein Abtretungsverbot vereinbart, zerstört er selbst die Voraussetzungen der an die Zession gekoppelten Verfügungsmacht des Veräußerers.

V. Fall zu Folie 13a

G1 GmbH verkauft und liefert mangelfreie Ware an die Supermarktkette S GmbH & Co. OHG. Der Kaufpreis beträgt 50.000,- Euro. In den wirksam einbezogenen Einkaufsbedingungen der S ist folgende Klausel enthalten: *„Die Abtretung von Forderungen des Lieferanten gegen die S GmbH & Co. OHG ist nur mit Zustimmung der S GmbH & Co. OHG zulässig“*. G1 benötigt für weitere Geschäfte dringend Liquidität. Sie tritt daher die Forderung gegen S an die G2 Bank AG ab und erhält dafür 47.000,- Euro. Eine Zustimmung der S liegt nicht vor.

1. Kann G2 nach Anzeige der Abtretung Zahlung von 50.000,- Euro von S verlangen, wenn S die Zahlung an G2 mit dem einzigen Grund verweigert,

dass G2 ihr schließlich früher einmal einen Kredit ausgeschlagen habe, jetzt sei die Zeit sich zu „revanchieren“?

2. Wenn S vorher an G1 zahlt, kann G2 dann von G1 Zahlung verlangen?
3. Drittgläubiger G hat die Forderung bei G1 aus einem Titel pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Kann G2 mit Erfolg dagegen vorgehen?

Lösungsvorschlag:

1. G2 könnte ein Anspruch i.H.v. 50.000,- Euro gegen S aus § 433 II BGB zustehen.

Der Kaufpreisanspruch ist bei G1 unproblematisch mit mangelfreier Lieferung an S einredefrei entstanden und fällig (§§ 433 II, 271 BGB).

Es muss aber G2 das Recht zustehen, Zahlung an sich zu verlangen, was grundsätzlich dann in Betracht kommt, wenn die Forderung durch Abtretung gem. § 398 BGB auf G2 übergegangen ist. Zweifelsfrei ist die Forderung in der gesamten Höhe von G1 an G2 gem. § 398 BGB abgetreten worden; dass der Kaufpreis der Forderung nur 47.000,- Euro beträgt, beschränkt nicht etwa die Abtretung auf diesen Teilbetrag. Vielmehr handelt es sich dabei um den Forderungskaufpreis des abstrakten Verpflichtungsgeschäftes, einem sog. Factoring, (§ 433, 453 BGB), der dem Werthaltigkeitsrisiko Rechnung trägt.

a) Fraglich ist jedoch, ob die Abtretung wegen des in den Einkaufsbedingungen der S enthaltenen Abtretungsverbotes unwirksam ist. Grundsätzlich ist die Vereinbarung eines Abtretungsverbotes zulässig (§ 399 2. Alt. BGB, sog. *pactum de non cedendo*). Die Einkaufsbedingungen sind nach dem Sachverhalt zwar Bestandteil des Vertrages geworden, indes als allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs.1 BGB) auch an den §§ 305 ff. BGB zu messen. Problematisch ist insbesondere, ob der Abtretungsausschluss gegen § 307 BGB verstößt. Dann müsste die Klausel die G1 unter Abwägung der Interessen der S entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Meinung in der Literatur ist eine in den AGB enthaltene Regelung, mit der der Verwender die

Abtretung gegen ihn gerichteter Forderungen ausschließt, grundsätzlich wirksam. Der Abtretungsausschluss führt an sich zu keiner unangemessenen Benachteiligung des Gläubigers, andererseits schützt er die berechtigten Interessen des Schuldners an der Klarheit und Übersichtlichkeit der Vertragsabwicklung.

In der Literatur wird teilweise Abweichendes mit der Begründung vertreten, dass § 399 BGB in Bezug auf die Inhaltskontrolle wertneutral sei, ein Abtretungsverbot zwar für den Verwender eine Erleichterung des Abrechnungs- und Zahlungsverkehrs bringe, andererseits aber für den Verwendungsgegner erhebliche Nachteile begründet. Er sei u.U. genötigt, unwahre Angaben zu machen, weil er ja wirtschaftlich gezwungen sei, einerseits einen Warenkredit in Anspruch zu nehmen und andererseits an den Händler, der auf der Übernahme seiner Allgemeinen Einkaufsbedingungen besteht, zu verkaufen. (vgl. ausführlich *Burger* Probleme der Vereinbarung eines Abtretungsverbots beim Wareneinkauf, NJW 1982, 80 ff.).

Im vorliegenden Fall greifen diese Bedenken mangels Warenkredits jedoch nicht durch. Mit der Rechtsprechung und h.L. kann es dem Verwender auch grundsätzlich nicht verwehrt werden, durch AGB eine Abtretungsmöglichkeit zu verbieten oder zu beschränken, um die Vertragsabwicklung übersichtlich zu gestalten und damit zu verhindern, dass ihm eine im Voraus nicht übersehbare Vielzahl von Gläubigern entgegentritt (BGHZ 77, 274 (275) = NJW 1980, 2245; BGHZ 102, 293 (300) = NJW 1988, 1210; BGH, NJW 1989, 2750, NJW 1990, 1601). Ausnahmsweise kann zwar eine solche Klausel dennoch unwirksam sein, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders an einem Abtretungsverbot nicht besteht oder die berechtigten Belange des Vertragspartners an der Abtretbarkeit vertraglicher Forderungen das entgegenstehende Interesse des Verwenders überwiegen, im zu begutachtenden Fall besteht aber kein erkennbar überwiegendes Interesse der G1 an der freien Verfügbarkeit ihrer Forderungen gegen die S.

Die Klausel ist auch nicht überraschend i. S. des § 305c Abs. 1 BGB. Abtretungsverbote in Einkaufsbedingungen sind, wie auch der vorliegende Fall zeigt, üblich.

Die Abtretung würde danach an dem vereinbarten Abtretungsverbot scheitern.

b) Allerdings könnte die Abtretung gem. § 354a S. 1 Var. 1 HGB dennoch wirksam sein, wenn das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat (G1/S), für beide Teile ein Handelsgeschäft darstellt. Vorliegend sind sowohl G1 (§ 6 Abs.1 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG) als auch S (§§ 105 Abs. 1, 6 Abs. 1 HGB) Formkaufleute. Der geschlossene Kaufvertrag ist daher gem. §§ 344 Abs. 1, 343 HGB im Zweifel für beide Teile ein Handelsgeschäft. Die Vorschrift des § 354a HGB umfasst nicht nur generelle Abtretungsverbote, sondern – wie hier vereinbart – auch eingeschränkte Abtretungsverbote mit Zustimmungsvorbehalt. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Nach der gesetzgeberischen Intention verfolgt die Vorschrift den Zweck, die Abtretbarkeit von Forderungen zum Zwecke der Kreditsicherung zu erleichtern. Vor allem sollte der zunehmenden Erscheinung, dass insbesondere Großunternehmen generell Abtretungsverbote vereinbaren, entgegengewirkt werden. Wenn sogar eine gegen ein generelles Verbot vorgenommene Abtretung gleichwohl wirksam ist, muss dies *a majore ad minus* auch für solche Abtretungen gelten, deren Wirksamkeit nur von der Zustimmung des Schuldners abhängt. Mithin ist G2 materiellrechtlich Inhaberin der Forderung geworden. § 354a HGB soll gerade solche Refinanzierungsgeschäfte wie im vorliegenden Fall ermöglichen.

c) Es bleibt dennoch fraglich, ob G2 von S unbedingte Zahlung an sich verlangen kann. Zwar steht G2 die Forderung materiellrechtlich zu, sie kann im eigenen Namen mahnen und Klage erheben, jedoch könnte dem das in § 354a S.2 HGB festgelegte Wahlrecht des Schuldners entgegenstehen, wonach S grundsätzlich auch mit befreiender Wirkung an G1 zahlen kann. G2 müsste daher dergestalt Klage erheben, dass es S freigestellt bliebe, auch an G1 zu zahlen. Dem steht auch nicht die Kenntnis der S von der Abtretung entgegen. § 354a S. 2 HGB enthält nämlich – anders als § 407 BGB – gerade keine Einschränkung für den Fall der Kenntnis von der Abtretung. In den Gesetzesmaterialien ist zudem ausdrücklich klargestellt, dass das Wahlrecht des Schuldners auch dann bestehen soll, wenn er Kenntnis von der Zession erlangt hat (vgl. BT-Drucks. 12/7912 S.1; vgl. auch LG Hamburg WM 1999, 428).

Der Zahlung an G1 kann indes der Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenstehen. Der Schuldner soll durch § 354a S. 2 HGB lediglich

davor geschützt werden, „sich nicht auf wechselnde Gläubiger einstellen zu müssen sowie Verrechnungen und Zahlungsvereinbarungen mit dem alten Gläubiger vornehmen zu können“ (vgl. BT-Drucks. 12/7570; *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 26 Rn. 16). Dieser Schuldnerschutzzweck in Satz 2 ist dabei mit dem Verkehrsschutzzweck gemäß § 354a Satz 1 HGB gleichrangig zu beurteilen. Ein schutzwürdiges Eigeninteresse der S, nur an G1 zu zahlen, ist nicht erkennbar. Vielmehr nutzt S die Möglichkeit des § 354a S.2 HGB hier in einer zweckwidrigen Weise aus und zwar lediglich, um sich bei G2 zu „revanchieren“. Freilich steht die Rechtsausübung im Rahmen der Privatautonomie grundsätzlich zur Disposition des Inhabers. Dem Schuldner fehlt aber jedes schutzwürdige Eigeninteresse, wenn diese nur aus schikanösen Umständen erfolgt (vgl. auch § 226 BGB). Mithin verweigert S die Zahlung rechtsmissbräuchlich und kann sich gem. § 242 BGB nicht auf § 354a S. 2 HGB berufen. (a.A. vertretbar; vgl. zum Ganzen *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 26 Rn. 25 f; *K. Schmidt*: Gutgläubiger Eigentumserwerb trotz Abtretungsverbots in AGB, NJW 1999, 400, 401)

G2 kann vorliegend von S Zahlung i.H.v. 50.000,- Euro verlangen.

2. G2 könnte von G1 Zahlung i.H.v. 50.000,- Euro gem. § 816 II BGB verlangen.

G1 ist dann zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet, wenn S an G1 als Nichtberechtigten mit der Zahlung eine Leistung bewirkt hat, die gegenüber G2 als Berechtigtem wirksam ist.

Berechtigter i.S.d. § 816 II BGB ist der wahre Gläubiger des Anspruchs, hier also – wie unter 1 gezeigt wurde – G2. Nicht berechtigt ist derjenige, der weder Gläubiger der Forderung noch zu ihrer Einziehung ermächtigt ist, hier also G1. Es liegt auch eine wirksame Verfügung vor, d.h. ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf Bestand und Inhalt eines Rechts einwirkt (insbesondere Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung oder Aufhebung), da mit der Zahlung der Anspruch des G2 durch Erfüllung §§ 362 BGB, 354a S. 2 HGB erloschen ist. Dem steht auch nicht eine unzulässige Rechtsausübung entgegen, da die Zahlung bereits vor der Kenntnis der S von der Abtretung erfolgte, folglich nicht rechtsmissbräuchlich sein kann.

G1 ist G2 daher zur Herausgabe von 50.000,- Euro gem. § 816 II verpflichtet.

3. Rechtsbehelf gegen die Pfändung des G

- a) G2 kann sich mit einem Antrag, die Zwangsvollstreckung in die Forderung für unzulässig zu erklären, im Wege der Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO zur Wehr setzen.

Die Drittwiderspruchsklage ist der statthafte Rechtsbehelf, da G 2 sich gegen eine Vollstreckungsmaßnahme (§§ 829, 835 ZPO) richtet. Zulässigkeitsbedenken bestehen nicht. Es fehlt auch kein Rechtsschutzbedürfnis. Zwar dürfen grundsätzlich nur Vermögenswerte des Schuldners gepfändet werden, die Pfändung gem. § 829 ZPO wäre beim Fehlen dieser Voraussetzung daher unwirksam, doch bleibt die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO bei der Pfändung schuldnerfremder Forderungen wegen notwendiger Rechtsklarheit zulässig.

Die Klage gegen G ist begründet, wenn der G2 zum Zeitpunkt der Vollstreckung bis zur letzten Tatsachenverhandlung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht.

Ein die Veräußerung hinderndes Recht ist insbesondere die Inhaberschaft einer Forderung. Wie unter 1. bereits dargestellt ist, wurde die Forderung wirksam an G2 abgetreten. § 354a S.1 HGB ordnet insoweit, trotz der Möglichkeit des Schuldners befreiend zu leisten (§ 354a S.2 HGB), die Forderung materiellrechtlich eindeutig dem Vermögen des Zessionars zu. G2 ist daher Forderungsinhaber. Ihm steht ein die Veräußerung hinderndes Recht zu. Die Klage ist begründet. G2 kann sich auf dem Weg des § 771 ZPO erfolgreich zur Wehr setzen.

- b) Eine Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ist nicht statthaft, da diese Vorschrift nicht zur Geltendmachung materiell-rechtlicher Einwendungen besteht.

G2 kann sich daher nur mit der Drittwiderspruchsklage gegen die Vollstreckung des Drittgläubigers wehren.

Das Kontokorrent, § 355 HGB

Erläuterungen zur Folie

Fußnote

A. Definition

Kontokorrent = laufende Rechnung , Legaldefinition in § 355 HGB.

Beiderseitige Ansprüche von Kaufleuten werden in eine laufende Rechnung eingestellt und später durch Saldierung ausgeglichen. Damit reduziert sich eine Mehrzahl wechselseitiger Ansprüche auf eine einzige Forderung im Wege der regelmäßigen Verrechnung.

B. Bedeutung

Der Zahlungsverkehr zwischen Kaufleuten, z.B. Warenherstellern, Groß- und Einzelhändlern, wird vereinfacht, indem anstelle zahlreicher Einzelzahlungen nur ein Ausgleich eines periodisch festgestellten Überschusses vorgenommen wird. Das Kontokorrent hat zugleich Sicherungsfunktion, da die Parteien ihre Forderungen durch Verrechnung mit Gegenforderungen zeitnah durchsetzen können.

Zudem werden häufig vertragliche Vereinbarungen unter Nichtkaufleuten mit dem Inhalt des Kontokorrents gemäß § 355 HGB geschlossen (uneigentliches Kontokorrent). Der wohl häufigste Anwendungsfall des Kontokorrents ist seine Vereinbarung anlässlich der Eröffnung eines Girokontos bei einer Bank. Die Regeln der §§ 355 ff. HGB (mit Ausnahme von § 355 I 1 HGB, also der Zulässigkeit von Zinseszinsen) sind dann entsprechend anzuwenden sind. Vgl. dazu auch Folie 676a_Dia (Anhang).

Praktisches Beispiel: Ziffer 7.1 der AGB-Banken

Erteilung der Rechnungsabschlüsse

Die Bank erteilt bei einem Kontokorrentkonto, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, jeweils zum Ende eines Kalenderquartals einen Rechnungsabschluss; dabei werden die in diesem Zeitraum entstandenen beiderseitigen Ansprüche (einschließlich der Zinsen und Entgelte der Bank) verrechnet. (...)

C. Voraussetzungen des § 355 HGB

Die Rechtsfolgen der §§ 355-357 spielen im Pflichtfach keine große Rolle. Insbesondere enthält § 355 I 1 HGB lediglich eine Ausnahme zum Zinseszinsverbot nach § 248 I BGB. § 355 I HGB beschreibt aber einen Vertragstyp, den man kennen muss und der nachfolgend beschrieben wird.

I. Kaufmann

Nach § 355 I HGB muss mindestens eine der beiden Parteien Kaufmann sein. Die Vereinbarung eines Kontokorrents unter Nichtkaufleuten ist entsprechend zu behandeln.

II. Bestehende Geschäftsverbindung

Ökonomische Grundlage eines Kontokorrents ist eine Geschäftsverbindung. Sie kann sich aus einem Dauerschuldverhältnis oder zahlreichen Einzelrechtsgeschäften ergeben. Dabei muss die Möglichkeit einer größeren Anzahl von Geschäftsvorfällen bestehen, die jeweils die Höhe der gegenseitigen Forderungen und Verbindlichkeiten verändern (Lieferung, Leistung, Darlehen, ersatzpflichtige Aufwendung).

III. Kontokorrentfähige Forderungen

Verrechnungsabreden sind ausgeschlossen, soweit hinsichtlich einer Einzelforderung ein Aufrechnungsverbot besteht.

IV. Abschluss von insgesamt 3 Verträgen

1

Die Parteien schließen neben dem Grundgeschäft (Lieferung von Waren, Girovertrag o.ä.) weitere 3 Verträge folgenden Inhalts:

1. Einstellung in die laufende Rechnung

2

Die Parteien treffen eine Kontokorrentabrede. Beiderseitige Forderungen werden bei ihrer Entstehung in eine laufende Rechnung eingestellt (gebucht). Die Abrede wird nicht erst bei Entstehung jeder Einzelforderung, sondern vorab allgemein mit dem Inhalt getroffen, dass jede künftige Forderung bei ihrer Entstehung sofort in das Kontokorrent aufgenommen werden soll (antizipierte Kontokorrentabrede). Zu den Rechtsfolgen unten D. I.

2. Verrechnungsvertrag

3

Die beiderseitigen Forderungen und Verbindlichkeiten werden verrechnet.

[siehe auch unten](#)

Dazu vereinbaren die Parteien eine Kontokorrentperiode (monatlich oder vierteljährlich), nach deren Ende die Verrechnung erfolgt. Die Durchführung der Verrechnung bedarf dann keiner Willenserklärung mehr, sondern erfolgt automatisch durch die vorweggenommene Einigung der Parteien (antizipierte Verrechnungsvereinbarung). Die beiderseitigen Forderungen werden getilgt, soweit sie sich decken. Zu den weiteren Rechtsfolgen unten D.II.

3. Anerkennung

4

Im Ergebnis der Verrechnung verbleibt ein Überschuss für eine der beiden Parteien (Saldo). In einer dritten Vereinbarung erkennt der Vertragspartner die Höhe des entstandenen Überschusses an. Zu den Rechtsfolgen unten D. III.

[siehe auch unten](#)

Grundsätzlich ist die Willenserklärung ausdrücklich oder konkludent abzugeben. In der Praxis vereinbaren die Parteien zur Vereinfachung des Geschäftsverkehrs häufig Schweigen als Erklärungszeichen, insbesondere sieht Ziffer 7.2 der AGB-Banken vor, dass sechswöchiges Schweigen des Kunden das Anerkenntnis der Saldomitteilung bedeutet.

Ziffer 7.2 der AGB-Banken:

Frist für Einwendungen; Genehmigung durch Schweigen

13

Einwendungen wegen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit eines Rechnungsabschlusses hat der Kunde spätestens innerhalb von sechs Wochen nach dessen Zugang zu erheben; macht er seine Einwendungen schriftlich geltend, genügt die Absendung innerhalb der Sechs-Wochen-Frist. Das Unterlassen rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung. (...)

[siehe auch unten](#)

Bei Fehlern des anerkannten Saldos kann der Anerkennende sein Anerkenntnis nach § 812 I 1 Alt. 1 i. V. m. II BGB kondizieren, es sei denn, er kannte bei Abgabe der Zustimmung zum Anerkenntnis dessen Unrichtigkeit (§ 814 BGB). Er trägt nun aber die Beweislast bei streitiger Saldohöhe.

4
[siehe auch unten](#)

D. Rechtsfolgen

I. **Wirkung der Kontokorrentabrede**

Die bestehenden Einzelforderungen werden in die laufende Rechnung eingestellt. Damit bleiben sie zwar bestehen, sind aber der Verfügung beider Parteien entzogen (Lähmung). Der Gläubiger darf sie nicht mehr einzeln geltend machen. Dem Anspruch des Gläubigers steht die Einrede der Bindung im Kontokorrent

5

6

entgegen. Eine einseitige Aufrechnung ist ebenso ausgeschlossen, wie die Pfändung der Einzelforderung durch Gläubiger des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung. 7

Die Einzelforderung kann nicht mehr abgetreten und verpfändet werden. Sogar die zeitlich frühere Vorausabtretung künftiger Forderungen (etwa durch Globalzession oder Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts) geht im Falle einer späteren Kontokorrentabrede ins Leere, wenn die Forderung bei Vorausabtretung noch nicht entstanden war. Bei antizipierter Kontokorrentabrede wird die Einzelforderung sofort bei ihrer Entstehung ins Kontokorrent eingestellt und damit unabtretbar. Die Vorausabtretung betrifft eine unabtretbare Forderung und ist daher wirkungslos. Die spätere Kontokorrentabrede erhält Vorrang vor einer Vorausabtretung künftiger Forderungen. 8

Die Leistung des Schuldners auf eine Einzelforderung hat keine Erfüllungswirkung, § 362 BGB. Verzug kann nicht eintreten, § 286 BGB. Die Verjährung wird gehemmt, §§ 214 I, 205 BGB. 9

Eine Ausnahme besteht im praktisch wichtigen Fall des Girokontos. Der Anspruch des Kunden gegen die Bank auf Auszahlung des Tagessaldos kann abgetreten und gepfändet werden. Es ist kein Staffelkontokorrent mit sofortiger Verrechnung bei jedem Buchungsvorgang, sondern Periodenkontokorrent, weshalb die Pfändung des hypothetischen Tagessaldos die Kontokorrentperiode nicht unterbricht und Zahlung erst nach Ablauf der Rechnungsperiode verlangt werden kann (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Auflage 2006, § 25 Rn. 19). 10

II. Wirkung der Verrechnungsabrede 3

Aufgrund des Saldovertrages erfolgt die automatische Saldierung der gegenseitigen Ansprüche. Die Forderungen erlöschen in der Höhe, in der sie sich decken. Die kausale Saldoforderung kann, anders als die Einzelforderungen, eingeklagt oder aufrechnet werden. 12

Die Partei, zu deren Gunsten der Saldo entstanden ist, hat einen Anspruch gegen die andere Partei auf Auszahlung des Saldobetrages. Dieser Anspruch beruht noch kausal auf den in das Kontokorrent eingestellten Einzelforderungen (kausale Saldoforderung). Die kausale Saldoforderung entsteht aufgrund der antizipierten Verrechnungsabrede ohne weitere Willenserklärung automatisch. Die

Saldomitteilung an die jeweils andere Partei bestätigt das Ergebnis der Verrechnung deklaratorisch.

Problem: Zusammensetzung der kausalen Saldoforderung

11

Die Zusammensetzung dieser kausalen Saldoforderung, bedeutsam wegen unterschiedlicher Erfüllungsorte oder Verjährungsfristen der Einzelforderungen, ist umstritten.

Der BGH behandelt in ständiger Rechtsprechung alle Einzelforderungen gleich und nimmt eine schematische, anteilige Tilgung jeder Einzelforderung an (Lehre von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung, BGH WM 1991, 495, 497).

Demgegenüber wird eine entsprechende Anwendung des § 366 BGB (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Auflage 2006, § 25 Rn. 23) den Interessen der Parteien eher gerecht, denn diese Regelung differenziert nach der Verjährung und Besicherung der Einzelforderungen. Dies überzeugt auch wegen der größeren Praktikabilität in langfristigen Kontokorrentverhältnissen, da nicht zahlreiche Restforderungen gehandhabt werden müssen, sondern laufend die vollständige Tilgung der jeweils unsichersten Einzelforderung erfolgt.

III. Wirkung des Anerkenntnisses, §§ 781 f BGB

4

Diese Unsicherheit bei der Durchsetzung der kausalen Saldoforderung aufgrund der verschiedenen Verjährungsfristen, Erfüllungsorte und Nebenforderungen (Zinsen) weckt ein Bedürfnis nach Vereinheitlichung der Saldoforderung. Diese Rechtssicherheit wird durch das Schuldanerkenntnis (Vertrag Nr. 3) erreicht.

4

Die hinsichtlich der kausalen Saldoforderung rein deklaratorische Mitteilung des Saldos an die andere Partei stellt daher ein Angebot zum Abschluss eines abstrakten Schuldanerkenntnisses i.S.d. §§ 780 ff. BGB dar, welches durch Schweigen angenommen werden kann, wenn der Einzel- oder Formularvertrag dies vorsieht. Zwar ordnet § 781 S. 1 BGB für die Erteilung einer Anerkennungserklärung des Schuldners im Grundsatz die Schriftform des § 126 I BGB an (mit der Folge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes bei Nichtbeachtung, § 125 S. 1 BGB), doch ist das Saldoanerkenntnis zur Erleichterung des Rechtsverkehrs gem. § 782 BGB nicht vom Formzwang erfasst.

12

Nimmt die andere Partei das Angebot an (bei Einbeziehung der AGB-Banken schon durch das Unterlassen von Einwendungen), stellt das Saldoanerkenntnis die beiderseitigen Forderungen auf eine neue Grundlage (abstrakte Saldoforderung). Durch Anerkenntnis des Saldos entsteht ein selbstständiger Anspruch der Partei auf Saldoauskehr.

13

Die abstrakte Saldoforderung ist von den vorherigen Einzelforderungen unabhängig (Verzinsung, Erfüllungsort, Gerichtsstand) und verjährt einheitlich nach 3 Jahren, § 195 BGB. Dadurch wird die Vereinfachungsfunktion des Kontokorrents gewährleistet. Der Gläubiger kann sich jedoch aus Sicherheiten für Einzelforderungen weiterhin befriedigen, § 356 HGB. 14

Problem: Rechtsnatur der „Anerkennung“ 4

Die Rechtsnatur der abstrakten Saldoforderung, insbesondere die Frage, ob die neue abstrakte Saldoforderung an die Stelle der alten kausalen Saldoforderung oder neben diese tritt, ist umstritten. 15

Die Rechtsprechung vertritt, dass die Saldoanerkennung zur Schuldumschaffung führt (Novationstheorie) und die abstrakte an die Stelle der kausalen Saldoforderung tritt (zuletzt offengelassen in BGH NJW 1999, 1709).

Überzeugender ist es jedoch, das abstrakte Schuldanerkenntnis zu einem ergänzenden Nebeneinander von abstrakter und kausaler Saldoforderung führen zu lassen (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006 § 25 Rn. 30). Dafür spricht zunächst der Grundgedanke des § 364 II BGB, nach dem die Begründung einer neuen Schuld zur Befriedigung eines Gläubigers im Zweifel nur erfüllungshalber erfolgt. Dies überzeugt auch im Hinblick auf den Fortbestand des Befriedigungsrechts in § 356 HGB hinsichtlich der Einzelsicherheiten nach Anerkennung des Saldos.

Zum Überweisungsvertrag vgl. Folie [H14a](#), hier auch auf der letzten Seite dargestellt).

Kommentar zu Folie 14a, Handelsrecht:

**Einzelzahlungsvertrag , Zahlungsdiensterahmenvertrag , Kontokorrentabrede,
Zahlungsvertrag im Internetbankenverkehr**

<p>1. Einzelzahlungsvertrag</p> <p>Der Einzelzahlungsvertrag gemäß § 675f I BGB regelt die Verpflichtung des Zahlungsdienstleisters (Kreditinstitut) gegenüber dem Zahlungsdienstnutzer, einen Zahlungsvorgang auszuführen. Der Begriff des Zahlungsvorgangs ist in § 675f III BGB legaldefiniert und erfasst z.B. Überweisungen.</p>	<p>1</p>
<p>Der Einzelzahlungsvertrag kommt durch Angebot (§ 675n BGB) und Annahme (§ 675o BGB) zustande. In der Praxis reicht der Kunde bei seiner Bank z.B. einen Überweisungsauftrag ein und die Bank führt die Zahlung ohne weitere Erklärung aus.</p> <p>Der Gesetzgeber sah darin eine konkludente Annahmeerklärung, auf deren Zugang der Kunde gemäß § 151 BGB verzichtet hat. Das führt dazu, dass ein Kunde, der Ansprüche aus einem Überweisungsvertrag geltend machen will, immerhin noch beweisen muss, dass die Bank ihren Annahmewillens betätigt hat. Deshalb, so kann man argumentieren, sei das Verhalten des Kunden nicht als Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung auszulegen und der Vertrag ergebe sich nach § 362 HGB schon aus dem bloßen Schweigen der Bank (so <i>Meder JZ</i> 2003, 443, 446).</p>	
<p>Der Einzelzahlungsvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675c I BGB), der zugleich Merkmale des Werkvertrages aufweist. Der geschuldete Leistungserfolg besteht z.B. nach § 675f II BGB in der Bewirkung einer Überweisung an eine andere Bank innerhalb der Frist des § 675s BGB. Die Bank des Begünstigten ist verpflichtet, dem Begünstigten den Überweisungsbetrag unverzüglich nach Eingang bei ihr zur Verfügung zu stellen, § 675t BGB.</p>	
<p>2. Zahlungsdiensterahmenvertrag (Girovertrag)</p> <p>Unabhängig vom Überweisungsvertrag besteht zwischen dem Überweisenden und der überweisenden Bank in der Regel ein Zahlungsdiensterahmenvertrag über die Führung eines Kontos gemäß § 675f</p>	<p>2</p>

<p>II BGB in Form eines Girovertrags. Für jede künftige Einzeltransaktion auf dem Konto werden eigene (Einzelzahlungs-)Verträge geschlossen.</p> <p>Der Zahlungsdiensterahmenvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag begründet Ansprüche des Kunden auf Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten, §§ 675, 667 BGB. Aus § 675t BGB ergibt sich der Anspruch auf Gutschrift eingehender Überweisungen.</p> <p>Der Zahlungsdiensterahmenvertrag ist nicht Voraussetzung des Überweisungsvertrages. Man kann bei jeder Bank, auch ohne dort ein Konto zu führen, Bargeld vorlegen und die Überweisung dieses Geldes an einen Begünstigten vereinbaren.</p>	
<p>3. Kontokorrentabrede</p> <p>Ebenfalls unabhängig von Zahlungsdiensterahmenvertrag und Einzelzahlungsvertrag besteht die Kontokorrentabrede. Sie tangiert den Einzelzahlungsvertrag allenfalls insofern, als der Begünstigte nicht über die einzelne Gutschrift verfügen kann, sondern deren Einstellung ins Kontokorrent und Verrechnung mit den anderen Positionen vereinbart ist.</p> <p>Der Begünstigte erlangt aus der Saldenfeststellung nach periodischem Rechnungsabschluss ein Schuldanerkenntnis des Kreditinstituts, §§ 780, 781 BGB. Das Schuldanerkenntnis kann entgegen §§ 780, 781 BGB formfrei erteilt werden, da es auf Grund einer Kontokorrentabrechnung erteilt wird, § 782 1. Alt. BGB. Zudem sind die Banken Kaufleute, § 350 HGB.¹</p> <p>Fehlt ein Schuldgrund für das Schuldanerkenntnis, kann dem Anspruch die Einrede der Bereicherung entgegengehalten werden, § 821 BGB, und das Schuldanerkenntnis zurückgefordert werden, §§ 812 I 1 1. Alt., 814 BGB.</p>	3
<p>4. Verwahrungsvertrag</p> <p>Der Anspruch auf Auszahlung eines Tagesguthabens nach Bareinzahlung ergibt sich aus einem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag gemäß §§ 700 I 1, 488 I 2 BGB. Hinsichtlich des Kontoguthabens nach Gutschrift besteht zwischen Bank und Kunde ein Gelddarlehensvertrag gemäß § 488 BGB.</p> <p>Der Kontoinhaber kann das Guthaben jederzeit auszahlen lassen, denn auf sein Rückforderungsrecht findet § 488 I 2 BGB direkt oder aufgrund der Verweisung in § 700 I 1 BGB Anwendung. Der Anspruch aus §§ 488 I 2</p>	4

¹ Man kann m.E. wahlweise § 782 BGB oder § 350 HGB zitieren. Auch BGH WM 1988, 321, 322 und *Canaris* (Großkomm HGB, BankvertragsR, 5. Aufl. 2016, Rn. 415) legen sich nicht fest und formulieren „Anspruch aus abstraktem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis“.

<p>BGB auf Auszahlung des Tagesguthabens besteht unabhängig von Kontokorrentabrede und Girovertrag.</p>	
<p>5. Zahlungsvertrag im Internetbankenverkehr</p> <p>Schließlich existieren Vertragsverhältnisse zwischen den beteiligten Banken im Zahlungsverkehr.</p> <p>Die Grafik zeigt den komplizierteren Fall der Überweisung unter Einschaltung von drei Kreditinstituten. Dieser Fall tritt auf, wenn Überweisender und Begünstigter ihre Konten bei verschiedenen Kreditinstituten führen. Bei einer solchen institutsübergreifenden Überweisung erfolgt die Zahlung ausgehend vom überweisenden Institut über ein zwischengeschaltetes Kreditinstitut an das Kreditinstitut des Begünstigten. Der Zahlungsvertrag begründet die Verpflichtung des zwischengeschalteten Kreditinstituts, Überweisungen weiterzuleiten. Typische zwischengeschaltete Kreditinstitute sind die Landeszentralbanken, die den Interbankenverkehr vermitteln. Aufgrund der Vielzahl der Banken wickeln diese nur selten den Zahlungsverkehr direkt untereinander „jeder mit jedem“ über Konten der jeweiligen Bank bei der anderen Bank ab. Vielmehr bedienen sich die Banken eines Gironetzes, des Verrechnungsnetzes der Deutschen Bundesbank bzw. der Landeszentralbanken. Die LZB führt im Rahmen ihrer Funktion als Clearingstelle für jede Bank genau ein Konto und verbucht die Überweisungseingänge und -ausgänge aller anderen Banken für die Bank auf diesem Konto. Täglich werden alle Interbankentransaktionen der Kreditinstitute verrechnet und nur der festgestellte Saldo auf dem Konto der Bank bei der LZB ausgekehrt. Aufgrund dieser Vereinfachung des Interbankenverkehrs erfolgt die Einschaltung des zwischengeschalteten Kreditinstituts.</p> <p>Der einfache Fall einer Überweisung zwischen zwei Kunden desselben Kreditinstituts erfolgt ohne Einschaltung des Interbankenverkehrs durch Überweisung und Gutschrift innerhalb der Bank.</p>	<p>5</p>

Erläuterungen zu Folie 15

§ 366 HGB

Gegenstand der Folie 15 ist der gutgläubige Erwerb im Handelsrecht. Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften werden mit handelsrechtlichen kombiniert. Damit sind unter Einbeziehung der Vertretungsregeln leicht 40 verschiedene Paragraphenkombinationen für die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen zu finden. Die einzelnen Übertragungsformen können im Rahmen des Handelsrechts nicht umfassend dargestellt werden. Kenntnisse im Sachenrecht werden vorausgesetzt. Bekannt sein sollte zumindest die Übertragung des Eigentums, insbesondere der gutgläubige Erwerb im Bürgerlichen Recht.

Allgemeines:

Kurz sei noch einmal erinnert, dass für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb beweglicher Sachen zwischen dem Erwerb vom Berechtigten (§§ 929-931 BGB) und dem Erwerb vom Nichtberechtigten (§§ 932-936 BGB) zu unterscheiden ist.

Zur Wiederholung: Grundsätzlich ist die Verfügung über ein fremdes Recht ohne Einwilligung (§ 185 BGB) unwirksam. Niemand soll Rechte übertragen können, die er selber nicht innehat. Aus Gründen des Verkehrsschutzes wird dieses Prinzip durch den gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten (§§ 932-934 BGB) sowie den gutgläubigen lastenfreien Erwerb (§ 936 BGB) durchbrochen (vgl. auch §§ 1207 f. BGB für das Pfandrecht). Gleichwohl wird durch diese Vorschriften nur die fehlende Berechtigung, über das Eigentum zu verfügen, ersetzt. Einigung und Übergabe bzw. Übergabesurrogat müssen stets vorliegen.

Der gutgläubige Erwerb beruht auf dem Rechtsschein, der bei beweglichen Sachen durch den Besitz (§ 854 I BGB) vermittelt wird.

Erwerb vom Nichtberechtigten Im BGB

I Einigung mit einem Nichtberechtigten (z.B. Nichteigentümer oder Eigentümer + § 161 BGB)

II Guter Glaube

- an das Eigentum des Veräußerers (anders § 366 HGB)
- bei Einigung, Besitzverlust und Besitzerwerb

III Erwerb des Besitzes

- Übergabe vom Veräußerer, § 932 Abs. 1 S. 2
- Vereinbarung eines Besitzkonstituts und späterer Besitzerwerb vom Veräußerer (§ 933)
- Abtretung des Herausgabeanspruchs
 - bei bestehendem mittelbarem Besitz des Veräußerers (§ 934 Alt. 1)
 - ohne mittelbaren Besitz des Veräußerers (§ 934 Alt. 2)

IV Kein Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs gern. § 935

Daran knüpft auch die widerlegliche Vermutung des § 1006 BGB an.

Um die Sicherheit und Leichtigkeit des handelsrechtlichen Verkehrs zu schützen, wird der gute Glaube des Erwerbers im Handelsrecht ausgedehnt. Bei dem Erwerb einer Sache von einem Kaufmann vermutet oder weiß der Erwerber häufig sogar, dass der Kaufmann nicht selbst Eigentümer einer Sache ist (man denke nur an Kommissionsware [§§ 383 ff HGB]). Er rechnet aber damit, dass der kaufmännische Veräußerer verfügungsbefugt ist, d.h. mit der Einwilligung des Berechtigten handelt (§ 185 I BGB). Der bürgerlich-rechtliche Gutgläubensschutz ist in diesen Fällen unzureichend. Dem Erwerber ist i.d.R. nicht zuzumuten, Ermittlungen über das Bestehen einer Verfügungsbefugnis des Kaufmannes anzustellen. Niederschlag hat dieser Gedanke in der Regelung des § 366 HGB gefunden.

Anwendungsbereich des § 366 HGB:

§ 366 HGB ist neben dem Gutgläubenserwerb des BGB anwendbar. Auch im Handelsrecht setzt der gutgläubige Erwerb den so genannten "normale Erwerbstatbestand" (Einigung und Übergabe oder Übergabesurrogat) voraus. Überwunden wird lediglich die fehlende Verfügungsbefugnis. Aus diesem Grund gelten auch die allgemeinen Grenzen des Vertrauensschutzes. So ist dann kein Raum für den gutgläubigen Erwerb gem. § 366 HGB, wenn ein solcher über § 935 BGB ausgeschlossen ist. Genauso wenig hilft die Norm bei fehlender Geschäftsfähigkeit oder über absolute Verfügungsbeschränkungen (z.B. §§ 80, 81 InsO) hinweg.

Der Tatbestand

§ 366 regelt 3 verschiedene Tatbestände:

- > den gutgläubigen Erwerb bei Veräußerung oder Verpfändung (Abs. 1)
- > den gutgläubigen lastenfreien Erwerb (Abs. 2) und
- > den gutgläubigen Erwerb gesetzlicher Pfandrechte (Abs. 3)

1. Gutgläubiger Erwerb bei Veräußerung oder Verpfändung

Der Veräußerer muss Kaufmann (vgl. dazu Folien 2 - 6) sein, was auf der Erwerberseite nicht erforderlich ist. Ob § 366 HGB auch auf Geschäfte mit einem Scheinkaufmann zu erstrecken ist, ist umstritten. Die h.M. verneint dies im Ergebnis (Baumbach/Hopt/Leyens, 40. Aufl. 2021, HGB § 366 Rn. 4 mwN). Andernfalls würde man den wahren Berechtigten aufgrund eines Rechtsscheins, den nicht er, sondern der Scheinkaufmann geschaffen hat, unbillig belasten.

Ferner muss die Veräußerung Teil eines Handelsgeschäfts sein. Wird der Kaufmann als Privatperson tätig, bedarf es nämlich keines gesteigerten Verkehrsschutzes, da dann kein Anlass für die Annahme der Verfügungsberechtigung besteht. Allerdings wird bei den Geschäften eines Kaufmanns die Zugehörigkeit zu seinem Betrieb gem. § 344 Abs. 1 vermutet. Bei Geschäften, die nicht zum gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes gehören, ist § 366 demnach zwar einschlägig, jedoch sind dann erhöhte Anforderungen an den guten Glauben des Erwerbers gem. § 366 HGB zu stellen (vgl. BGH NJW 1999, 425 f.).

Voraussetzungen der § 366 I und II HGB

1. Kaufmannseigenschaft
2. Handelsgeschäft bzw. Betriebsbezogenheit
3. Bewegliche Sache
4. Fehlendes Eigentum des Verfügenden
5. Guter Glaube (§ 932 11 BGB)

RF: Bei I wie § 932-934 ggf. i.V.m. § 1207 BGB
Bei II wie § 936 BGB

HANDELSKAUF – ANWENDUNGSBEREICH

Das HGB regelt im zweiten Abschnitt seines vierten Buches („Handelsgeschäfte“), in den §§ 373 bis 382, den Handelskauf. Diese Bestimmungen ergänzen oder modifizieren die allgemeinen Leistungsstörungs- und Gewährleistungsvorschriften. Sie dienen einer zügigeren Vertragsdurchführung. Tendenziell begünstigen sie die Rechtsposition des Verkäufers, etwa beim Annahmeverzug (§§ 373 f. HGB), beim Bestimmungskauf (§ 375 HGB) und im Falle mangelhafter Erfüllung (§ 377 HGB: Rügeobliegenheit des Käufers), siehe. andererseits § 376 HGB (Fixhandelskauf).

Der sachliche Anwendungsbereich umfasst als **Vertragstypus** nicht nur den Kaufvertrag. Vielmehr gelten die §§ 373 ff. HGB auch dann, wenn nicht kaufrechtliche Vorschriften anzuwenden sind. In welchen Fällen das zutrifft, zeigt der obere Teil der Folie. Kraft der Verweise in [§§ 650 S. 1 BGB](#) bzw. [§ 381 II HGB](#) (dazu sogleich), [§ 480](#) und [§ 365 BGB](#) fallen auch der **Werklieferungsvertrag**, der **Tausch** und die Leistung an **Erfüllungs Statt** in den sachlichen Anwendungsbereich der §§ 373 ff. HGB. Zwar bestimmt auch [§ 381 II HGB](#) die Anwendbarkeit der §§ 373 ff. HGB auf Werklieferungsverträge. Doch hätte es dieser Vorschrift nicht bedurft. Sie erklärt sich wie folgt:

2 [§ 651 I 2 BGB](#) a. F. unterschied: Auf Werklieferungsverträge, welche die Herstellung vertretbarer Sachen ([§ 91 BGB](#)) zum Gegenstand hatten, fanden die §§ 433 ff. BGB Anwendung ([§ 651 I 2](#), 1. Hs. BGB a. F.); auf Werklieferungsverträge, welche auf die Herstellung *nicht* vertretbarer Sachen gerichtet waren, galt grundsätzlich Werkvertragsrecht ([§ 651 I 2](#), 2. Hs. BGB a. F.), sodass die §§ 373 ff. HGB hierauf nicht anwendbar gewesen wären. Diese Lücke schloss [§ 381 II HGB](#) a. F., wonach die §§ 373 ff. HGB auch für Werklieferungsverträge galten, welche die Herstellung unvertretbarer beweglicher Sachen beinhalteten. Nach der Änderung durch das Schuldrechtmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 bedarf es einer ausdrücklichen Regelung an sich nicht mehr, weil das Kaufrecht für Werklieferungsverträge generell gilt, [§ 650 S. 1 BGB](#) (so auch BeckOKHGB/Schwartz, 33. Ed. 15.7.2021, HGB [§ 381](#) Rn. 8). Dennoch stellt die Vorschrift des [§ 381 II HGB](#) n. F. klar, dass die §§ 373 ff. HGB auch auf Werklieferungsverträge anwendbar sind, und als insoweit abschließende Regelung steht sie einer analogen Anwendung auf Werkverträge entgegen (vgl. BeckOKHGB/Schwartz, 33. Ed. 15.7.2021, HGB [§ 381](#) Rn. 9).

5, 6 Für weitere Vertragstypen, insbesondere [Werk-, Miet- und Leasingverträge](#), gelten die Vorschriften über den Handelskauf nicht. Soweit es bei Werkverträgen ausnahmsweise geboten erscheint, dem Besteller Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten aufzuerlegen, dürfte ein Rückgriff auf § 242 BGB ausreichen (BeckOKHGB/[Schwartz](#), 33. Ed. 15.7.2021, HGB § 381 Rn. 9).

Der untere Teil der Folie zeigt, dass als **Gegenstand** der o. g. Verträge nur
7, 8 [Waren](#) und [Wertpapiere](#) (§ 381 I HGB) in Betracht kommen; folglich scheiden
9, 10 Verträge über [Rechte](#) (§ 453 I Fall 1 BGB), [sonstige Gegenstände](#) (§ 453 I Fall
11 [2 BGB](#)) und [Grundstücke](#) aus.

373 ff. HGB

Auf der Folie 18 sind Möglichkeiten zu Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf des Verkäufers im Annahmeverzug des Käufers dargestellt. Die Abweichungen des Handelsrechts und die resultierenden besonderen Mittel werden in dem grau unterlegten Teil der Folie dargestellt, während im übrigen Bereich der Tabelle die bürgerlich-rechtlichen Regelungen erörtert sind.

Einführung:

Gelegentlich kann ein leistungswilliger Schuldner nicht leisten. Dies mag z.B. daran liegen, dass ihm die Person oder der Aufenthaltsort des Gläubigers unbekannt sind (§ 372 S. 2 BGB). Oft ist der Schuldner auch auf die Mitwirkung des Gläubigers angewiesen, etwa beim Kauf- oder Werkliefervertrag (§ 381 II HGB). Dort ist der Verkäufer gem. § 433 I BGB verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum zu verschaffen, während dieser dem Verkäufer die Sache abzunehmen hat (§ 433 II BGB) und über den Eigentumsübergang einig sein muss (§ 929 S. 1 BGB). Zwar kann der Verkäufer seinen Vertragspartner in Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) setzen, so seine Haftung verringern (§ 300 I BGB) und den Gefahrübergang (§ 300 II BGB) herbeiführen. In vielen Fällen wird der Verkäufer aber auch ein Interesse haben, die Kaufsache loszuwerden, sei es, dass mit der Aufbewahrung hohe Kosten verbunden sind, sei es, dass der Lagerplatz dringend für neue Ware benötigt wird oder, dass die Ware verderblich ist. Hier helfen dem Verkäufer Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf, die Sache loszuwerden und u.U. Erfüllungswirkung herbeizuführen. § 372 BGB erlaubt hier nur die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren, sonstigen Urkunden und Kostbarkeiten bei einer staatlichen Hinterlegungsstelle. Verkauft ein Kaufmann beispielsweise ein Zuchtpferd oder eine Ladung Zucker, so hätte er nach § 383 BGB nur die Möglichkeit, diese Ware am Leistungsort öffentlich versteigern zu lassen und dann den Erlös für den Gläubiger zu hinterlegen. Für den kaufmännischen Verkehr ist dieses Verfahren zu langsam und ungeeignet. § 373 HGB erlaubt beim Handelskauf daher die Hinterlegung an jedem sicheren Ort (§ 373 I HGB) und erweitert die Selbsthilfeverkaufsmöglichkeiten (§ 373 II HGB).

I. Hinterlegung

1. Verfahren

a) **Voraussetzungen §§ 372 ff BGB (Tabelle oben links [1 hell])**

Hinterlegungsfähige Gegenstände sind nach dem BGB (auch ausländisches) Geld, Wertpapiere, Urkunden und Kostbarkeiten. Kostbarkeiten sind bewegliche Sachen, die unverderblich, leicht aufzubewahren sind und deren Wert nach der Verkehrsauffassung im Verhältnis zu Größe und Gewicht und im Vergleich zu anderen Sachen besonders hoch ist, beispielsweise Gold, Edelsteine und wertvoller Schmuck.

§ 372 BGB nennt 3 *Hinterlegungsgründe*: Annahmeverzug des Gläubigers (§§ 293 ff. BGB) und Situationen, in denen dem Schuldner die Erfüllung nicht oder nicht sicher möglich ist. Daneben bestehen einige spezielle Vorschriften (z.B. §§ 432 I S. 2, 660 II, 2039 S. 2

BGB), in denen die Hinterlegung auf Verlangen des Gläubigers vorzunehmen ist. Dort führt diese als Leistung des Schuldeten zum Erlöschen der Forderung (§ 362 BGB).

ZUR WIEDERHOLUNG:

aa) Annahmeverzug

Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges richten sich nach den §§ 293 ff. BGB. Der Gläubiger gerät in Verzug, wenn er die vertragsgemäße Leistung des Verkäufers *nicht annimmt*. Erforderlich ist folglich ein *wirksamer Anspruch* (z.B. auf Lieferung der Kaufsache), wobei der Schuldner bereits berechtigt sein muss, die geschuldete Leistung zu erbringen (§ 271 BGB). Der Schuldner muss die Leistung ferner *ordnungsgemäß anbieten*. Im Normalfall bedeutet dies ein tatsächliches Angebot (§ 294 BGB), mitunter genügt aber auch ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB). Schließlich kann das Angebot beim Unterbleiben einer termingebundenen Mitwirkungshandlung des Gläubigers ganz entbehrlich sein (§ 296 BGB), so z.B. bei einer Holschuld. Bei Zug-um-Zug-Leistungen gerät der Gläubiger bereits dann in Verzug, wenn er zwar zur Annahme bereit ist, die Gegenleistung aber nicht anbietet (§ 298 BGB). Der Schuldner muss zum Angebotszeitpunkt *zur Leistung imstande und bereit* gewesen sein (§ 297 BGB). Daran fehlt es, wenn die Leistung auf Dauer unmöglich ist (§ 275 BGB) oder eine verspätete Leistung bei einem absoluten Fixgeschäft angeboten wird.

bb) sonstige Hinterlegungsgründe

Gründe für die fehlende Möglichkeit oder Sicherheit der Erfüllung (§ 372 S. 2 BGB) können in der Person des Gläubigers liegen (zB Geschäftsunfähigkeit [§ 105 BGB], unbekannter Aufenthalt etc.). Wird die Erfüllung durch Ungewissheit über die Person des Gläubigers gehindert bzw. gefährdet, darf diese nicht auf Fahrlässigkeit des Schuldners beruhen (§ 372 S. 2 BGB). Sie kann sich auch auf rechtliche Umstände beziehen (z.B. Mehrfach- oder zweifelhafte Abtretung).

cc) Hinterlegungsverfahren

Während das BGB die vorbehandelten Fragen nach Hinterlegungsfähigkeit und -grund behandelt und Aussagen über die Rechtsfolgen enthält (s.u. 2.), wird das „Wie“ im Hinterlegungsgesetz geregelt. Dort ist die Hinterlegung als öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis ausgestaltet. Sowohl die Annahme (§ 7 HintG), als auch die Herausgabe (§ 21 I HintG) bedarf einer Verfügung der Hinterlegungsstelle. Zuständig sind die Amtsgerichte und bei der Hinterlegung von Geld die Justizkasse Hamburg (§ 1 HintG). Wird ein gesetzliches Zahlungsmittel hinterlegt, erwirbt das Land gem. § 11 I HintG daran Eigentum. Hinterlegtes Geld wird nicht verzinst, vgl. § 12 HintG. Andere Sachen werden unverändert (§ 13 I HintG) aufbewahrt. Die Hinterlegungsstelle kann den Wert von Kostbarkeiten auf Kosten des Hinterlegers durch Sachverständige schätzen lassen (§ 13 II HintG).

b) Voraussetzungen § 373 I HGB (Tabelle oben links grau [1])

Das Handelsrecht ermöglicht die Hinterlegung unter einfacheren Voraussetzungen. § 373 HGB erfordert einen (zumindest einseitigen) Handelskauf. Eine Partei muss daher Kaufmann sein (vgl. dazu Folien 2 f., 4, 6) und das Geschäft zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehören. Dann liegt gem. §§ 344 I, 343 HGB (vgl. Folie 3) im Zweifel ein Handelsgeschäft vor. Hinterlegungsfähig ist hier jede Sache.

§ 373 HGB nennt als Hinterlegungsmöglichkeit ein öffentliches Lagerhaus (§§ 416 ff. HGB) oder die Hinterlegung auf sonst sichere Weise. Der Hinterlegende kann also auch einen zuverlässigen Privatmann wählen, muss allerdings bei der Auswahl der Hinterlegungsstelle die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (ggf. eines ordentlichen Kaufmanns gem. § 347 I HGB) beachten. Das Haftungsprivileg des § 300 I BGB findet hier nämlich keine Anwendung (h.M.), da diese Haftungsbeschränkung nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte nur der Vorsorge für den Leistungsgegenstand als solchen gilt. Wegen der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Verkäufers muss die Hinterlegung der Kaufsache dem Käufer ohne schuldhaftes Zögern angezeigt werden (§ 374 II BGB).

2. Rechtsfolgen der Hinterlegung

a) Bürgerlich-rechtliche Hinterlegung (Folie unten links [3] hell)

(ANGEBOT ZUR VERTIEFUNG IHRES BGB-WISSENS - NICHT TESTRELEVANT)

aa) schuldrechtlich

Die Wirkung der Hinterlegung ist daran geknüpft, ob der Schuldner (Hinterlegende) noch zur Rücknahme des Hinterlegungsgutes berechtigt ist. Besteht das Rücknahmerecht noch, gilt § 379 BGB. Dem Schuldner steht ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 379 I BGB als Einrede zu. Dadurch entfällt ein Schuldnerverzug. Der Gläubiger trägt gem. Abs. 2 die Preis- bzw. Gegenleistungsgefahr, wohingegen der Schuldner von Zinszahlungen und dem Ersatz nicht gezogener Nutzungen befreit wird, solange die Sache hinterlegt ist. Allerdings treten ohnehin durch den Annahmeverzug die gleichen Wirkungen bereits gem. §§ 323 VI, 326 II, 300-302 BGB ein. Die Rechtsfolgen der Hinterlegung entfallen zudem rückwirkend und der Zustand vor der Hinterlegung tritt wieder ein (aber § 212 I Nr. 1 BGB!), wenn der Schuldner die Sache zurückverlangt (§ 379 III).

Ist die Rücknahme indes ausgeschlossen, wirkt die rechtmäßige Hinterlegung schuldbefreiend - also wie nach § 362 I BGB - und zwar vom Zeitpunkt der

Hinterlegung an. Gem. § 376 II BGB ist die Rücknahme in drei dort genannten Fällen ausgeschlossen:

Die Forderung erlischt in diesen Fällen gem. § 378 BGB und alle Verzugsfolgen fallen weg. Akzessorische Sicherungen werden ebenfalls frei. Fehlen die Hinterlegungsgründe, tritt die Erfüllungswirkung nur mit Annahme der Hinterlegung durch den Gläubiger ein.

Von der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat sind die Hinterlegung zur Sicherheitsleistung gem. §§ 232 ff., §§ 707 I, 709 S. 2 ZPO und die Hinterlegung bei einem Notar gem. § 23 BundesnotarO zu unterscheiden. Die §§ 372 ff. BGB sind dort nicht (auch nicht analog) anwendbar. Daher wirkt die Zahlung auf ein Notaranderkonto (bei fehlender Parteiabrede) nicht als Erfüllung, sondern tritt erst mit der Auszahlung an den Gläubiger ein (BGHZ 87, 162).

bb) dinglich

Dinglich erwirbt das Land gem. § 11 HintG das Eigentum, wenn ein gesetzliches oder gesetzlich zugelassenes Zahlungsmittel hinterlegt wird. Von diesen Fällen abgesehen ändert sich die dingliche Rechtslage an dem hinterlegten Gegenstand nicht bereits durch die Hinterlegung. Mit der Hinterlegung bringt der Schuldner ein Übereignungsangebot zum Ausdruck, bleibt aber bis zur Annahme durch den Gläubiger noch Eigentümer.

cc) Freigabeanspruch

Der Schuldner hat gegen den Gläubiger aus § 812 I BGB einen Freigabeanspruch, wenn die zu erfüllende Forderung von vornherein nicht besteht (§ 812 I 1, 1. Var.) oder später wegfällt (aus § 812 I 2, 1. Var.).

b) Wirkungen nach HGB (Folie unten links [3] grau)

Die Hinterlegung gem. § 373 HGB erzeugt – anders als die nach BGB – keine Erfüllungswirkung, sondern soll den Verkäufer nur von der Last der eigenen Aufbewahrung der Ware befreien. Die Wirkungen des Annahmeverzuges (s.o.) bleiben natürlich dennoch bestehen. Gleichmaßen kann Erfüllungswirkung bei hinterlegungsfähigen Sachen unter den engeren Voraussetzungen der Normen gem. §§ 372 ff. BGB herbeigeführt werden.

Nach § 373 I HGB findet die Hinterlegung der Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers statt. Der Verwahrer ist damit aber kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers.

Ebenso wenig besagt diese Vorschrift, dass der Verkäufer den Verwahrungsvertrag als Bevollmächtigter des Käufers abschließen darf. Das Gesetz stellt lediglich klar, dass die Vereinbarung einer Fremdverwahrung eine Geschäftsführungsmaßnahme darstellt. Aufwendungen des Hinterlegenden sind folglich gem. § 670 BGB zu erstatten. Erstattungsfähig sind alle Aufwendungen, die nach verständigem Ermessen aufgrund sorgfältiger Prüfung bei Berücksichtigung aller Umstände über die Notwendigkeit der Aufwendungen erforderlich sind. Die Aufwendungen müssen angemessen sein und in einem vernünftigen Verhältnis zur Bedeutung des Geschäfts und angestrebten wirtschaftlichen Erfolg stehen.

II. Selbsthilfeverkauf

1. Voraussetzungen (Tabelle oben rechts [2])

a) BGB (auf der Folie = hell)

(ANGEBOT ZUR VERTIEFUNG IHRES BGB-WISSENS)

Anders als bei der Hinterlegung folgt aus dem Selbsthilfeverkauf des Schuldners nach den §§ 383-385 BGB, dass der Gläubiger den Anspruch auf die geschuldete Sache verliert und nur den Verkaufserlös erhält. Dieser bleibt allerdings fast immer hinter dem Wert der Sache zurück. Der Schuldner ist ermächtigt, sich durch Hinterlegung des Erlöses von seiner Verbindlichkeit zur Sachleistung zu befreien oder den Gläubiger auf den hinterlegten Erlös zu verweisen (§ 378 BGB).

Voraussetzung ist gem. § 383 I 1 BGB der Annahmeverzug des Gläubigers zum Zeitpunkt des Selbsthilfeverkaufs. Hier gilt das oben (unter 1. a. aa.) Ausgeführte. Bei drohendem Verderb oder unverhältnismäßig hohen Kosten der Aufbewahrung ist der Selbsthilfeverkauf auch im Falle der übrigen Hinterlegungsgründe (s.o.) zulässig (§ 383 I 2 BGB).

Der Selbsthilfeverkauf erfolgt regelmäßig durch öffentliche Versteigerung. Eine solche definiert § 383 III BGB wie folgt: „Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung)“. Versteigert werden muss am Leistungsort (§ 383 I 1 BGB, Ausnahme Abs. 2). Zuständig sind die Gerichtsvollzieher, die Notare und die von den zuständigen Landesbehörden gemäß § 34 b V GewO bestellten Personen. Weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist die Androhung der Versteigerung, es sei denn, diese ist untunlich (§ 384 BGB).

Der Schuldner darf trotz § 181 BGB nach dem Rechtsgedanken der § 1239 BGB, § 374 IV HGB mitbieten, ebenso der Gläubiger.

Hat die Sache einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der sog. *freihändige Verkauf zum* laufenden Preis durch die in § 385 BGB bestimmten Personen außerhalb der öffentlichen Versteigerung möglich.

b) § 373 HGB (auf der Folie = grau)

Die Voraussetzungen entsprechen hinsichtlich des Handelskaufs und Annahmeverzuges dem oben unter I. 2 b (Hinterlegung) Dargestellten. Der Selbsthilfeverkauf muss zudem noch rechtzeitig angedroht werden (§ 373 II HGB).

aa) Deckungsverkauf

Vom Selbsthilfeverkauf muss der sog. Deckungsverkauf unterschieden werden. Dieser liegt vor, wenn der Verkäufer beim Zahlungsverzug des Käufers einen Verkauf auf eigene Rechnung vornimmt, um den Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 281, 280 I BGB zu konkretisieren. Das ist z.B. der Fall, wenn die Annahme der Ware eine Hauptpflicht darstellte oder ein Zahlungsverzug des Käufers vorlag.

Dann steht die Möglichkeit des Rücktritts gem. § 323 BGB und Schadensersatz gem. §§ 281, 280 I BGB offen.

Liegt ein rechtswidriger Selbsthilfeverkauf vor, so kann dieser nach allgemeiner Ansicht unter den Voraussetzungen der §§ 281, 280 I BGB als Deckungsverkauf aufrechterhalten werden.

bb) Durchführung

Der Kaufmann darf grundsätzlich jede Ware an jedem geeigneten Ort verkaufen. Dem Verkäufer steht gem. § 373 II HGB ein Wahlrecht zu, ob er die Ware hinterlegen oder einen Selbsthilfeverkauf vornehmen will. So kann er z.B. auch erst eine Ware hinterlegen und später versteigern lassen (anders § 372 BGB, wo sich Hinterlegung und Versteigerung ausschließen; s.o. II. 1. a). Entschließt sich der Verkäufer zum Selbsthilfeverkauf, so kann er wählen: Entweder entschließt er sich zur *öffentlichen Versteigerung* durch den Gerichtsvollzieher oder durch eine andere zur Versteigerung berufene Person (§ 373 II 1, HS. 1 HGB, § 383 III BGB) oder zum *freihändigen Verkauf* durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder zur

Versteigerung berufene Person. Im zweiten Fall muss die Ware einen Börsen- oder Marktpreis haben (§ 373 II 1 HGB).

2. Rechtsfolgen

a) BGB (Folie unten rechts [3] hell)

Nach § 383 I 1 BGB kann der Schuldner den Erlös hinterlegen. Dann bestimmen sich auch die Rechtsfolgen nach der Hinterlegung. Nicht geregelt ist hingegen der Zustand *vor* der Hinterlegung. Nach allgemeiner Ansicht ist hier § 1247 BGB analog anzuwenden. Der Anspruch des Gläubigers auf die ursprüngliche Leistung verwandelt sich in den Anspruch auf den Verkaufserlös.

Ist das Leistungshindernis nach dem Selbsthilfeverkauf entfallen, kann der Schuldner, statt zu hinterlegen, auch an den Gläubiger zahlen oder mit dem nun analog § 1247 BGB in einen Geldanspruch verwandelten Anspruch des Gläubigers mit den Gegenansprüchen (z.B. § 433 II) aufrechnen.

Sind die Vorschriften über die Durchführung der Versteigerung verletzt, richtet sich die Rechtsfolge in Anlehnung an den Pfandverkauf (§ 1243 BGB) danach, ob wesentliche zum Schutz des Gläubigers bestimmte Vorschriften verletzt worden sind. War der Verkauf unrechtmäßig, treten die obenstehenden (für den Schuldner günstigen) Wirkungen nicht ein. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Versteigerung nicht öffentlich oder durch einen nicht zugelassenen Versteigerer durchgeführt worden ist, auch wenn sie nicht ordnungsmäßig bekannt gemacht oder angedroht worden ist.

Bei der Verletzung bloßer Ordnungsvorschriften hingegen, wird die Wirkung nicht berührt. Eine Ordnungsvorschrift ist z.B. der Ort der Versteigerung. Dann entsteht eine Schadensersatzpflicht des Schuldners (§ 384 II BGB). Er muss im Streitfall beweisen, dass durch eine Versteigerung am gesetzlich bestimmten Ort kein höherer Erlös erzielt worden wäre.

b) HGB (Folie unten rechts [4] grau)

Der Selbsthilfeverkauf erfolgt nur auf „Rechnung“ des Käufers i.S.d. § 373 III HGB, wenn er vorschriftsmäßig durchgeführt wird. Dann wird der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei.

rechtmäßiger
Verkauf

Es besteht ein Auftragsverhältnis, nach dem der Verkäufer im Auftrag des Käufers die Ware veräußert hat. Der Verkäufer ist danach zur Abrechnung verpflichtet (§ 666 BGB). Er ist grundsätzlich verpflichtet, den Verkaufserlös gem. § 667 BGB herauszugeben. Allerdings kann der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch (§ 433 II BGB bleibt ja bestehen) und Aufwendungsersatzanspruch (§ 670 BGB) mit diesem Erlösanspruch (§ 667 BGB) aufrechnen. Der Aufwendungsersatzanspruch umfasst z.B. die Reisekosten, Transportkosten, Porto und Telekommunikationskosten. Nach h.M. kann der Verkäufer auch eine Verkaufsprovision fordern. Dies folgt unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus § 354 HGB und § 373 III HGB, wonach der Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des säumigen Käufers erfolgt. (Nach a.A. soll die Provision versagt werden, da der Verkäufer die Sache auch hinterlegen könne, daher sei Verkauf nur in seinem Interesse.).

Hat der Verkäufer durch den Selbsthilfeverkauf mehr Erlöst als den zu zahlenden Kaufpreis plus der hinzuzurechnenden erstattungsfähigen Aufwendungen, gebührt der Überschuss dem Käufer (§ 667 BGB). Ist der Verkaufserlös geringer, steht dem Verkäufer der Differenzbetrag aus dem durch die Aufrechnung nicht erloschenen Kaufvertrag zu.

unrechtm.
Verkauf

Der Verkäufer wird beim unrechtmäßigen Selbsthilfeverkauf nicht von seiner Leistungspflicht frei. Handelte es sich beispielsweise um einen Stückkauf kann sogar Unmöglichkeit (dann Schadensersatz gem. §§ 280, 281 I BGB) die Folge sein.

Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage vom Deckungsverkauf. Für den Verkäufer ist daher von erheblichem Interesse, ob der unwirksame Selbsthilfeverkauf als Deckungsverkauf zu behandeln ist. Unterbleibt hingegen „nur“ die Benachrichtigung von der *Versteigerung* (§ 384 II ist keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Selbsthilfeverkaufs) steht dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch zu (§ 373 V 2).

Gewährleistung beim (Handels-)kauf - § 377 ff. HGB

Folie 20 führt die Abweichungen beim Handelskauf von den bürgerlich-rechtlichen Gewährleistungsregeln vor Augen.

Einführung:

§ 377 HGB ergänzt das allgemeine Mängelgewährleistungsrecht des BGB (§§ 434 ff. BGB). Denn auch beim Kauf unter Kaufleuten gelten grundsätzlich die Mängelgewährleistungsvorschriften des BGB. Liegt ein beiderseitiges Handelsgeschäft vor, werden die Obliegenheiten des Käufers durch § 377 HGB erweitert. Er muss, „soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist“, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung untersuchen. Zeigt sich dabei ein Mangel, so hat er diesen ebenso unverzüglich zu rügen. War ein Mangel nicht gleich erkennbar und zeigt sich daher erst später, so muss der Käufer erst ab diesem Moment der Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge nachkommen. Unterbleibt die Rüge, gilt die Ware als genehmigt. Sie ist also trotz des Mangels als vertragsgerecht zu betrachten. Allerdings kann sich der Verkäufer hierauf nur dann berufen, wenn er den Mangel nicht seinerseits arglistig verschwiegen hat.

I. Gewährleistungssystem des Kaufs nach BGB

Primäre Pflicht des Verkäufers ist es, dem Käufer den Kaufgegenstand mangelfrei zu verschaffen. Erfüllt er diese Pflicht nicht, so kann der Käufer grundsätzlich wie bei jedem anderen gegenseitigen Vertrag zurücktreten (§§ 323 ff. BGB) und Schadensersatz verlangen (§§ 280 ff. BGB). Ergänzend steht ihm die kaufrechtliche Minderung (§ 441 BGB) zur Verfügung.

1. Nacherfüllung

Das Kaufrecht ist im besonderen Schuldrecht geregelt. Eine Reihe von Vorschriften ergänzen und modifizieren dort die allgemeinen Regeln. Namentlich sind davon die Fälle der „Schlechtleistung“ betroffen, bei denen ein Sach- oder Rechtsmangel (§§ 434, 435 BGB) vorliegt. Der Käufer kann daher im Normalfall erst mindern, zurücktreten oder Schadensersatz verlangen, wenn er dem Verkäufer zuvor eine Frist zur Nacherfüllung in Form der Nachlieferung oder Nachbesserung eingeräumt hat (§§ 323 Abs. 1, 281 I 1 i.V.m. 439 BGB). Es besteht daher ein grundsätzlicher Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs. Weitere Sonderregeln sind für den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) und den [Handelskauf \(s. III\)](#) zu beachten.

2. Voraussetzungen der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung

Kurze Wiederholung der allgemeinen Gewährleistungsvoraussetzungen nach BGB:

a) Die Parteien müssen einen wirksamen Kaufvertrag (§ 433 BGB) geschlossen haben.

b) Die Kaufsache muss einen Mangel aufweisen (§ 437 BGB).

aa) Ein *Rechtsmangel* i.S.d. § 435 S.1 BGB liegt vor, wenn der verkaufte Gegenstand nicht frei von Rechten ist, die Dritte gegen den Käufer geltend machen können (z.B. Grundschuld, Namens- oder Urheberverwertungsrechte).

bb) Im Zentrum der Gewährleistungsansprüche des Käufers steht der Begriff des *Sachmangels*, der sich aus § 434 BGB ergibt. In Betracht kommen verschiedenen Varianten:

- (1) Nicht die vereinbarte Beschaffenheit (Abs. 1 S. 1),
- (2) Keine Eignung zur vorausgesetzten Verwendung (Abs. 1 Nr. 1),
- (3) Keine Eignung zur gewöhnlichen Verwendung (Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3),
- (4) Unsachgemäße Montage (Abs. 2 S. 1),
- (5) Mangelhafte Montageanleitung (Abs. 2 S. 2),
- (6) Lieferung einer anderen Sache (Abs. 3 Alt. 1),
- (7) Mindermenge (Abs. 3 Alt. 2).

cc) Der Mangel muss ferner zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs¹ (§§ 446 f BGB) vorliegen, also nicht notwendigerweise schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Das bedeutet nicht, dass sich der Mangel dann schon zeigen muss, es genügt, wenn er bereits angelegt war.

c) Die Sachmängelhaftung darf nicht ausgeschlossen sein. In Betracht kommen hier:

- **Vertraglicher Ausschluss** der Gewährleistung. Hier sind die Grenzen der §§ 444, 475, 305 ff, 138, 242 BGB zu beachten.
- **Gesetzlicher Ausschluss:**
 - Kenntnis des Mangels beim Kauf (§ 442 BGB)
 - Bei öffentlicher Versteigerung, soweit keine Arglist oder Garantie des Verkäufers vorliegt
 - Verstoß gegen Untersuchungs- und Rügepflichten § 377 HGB beim beiderseitigen Handelskauf (siehe sogleich III)

d) Es darf nicht die Einrede der Verjährung (§ 438 BGB) entgegenstehen.

3. Konsequenzen für den Klausuraufbau:

Für den Klausuraufbau ergeben sich folgende Konsequenzen: Entweder man baut die Lösung historisch von der kaufrechtlichen Seite aus auf und handelt sich vom Vorliegen eines Mangels zur entsprechenden Rechtsfolge oder man baut genau

andersherum auf, indem man zielorientiert mit der Norm beginnt, die die gewünschte Rechtsfolge enthält. Dann prüft man zunächst deren allgemeine Voraussetzungen und beachtet inzident die speziellen kaufrechtlichen Tatbestände.

Dazu enthält die nachfolgende Tabelle ein vereinfachtes Aufbaubeispiel, das sich an den Übungsfall „[Streichholzschachteln](#)“ anlehnt. Das Beispiel liefert kein vollständiges Schema, mit dem sich alle Fälle lösen lassen!

Aufbau von der Norm ausgehend , die die Rechtsfolge ausspricht	Aufbau vom Kaufrecht ausgehend
<p>Rücktritt gem. §§ 346 I, 437 Nr. 2, 1. Alt. BGB</p> <p>1. Erklärung § 349 BGB</p> <p>2. Rücktrittsgrund §§ 323, 434, BGB gegenseitiger Vertrag ... nicht vertragsgemäß = Ist- < Soll Soll wie 434 ...</p> <p>a) Leistung nicht vertragsgemäß?</p> <p>aa) Kaufvertrag</p> <p>bb) Mangel §§ 434, 435 BGB</p> <p>cc) bei Gefahrübergang, § 446, 447 BGB</p> <p>b) Frist entbehrlich § 323 I, II Nr. 1 BGB? Verweigerung der Nacherfüllung (§ 440 S. 1 BGB)</p> <p>c) Rücktrittsrecht vor Rücktrittserklärung verloren</p> <p>aa) Kenntnis des Mangels, § 442?</p> <p>bb) § 377 II HGB?</p> <p>cc) § 323 V</p> <p>d) keine Verjährungseinrede § 438 BGB</p>	<p>Rücktritt gem. §§ 346 I, 437 Nr. 2, 1. Alt. BGB.</p> <p>1. Kaufvertrag</p> <p>2. Mangel gem. § 434, 435 ?</p> <p>3. Bei Gefahrübergang § 446, 447 BGB</p> <p>4. Rücktrittsrecht § 437 Nr. 2, 1. Alt., § 323 BGB</p> <p>a) Frist entbehrlich § 323 I, II Nr. 1 BGB? Verweigerung der Nacherfüllung (§ 440 S. 1 BGB)</p> <p>b) Rücktrittserklärung § 349</p> <p>c) Rücktrittsrecht vor Erklärung verloren?</p> <p>aa) Kenntnis des Mangels, § 442?</p> <p>bb) § 377 II HGB?</p> <p>cc) § 323 V</p> <p>d) keine Verjährungseinrede § 438 BGB</p>

Stets vor Augen halten sollte man sich, dass Aufbaufragen nur Zweckmäßigkeitserwägungen sind. Es verbietet sich insoweit eine schematische Lösung. Zwar hilft ein „Schema“, gedankliche Klarheit zu wahren, mitunter muss man aber gerade davon abweichen, um eine stringente und gut lesbare Lösung zu finden.

II. Rechtsfolgen bei Abweichen der Lieferung (Folie links, mitte)

Im Folgenden werden die Rechtsfolgen und Auswirkungen der Schlechtlieferung, Falsch- oder Teillieferung und einer Zuviel- oder besseren Lieferung als Kaufsache

¹ Die Gefahr geht normalerweise mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über (§ 446 S. 1 BGB), beim Versandkauf mit Auslieferung an den Transporteur (§ 447 BGB). Liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, ist § 447 BGB gem. § 475 II BGB nicht anwendbar.

durch den Verkäufer erläutert. Auf der Folie sind die einzelnen Konstellationen in der linken Spalte dargestellt und deren Auswirkung im Kauf nach BGB in der mittleren Spalte. Die rechte Spalte erfasst den Sonderfall des **Handelskaufs** und den dort möglichen Rechtsverlust durch Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 377 HGB.

1. **Schlechtlieferung (Folie 1.)**

Liegt eine Schlechtlieferung vor (zur Wiederholung vgl. Kasten), so kann der Käufer verschiedene Rechte geltend machen.

Wiederholungsangebot: Schlechtlieferungsmangelarten

V liefert K ein KfZ mit 40 PS statt der vereinbarten 80 PS.

Ein Mangel ist hier gegeben, da die Ist-Beschaffenheit der Kaufsache von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Die Soll-Beschaffenheit richtet sich mit dem sog. subjektiven Fehlerbegriff nach der vereinbarten Beschaffenheit der Sache (§ 434 I. 1 BGB).

K möchte einen Kameraaufsatz für sein Funktelefon Marke X. V verkauft einen Aufsatz, der nur an Telefone der Marke Y anschließbar ist. Ein Mangel liegt auch vor, wenn eine Beschaffenheitsvereinbarung fehlt. Hier ist die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung maßgebend (§ 434 I Nr. 1 BGB). Der Kameraaufsatz ist für die Verwendung mit dem Telefon des K ungeeignet.

V liefert K ein Regal, das nach wenigen Tagen bei normaler Verwendung zusammenstürzt.

Es liegt auch ein Mangel vor, wenn eine spezielle Verwendung nicht vorausgesetzt wird. Dann muss sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB).

Das Regal stürzt nach Beladung mit 50 kg wegen Überlastung zusammen, obwohl in den Verkaufskatalogen eine max. zulässige Last mit 150 kg angegeben ist. Die Kataloge liegen im Geschäft des V aus.

Hier ist von dem Mangel auszugehen, da zu der Beschaffenheit nach S. 2 Nr. 2 auch Eigenschaften gehören, die der Käufer nach öffentlichen Äußerungen (insb. Werbung) des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen erwarten kann (§ 434 III). Zwar gilt dies dann nicht, wenn der Verkäufer die Äußerungen nicht kannte und nicht kennen musste oder die Äußerung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, hier hätte V die Äußerungen aber kennen müssen. (Ein Sachmangel liegt ferner vor, wenn die vereinbarte Montage unsachgemäß durchgeführt wurde oder bei zur montierenden Sachen, die Montageanleitung mangelhaft ist, soweit die Sache nicht fehlerfrei montiert wird (§ 434 II BGB).

a) **Kaufpreisanspruch § 433 II BGB**

Dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers, kann der Käufer bis zum Gefahrübergang gem. § 320 BGB die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, danach eine Mängleinrede gem. § 438 IV S. 2 BGB entgegenhalten. Hat er den Kaufpreis voll bezahlt, kann er ihn nach der Verjährung allerdings nicht zurückfordern (§ 214 II 1 BGB). Macht er von der Einrede (teilweise) Gebrauch, steht dem Verkäufer die Rücktrittsmöglichkeit zu (S.3).

Der Käufer kann den Kaufpreisanspruch auch ganz zum Erlöschen bringen, wenn er vom Vertrag zurücktritt (§ 346 BGB). Diese Möglichkeit besteht gem. § 437 Nr. 2 BGB unter den **oben genannten Voraussetzungen** (s. I 2). Allerdings muss er dem Verkäufer gem. § 323 I eine angemessene Nachfrist setzen, soweit diese nicht gem. §§ 323 II, 440 BGB entbehrlich ist.

Wählt der Käufer großen Schadensersatz, so erlischt die Kaufpreisschuld im Wege der Schadensberechnung (§ 249 ff.) auch ohne Rücktritt. Wegen § 281 IV BGB muss auch der Verkäufer den Kaufgegenstand nicht mehr leisten. Den Verkäufer muss gem. §§ 281 I, 280 I BGB zusätzlich ein Verschulden (§ 276, 278 BGB) treffen. Er kann die mangelhafte Sache zurück verlangen (§ 281 V BGB), wenn Schadensersatz statt der ganzen Leistung gewählt wird.

Der Kaufpreisanspruch kann sich ferner gem. §§ 437, 441, 323 BGB mindern.

b) Anspruch nach § 433 I BGB

Der Anspruch des Käufers auf Lieferung der Kaufsache modifiziert sich in einem Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 439, 437 Nr. 1. BGB Dieser umfasst die Lieferung einer mangelfreien Sache (Nachlieferung, Ersatzlieferung oder Umtausch) und die Nachbesserung in eine mangelfreie Sache (Reparatur), ggf. nur die Montage (§ 434 II BGB). Voraussetzung ist ein behebbarer Mangel. Fehlt es daran, richten sich die Rechte des Käufers nach § 437 Nr. 2 u. 3 BGB. Der Verkäufer kann eine gelieferte mangelhafte Sache zurückverlangen, wenn er bei der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache geliefert hat (§ 439 V BGB).

c) Rückzahlung des Kaufpreises

Hat der Käufer den Kaufpreis schon geleistet, aber eine mangelhafte Sache erhalten, so möchte er in der Regel sein Geld zurückerhalten. Bei der Minderung (oben. a.) kann er die Überzahlung nach Maßgabe der §§ 441 IV, 346 f. BGB zurückverlangen. Beim Rücktritt gilt dies gem. §§ 346, 323, 437 Nr. 2 BGB. Beim Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 281 BGB ist der gezahlte Kaufpreis Schadensposition im Rahmen des sog. großen Schadensersatzes.

2. Falschlieferung/ Zug-Wenig-Lieferung

Einem Sachmangel stellt § 434 III BGB auch die Lieferung einer anderen Sache (*aliud*) oder einer zu geringen Menge gleich. Liefert der Verkäufer die viel zitierten Äpfel statt Birnen, so gilt im Grunde nichts anderes, als das unter 1.) ausgeführte. § 434 III BGB bestimmt hier, dass es einem Sachmangel gleichsteht, wenn der Verkäufer eine andere Sache liefert (zu dem Fall, dass die Falschlieferung wertvoller ist, als die vereinbarte Kaufsache sogleich unter 3.).

Ob § 434 III BGB hingegen auch beim Stückkauf anwendbar ist oder in diesem Fall der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Käufers erhalten bleibt, ist nicht unumstritten. Wird beim Stückkauf eine andere Sache geliefert, nehmen einige Autoren an, dass kein Nacherfüllungsanspruch, sondern allein der primäre Erfüllungsanspruch besteht, also der originäre Anspruch aus § 433 I BGB auf Lieferung der gekauften Sache (vgl. hierzu Darstellung in MüKoBGB/Westermann, 8. Auflage 2019, § 434 Rn. 44; ua vertreten von *Schulze* NJW 2003, 1022 f.; *Thier* AcP 203 (2003), 399 (403 ff.) *Lettl*, JuS 2002, 866, 871) geltend zu machen ist. Dagegen spricht vor allem, dass die Begründung des Gesetzes davon ausgegangen ist, der Stückkauf werde in die Regelung des § 434 III BGB einbezogen (vgl. BT-Dr. 14/6040, S. 216). Die Gleichstellung soll vor allem der Vereinfachung der bisherigen Abgrenzungsprobleme dienen. Daher geht die überwiegende Ansicht davon aus, dass auch beim Stückkauf eine Anwendung des § 434 III BGB erfolgt (vgl. *Lorenz*, JuS 2003, 36, 38 f.; *Musielak*, NJW 2003, S. 89, 90 m.w.N.).

Liefert der Verkäufer eine Teilmenge, z.B. 750 kg statt 1000 kg Fleisch, so kann der Käufer sie gem. § 266 BGB zurückweisen. Problematisch ist dessen Anwendung aber, wenn die Teilleistung nicht als solche deklariert ist. Haben weder Käufer noch Verkäufer gewusst, dass das Leistungsangebot nur eine Teilleistung darstellt, steht dem Käufer kein Ablehnungsrecht zu (vgl. zu altem Recht BGH VersR 1954, 297, 298.). Es gelten dann §§ 434 ff. BGB.

Keine Anwendung findet § 266 BGB, wenn sich um einen Fall der Teilunmöglichkeit handelt. Nach § 281 I 2 BGB oder § 323 V 1 BGB darf die Teilleistung nur abgelehnt werden, wenn das Interesse an der möglichen Teilleistung objektiv entfallen ist.

Damit ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zu diesen Normen. Ist gerade das genannte Interesse problematisch, so ist der Käufer besser beraten, wenn er die Teilleistung annimmt. Schließlich kann der Käufer bei einer „Teilleistung“ dann gem. §§ 434 III, 437 ff. BGB vorgehen, wenn das Interesse an der Teilleistung entfallen ist. Sollte das Interesse doch fortbestehen, bleibt die Möglichkeit der Minderung, bei der § 323 V BGB nicht gilt.

Das Recht des Käufers, Teilleistungen abzulehnen, kann ferner durch § 242 BGB beschränkt sein. Er darf eine Teilleistung danach nicht ablehnen, wenn ihm die Annahme bei verständiger Würdigung der Lage des Verkäufers und seiner eigenen schutzwürdigen Interessen zuzumuten ist. Annehmen kann man das beispielsweise, wenn nur noch eine kleine Restlieferung (z.B. 2 % des Gesamtgewichts) offen ist.

3. Zuviellieferung

Liefert der Käufer mehr oder bessere Ware, so ist zu unterscheiden:

a) Ist das Gelieferte teilbar, so liegt Erfüllung vor. Der Überschuss muss gem. § 812 I 1, 1. Alt. BGB herausgegeben werden. Ebenso lässt sich vertreten, diese Lieferung enthalte ein konkludentes Angebot auf Vertragsschluss bezüglich dieser Mehrmenge mit gleichzeitigem Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung. Sind ein Unternehmer und ein Verbraucher am Kauf beteiligt, ist unter Umständen § 241a BGB zu beachten. Unter Kaufleuten gilt diese Vorschrift nicht. Dafür sind die Aufbewahrungspflicht und das Notverkaufsrecht nach § 379 HGB einschlägig.

b) Umstritten ist die Lösung, wenn die Zuvielleistung nicht teilbar ist, wenn etwa eine goldene Uhr statt einer vergoldeten Uhr oder statt des bestellten KfZ ein höherwertiges Auto geliefert wird. Zunächst kann der Käufer diese zurückweisen, ohne in Annahmeverzug zu geraten. Nimmt er sie dennoch an und will sie behalten, ist die Rechtslage fraglich. Es liegt ein *aliud* vor, wobei umstritten ist, ob dieses bessere *aliud* unter § 434 III BGB fällt und der Käufer es als Erfüllung gelten lassen kann oder nicht.

Zum Teil wird vertreten, dass bei einem Stückkauf stets Nichterfüllung anzunehmen ist, wenn eine andere als die geschuldete Sache geliefert werde (*Lettl*, JuS 2002,

866, 871; s.o. 2.). Andere vertreten, dass zwar ein Mangel vorliegt, der Käufer die Sache aber behalten kann, da es an ihm liegt, die Gewährleistungsrechte auszuüben (vgl. *Wilhelm* JZ 2001, 861, 868).

Überzeugender scheint es m.E., dass der Verkäufer bei irrtümlicher Lieferung einer wertvolleren als der geschuldeten Sache dieses *aliud* nach Anfechtung der irrtümlichen Tilgungsbestimmung als nicht geschuldete Leistung nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB im Wege der Leistungskondition vom Käufer zurückfordern kann. (MüKoBGB/*Westermann*, 8. Aufl. 2019, § 434, Rn. 46; *Lörenz* JuS 2003, S. 36 ff.). Denn entweder stellt sich die Leistung aus Sicht des Käufers nicht als Erfüllung dar (§§ 133, 157 BGB) oder die Tilgungsbestimmung ist zumindest vom Verkäufer analog §§ 119 ff. BGB anfechtbar. Die Anfechtung muss in diesen Fällen zugelassen werden, da das Gewährleistungsrecht nicht unterlaufen wird, wenn der Käufer von seinen Rechten nicht Gebrauch machen will (zur Zulässigkeit der Anfechtung nach altem Recht BGH NJW 1988, 2597). Tut er dies doch, so findet eine Rückabwicklung nach den § 434 ff. (z.B. §§ 439 V, 346) BGB statt. Dem Bereicherungsanspruch des Verkäufers kann der Käufer zudem ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 I BGB entgegensetzen, bis der Verkäufer seine Pflicht zur Lieferung der „richtigen“ Sache gem. § 433 I BGB erfüllt oder Sicherheit geleistet hat. Der Verkäufer kann also die Sache praktisch nur zurückfordern, wenn er die richtige Kaufsache anbietet. Ist ihm dies unmöglich, so entfällt das Zurückbehaltungsrecht in Hinblick auf § 433 I BGB gem. § 275 BGB. An dessen Stelle tritt der entsprechende Sekundäranspruch.

Vertiefend zu diesem Problemkreis: *Lorenz*, JuS 2003, S. 36 ff, *Musielak*, NJW 2003, S. 89, 90 m.w.N., *Musielak*, NJW 2008, 2801 ff.

III. Tatbestand des § 377 HGB

Eine bedeutende Modifikation des BGB Gewährleistungsrechts findet sich für den Handelskauf in § 377 HGB. Die Rechte des Käufers auf Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz (§ 437 BGB), aber auch andere Rechte (s.u.) hängen danach von einer rechtzeitigen Rüge des Mangels ab.

1. Handelskauf (beidseitig)

a) § 377 I 1 HGB setzt ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraus. Verkäufer und Käufer müssen folglich Kaufleute sein (vgl. dazu Folien 2 f., 4, 6) und das Kaufgeschäft muss zum Betrieb ihres jeweiligen Handelsgewerbes gehören. Dann liegt gem. §§ 344 I, 343 HGB (vgl. Folie 3) im Zweifel ein Handelsgeschäft vor.

Zu beachten ist hier, dass Kleingewerbetreibende keine Kaufleute sind, solange sie nicht gem. § 2 HGB durch Eintragung dazu geworden sind. Nach altem Handelsrecht wurde § 377 nach allgemeiner Ansicht indes auch auf Minderkaufleute angewendet.

b) § 377 HGB ist aber nicht nur auf Kaufverträge anwendbar. Der Anwendungsbereich der Norm wird von § 381 II HGB auch auf Werklieferverträge ausgedehnt. Ebenso wie § 651 BGB bestimmt, dass auf einen Vertrag, der *die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen* zum Gegenstand hat, allgemein die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden, ordnet § 381 II HGB an, dass § 377 HGB auch auf einen Vertrag, „*der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat*“ Anwendung findet. Daher kommt es nicht darauf an, ob es sich um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handelt, solange eine bewegliche Sache herzustellen oder zu erzeugen ist. (vgl. Folie 17)

c) **Problemfälle:** Nach herrschender Meinung findet die Vorschrift keine analoge Anwendung auf nichtkaufmännische Unternehmer, z.B. Freiberufler (vgl. im Einzelnen dazu *Canaris*, Handelsrecht 24. Aufl. 2006, S. 438 Rn. 46 m.w.N.; a.A. *K. Schmidt*, Handelsrecht 6. Aufl. 2014, § 29 III 2 b S. 797 f.). Anders ist es aber im grenzüberschreitenden Verkehr nach UN-Kaufrecht (vgl. Artt. 1 Abs. 3, 38, 39 CISG). Dort kommt es nicht auf die Kaufmannseigenschaft an.

Vertiefung:

Ein weiteres *examensklausurrelevantes Problem* ergibt sich bei Finanzierungsleasingverträgen, in denen der Leasinggeber Kaufmann ist, der Leasingnehmer aber nicht und der Kaufgegenstand direkt an den Leasingnehmer vom Verkäufer ausgeliefert wird. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Privatperson L bei dem Leasingunternehmen K-GmbH ein KfZ least und L dieses Fahrzeug dafür direkt von V kauft, der es wiederum direkt an L ausliefert. Der BGH (BGHZ 110, 130, 137 ff. = NJW 1990, 1290) geht in solchen Fällen davon aus, dass der Leasinggeber (hier K-GmbH) als Rechtsinhaber es sich zurechnen lassen muss, wenn der Leasingnehmer (hier L) die Untersuchung unterlässt. Für die Rüge last des § 377 HGB sei der Leasingnehmer als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers tätig. Die kaufrechtlichen Beziehungen zwischen Lieferant/Verkäufer (hier V) und Leasinggeber/Käufer (K-GmbH) können nicht deshalb eine inhaltliche Änderung erfahren, weil der Leasinggeber aus Gründen der vereinfachten Vertragsabwicklung den Kaufgegenstand (das Leasingobjekt) zur Erfüllung der aus dem Leasingvertrag folgenden Gebrauchsüberlassungspflicht direkt dem Leasingnehmer ausliefern lässt. Die Rügepflicht soll selbst dann bestehen, wenn der Kaufvertrag zunächst zwischen dem Lieferanten und dem späteren Leasingnehmer geschlossen wird und der Leasinggeber in

diesen Kaufvertrag als Käufer „eintritt“. Dieses Ergebnis wird in der Literatur zum Teil abgelehnt. Als Begründung wird partiell eine teleologische Reduktion, eine konkludente Abbedingung der Rügepflicht herangezogen oder vorgebracht, dass das Finanzierungsleasing keinen „gewöhnlichen Handelskauf“ darstelle (zum Streitstand *Knops* JuS 1994, 106, 108 f. mwN.). Dahinter steht die Wertung, dass der Leasinggeber den Kauf finanziert, ohne die Kaufsache zu Gesicht zu bekommen. Auf der anderen Seite hat der Leasinggeber es aber in der Hand, sich durch entsprechende Vereinbarungen abzusichern. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die Unwirksamkeit in den AGB gem. § 309 Nr. 8 b) ee).

2. Untersuchungspflicht

§ 377 S. 1 HGB fordert vom Käufer, dass er die Ware unverzüglich nach deren Ablieferung *untersucht*, soweit dies im ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist, er also eine Untersuchung im Rahmen des Zumutbaren vornimmt.

a. Ablieferung

Die „Ablieferung“ ist nicht mit dem Gefahrübergang gleichzusetzen (zum Merken: Käufer kann jetzt untersuchen...). Beim Versandungskauf liegt eine „Ablieferung“ erst dann vor, wenn die Ware am Erfüllungsort eingetroffen ist, wo der Käufer sie vereinbarungsgemäß abzuholen hat und der Beförderer den Käufer dazu aufgefordert hat. Bei einer Holschuld ist die Kaufsache dem Käufer erst abgeliefert, wenn er diese vom Verkäufer abgeholt hat und zwar unabhängig von einem etwaigen Annahmeverzug (vgl. dazu Folie 18).

b. Anforderungen an die Untersuchung

Nach den Anforderungen, die an die Untersuchung gestellt werden, richtet sich die Rügeobliegenheit.

Kann ein Fehler bei der gehörigen Untersuchung entdeckt werden, so spricht man von einem „offenen“ Sachmangel. Ein solcher muss unverzüglich nach Ablauf der für die Untersuchung zur Verfügung stehenden Zeit angezeigt werden. Anders verhält es sich hingegen, wenn ein Fehler nicht bei der Untersuchung zu entdecken ist (sog. „versteckter“ Mangel). Dieser Fehler ist dann erst nach der (späteren) Entdeckung unverzüglich anzuzeigen (§ 377 III HGB).

Ob eine Untersuchung tatsächlich stattgefunden hat oder nicht, spielt keine Rolle. Die Untersuchungspflicht wird dadurch bestimmt, was nach ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist und das wiederum bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Solche sind zum einen Art, Mängel und Verpackung der Ware, zum

anderen der erforderliche technische, zeitliche und finanzielle Aufwand. Abzustellen ist hier auch auf die Branchenüblichkeit. Ganz allgemein wird die Untersuchungspflicht sehr weit verstanden. Grundsätzlich wird vom Käufer verlangt, eine genaue Untersuchung vorzunehmen, sogar wenn diese einige Zeit benötigt oder besondere Einrichtungen und Fachkenntnisse voraussetzt. Notfalls muss der Käufer sogar einen Sachverständigen bzw. eine sachkundige Person hinzuziehen. Andererseits darf die Untersuchung des Kaufgegenstandes für den Käufer nicht unzumutbar sein. Davon kann man in finanzieller Hinsicht ausgehen, wenn die Aufwendungen für die Untersuchung größer sind, als der übliche Gewinn aus der Weiterveräußerung. Ebenso unzumutbar ist es, den Wert der Kaufsache durch die Untersuchung stark zu verringern. Ein fabrikneues KfZ verliert diese Eigenschaft beispielsweise durch ausgiebige Probefahrten des Händlers und die damit verbundenen Tageszulassungen. Er kann dann nur einen geringeren Preis verlangen. Besteht ein Handelsbrauch für den Umfang der Untersuchung, so ist dieser maßgebend. Bei Markenprodukten, die in der Regel sehr selten Fehler aufweisen, sinkt die Untersuchungspflicht wiederum.

Beispiele: Bei gleichartigen Gütern aus einer Serie (z.B. Konserven, Flaschen etc.) genügt der Käufer seiner Obliegenheit zur Untersuchung in der Regel schon durch die Entnahme von Stichproben. Allerdings müssen diese repräsentativ auf die Gesamtmenge verteilt werden. Verpackte Ware muss geöffnet und näher untersucht werden, z.B. muss Gefrierfisch (Probe) aufgetaut oder ein Wasch- und Kochtest bei Stoffen vorgenommen werden. Flaschenkorken sind durch Zerschneiden auf ihre Tauglichkeit hin zu überprüfen. Bei einer Maschine muss regelmäßig ein Probelauf stattfinden.

3. Rügepflicht

a) Entdeckt der Käufer einen offenen Mangel rechtzeitig innerhalb der objektiv zur Untersuchung zur Verfügung stehenden Zeit, so löst §§ 377 I HGB - bei einem verdeckten Mangel § 377 III HGB entsprechend später - die Pflicht aus, den Mangel unverzüglich (§ 121 I BGB) beim Verkäufer anzuzeigen. Das Unverzüglichkeitsgebot gilt also doppelt, d.h. für die Untersuchung und die Rüge.

Die Unverzüglichkeit wird besonders streng ausgelegt. „Unverzüglich“ bedeutet aber nicht „sofort“. Die Rechtsprechung nimmt hier in der Regel eine

Erklärungsfrist von ein bis zwei Tagen an. Eine Rüge zwei Wochen nach der Entdeckung ist jedenfalls verspätet (BGHZ 93, 348). Bei leicht verderblichen Waren wie z.B. Obst- und Gemüse sind selbst zwei Tage zu lang; dort kann mitunter eine Frist von Stunden gelten.

b) Die fristgemäße Rüge muss auch substantiiert sein. Der Fehler muss also nach Art und Umfang so bezeichnet werden, dass der gerügte Mangel für den Verkäufer hinreichend erkennbar wird. Das ist notwendig, um den Verkäufer vor pauschalen Mängelrügen (wie etwa „Ware mangelhaft“ oder „Schund“) zu schützen. Der Käufer könnte sich anderenfalls seine „Untersuchung“ mit schlichtweg nur behaupteten Rügen erleichtern. Sinn der Obliegenheit zur Mängelanzeige ist außerdem, den Verkäufer angesichts der Beweisnot, in die er mit zunehmendem Zeitablauf zu geraten droht, in die Lage zu versetzen, möglichst bald den Beanstandungen durch den Käufer nachzugehen und gegebenenfalls Beweise sicherzustellen. Zu der Anzeige des Käufers gem. § 377 I HGB an den Verkäufer wegen eines Mangels der Ware gehört aber nicht, dass der Käufer auch mitteilt, welche Rechte er wegen des Mangels geltend machen will (BGH NJW 1996, 2228 ff.).

c) Rechtsnatur

Die Mängelanzeige ist keine auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willenserklärung, sondern eine geschäftsähnliche Handlung in Form einer sogenannten Wissens- oder Tatsachenmitteilung. Sie soll den Verkäufer lediglich rechtzeitig über die festgestellten Sachmängel informieren. Der Käufer behält seine Rechte auch, wenn er an die Rechtsfolge „Gewährleistung“ überhaupt nicht denkt. Die Erhaltung der Rechte des Käufers ist nämlich eine bloße Folge der Mängelrüge.

Nach allgemeiner Ansicht werden auf die Mängelanzeige i.S.d. § 377 HGB die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen analog angewendet. Der Zugang ist demnach analog § 130 I BGB erforderlich. Daran kann man angesichts des Wortlautes von § 377 IV HGB zweifeln, nachdem die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt. Im Anschluss an die Rechtsprechung (BGHZ 101, 49, 52 ff.) versteht die h.M. die Vorschrift entgegen der ursprünglichen Intention des

historischen Gesetzgebers nur als Ausschluss des Verzögerungsrisikos. Das Risiko des Verlustes der Erklärung trägt aber weiter der Käufer (dazu ausführlich *Canaris*, Handelsrecht 24. Aufl., S. 447 ff., Rn. 68 ff. m.w.N.)

Die Anfechtung der Mängelanzeige ist ebenso analog möglich. Wird eine zweite Mängelanzeige innerhalb der Unverzögerungsfrist des § 377 HGB nachgeschoben, liegt darin eine konkludente Anfechtung der ersten Erklärung. Wird die Frist nicht gewahrt, verliert der Käufer seine Rechte.

4. Abbedingbarkeit

Die Regelung des § 377 HGB ist dispositiv, kann folglich vertraglich ausgeschlossen, erweitert oder modifiziert werden. Praktisch werden dabei häufig Bestimmungen für Untersuchungsfristen getroffen. AGB-Klauseln, die eine Untersuchungsfrist für versteckte Mängel aufstellen, können dabei gem. § 307 I BGB ebenso unwirksam sein, wie AGB des Abnehmers, die eine Untersuchungspflicht ganz ausschließen (vgl. dazu BGH NJW 1991, S. 2634 ff.).

Vertiefung:

Einen praktisches Beispiel und besonderes Problem bilden sog. *Just-in-time-Verträge*. Dort findet regelmäßig eine Einschränkung oder sogar Ausschluss der Untersuchungspflicht statt. Der Hersteller eines Produktes z.B. (Auto) stellt die Einzelteile nicht mehr selbst her, sondern erhält sie von Zulieferern (outsourcing). Diese produzieren nach Spezifikationen des Abnehmers und sind verpflichtet, Qualitätskontrollen in ihrem Betrieb vorzunehmen (Qualitätssicherungsvereinbarung). Der Abnehmer will dabei meist aus Kostengründen keine größeren Lager unterhalten und lässt die erforderlichen Teile nach einem fixen Terminplan oder sogar auf Abruf unmittelbar, zum Teil stundengenau in die Produktion liefern. Bei Just-in-Time-Lieferbeziehungen ist die Abbedingung der gesetzlichen Rügepflicht und deren Grenzen in AGB umstritten (vgl. dazu vertiefend Grunewald, Just-in-time-Geschäfte - Qualitätssicherungsvereinbarungen und Rügelast, NJW 1995, 1777 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Achilles*, 4. Auflage 2020, HGB § 377, Rn. 110 ff.).

5. Rechtsfolgen

Kommt die Rüge verspätet oder ist unsubstantiiert und damit zu pauschal (s.o.), so gelten die Mängel gem. § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt. Der Käufer verliert somit seine Gewährleistungsrechte (Genehmigungsfiktion). Er hat keinen Anspruch auf Nachlieferung, folglich kann der Käufer nicht mehr unter den Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 BGB Schadensersatz wegen Verzögerung der mangelfreien Leistung verlangen.

a) Nebenpflichten und Mangelfolgeschäden

Der Gewährleistungsverlust gem. § 377 HGB gilt für sog. *Mangelfolgeschäden*, also Schäden, die über die mangelbedingte Wertminderung der Kaufsache hinausgehen. Für diese kann der Käufer bei fehlender Rüge des Mangels keinen Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB verlangen.

Beruhet die Pflichtverletzung aber nicht auf einem Mangel der Kaufsache, wird z.B. (nur) eine Nebenpflicht verletzt und entstehen dadurch Schäden an Rechtsgütern außerhalb der Kaufsache, so kommen Ansprüche nach §§ 280 f. BGB in Betracht (vgl. zum alten Recht BGHZ 66, 208, 213 f. Batterie-Fall).

b) Anfechtung

Ausgeschlossen ist auch die Anfechtung gem. §§ 119 ff. Diese wird ab Gefahrübergang bereits durch das Kaufrecht verdrängt.

c) Ansprüche aus Delikt

Nach h.M. werden durch ein Rügeversäumnis deliktische Ansprüche des Käufers grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Der Käufer stünde sonst nämlich gegenüber dem schädigenden Verkäufer schlechter als jeder Dritte. Der Schutzzweck des § 377 HGB soll nur den vertraglichen Abwicklungsschutz des Verkäufers, nicht seinen Schutz vor deliktischer Verantwortung betreffen. Zu beachten ist im Rahmen der deliktischen Haftung, dass der Käufer insoweit auf Ansprüche beschränkt ist, die sich aus einer Verletzung der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter oder eines Schutzgesetzes gem. § 823 II BGB ergeben (kein allgemeiner Vermögensschaden). Im Rahmen des § 823 I BGB haften der Verkäufer nur auf das Integritätsinteresse, nicht aber auf das Äquivalenzinteresse. An sich wird das Interesse an einer gebrauchsfähigen Sache, das Äquivalenzinteresse, allein vertragsrechtlich geschützt. Der deliktsrechtliche Schutz erfasst eigentlich nur die Integrität anderer als der erworbenen Sachen. Seit der bekannten Schwimmschalter-Entscheidung (BGHZ 67, 359) wird auch der sog. Mangelunwert ersetzt. Dies bedeutet, dass der schadhafte Teil einer Sache (Mangelschaden) nicht ersetzt wird, sondern nur die Schädigung der mangelfreien Sache durch den schadhafte Teil (Mangelunwert). (vgl. zur Wiederholung "Pkw-Gaszug-Fall" = BGHZ 86, 256 = NJW 1983, 810).

Gewährleistung beim Kauf

	BGB	HGB
<p>1. Sachmangel? a) falsch und schlechter b) weniger</p> <p>(siehe Kommentar zur Folie)</p> <p>c) mehr/besser aa) teilbar: bb) unteilbar:</p>	<p>Sachmangel gem. § 434^{III}</p> <p>1. Verdeckte Teilleistung; § 323^V 2 statt Satz 1 h.M. → Ablehnung leicht möglich</p> <p>2. Offen (deklarierte) Teilleistung = § 266 (Zurückweisung); bei Annahme: bzgl. Rest Erfüllungsanspr, bzgl. Teil- leistung § 323^V1 (schwierig)</p> <p>3. Bei quant. Teilunmöglichkeit § 266, i.d.R. keine Ablehnung §§ 283 S.2, 281^I2</p> <p>Herausgabe des Überschusses (§ 812 I 1 Alt. 1)</p> <p>Anfechtung der Tilgungs- bestimmung nötig; dadurch ist Leistungszweck nicht erfüllt, so dass § 812 I 1 Alt. 1 greift.</p>	
<p>2. Rechtsfolgen</p> <p>a) § 433^{II} →</p> <p>b) § 433^I →</p> <p>c) <u>Rückzahlung</u></p> <p>d) <u>Schadens-, Aufwendungs- ersatz</u></p>	<p>Einrede §§ 320, 438^{IV}2; Erlöschen §§ 346, 437 Nr. 2, 3, 434 f., oder §§ 441, 323</p> <p>Nachbesserung/-erfüllung §§ 437 Nr. 1, 439 §§ 346, 437 Nr. 2, 3, § 441^{IV}</p> <p>§§ 280^I, 281 ff., 437 Nr. 3</p>	<p>§ 377 HGB</p> <p>(+) Rüge? ↓ (-) nicht §§ 437 ff., §§ 119 ff. §§ 280 ff. doch § 823 Integritätsint. außer stoffgleich²</p>

² Ein (Weiterfresser-)Schaden ist mit dem bei Gefahrübergang vorhandenen Mangelunwert insbesondere stoffgleich, wenn Beseitigung des Mangels technisch unmöglich oder unverhältnismäßig teuer gewesen wäre.

FORMEN DER VERTRETUNGSMACHT

Erläuterung der Folie

Fn.

A. Überblick

Die Folie vergleicht die Arten der Vertretungsmacht im BGB und HGB. Die Gliederung erschließt sich wohl am besten, wenn der Leser zunächst nur die fettgedruckten Linien betrachtet. Das Raster enthält drei große Spalten, die durch fettgedruckte Linien getrennt werden. Diese Spalten veranschaulichen Entstehung, Umfang und Gestaltungsmöglichkeiten der Vertretungsmacht.

In Spalte 1 wird der **Umfang** der jeweiligen Vertretungsmacht angegeben. Dabei werden organschaftliche und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verglichen und die Sonderfälle der Generalvollmacht, Prokura und Handlungsvollmacht unterschieden. 1

In der mittleren Spalte werden die Gestaltungsmöglichkeiten für das Zusammenwirken **mehrerer Vertreter** untersucht. Neben der **Einzelvertretung** werden Varianten der Gesamtvertretung dargestellt. Dabei wird differenziert nach der Person, an deren Mitwirkung der **Gesamtvertreter** gebunden ist: Zum einen kann eine Bindung an einen Einzelvertreter erfolgen, der also selbst auch einzeln vertretungsberechtigt ist (**halbseitige Gesamtvertretung**). Zum anderen kann der Gesamtvertreter an die Mitwirkung eines weiteren Gesamtvertreters gebunden sein (**allseitige Gesamtvertretung**). 2
3
4
5
6

In der rechten Spalte wird die **Entstehung** der Vertretungsmacht dargestellt. Dabei wird nach der Erteilung als **Innen-** und **Außenvollmacht** sowie nach den Grundsätzen der **Duldungs-** und **Anscheinsvollmacht** unterschieden. 7
8
9ff

B. Organschaftliche Vertretung

I. Definition

Organschaftliche Vertretung ist die gesetzliche Vertretungsmacht der Organe juristischer Personen, z.B. Vorstand einer AG, § 82 AktG, Vorstand einer Genossenschaft, § 27 GenG. Die organschaftliche Vertretungsmacht ist höchstpersönlich und nicht übertragbar. Die gesetzliche Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter gemäß § 124 HGB entspricht einer solchen organschaftlichen Vertretungsmacht (allgemein zur Gesellschaft und zum neuen Recht, vgl. BT-Drucks. 19/27635; noch zum alten Recht vgl. MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, HGB § 125 Rn. 3 mwN.).

II. Umfang

Ihr gesetzlicher Umfang in der OHG schließt alle denkbaren Geschäfte und Rechtshandlungen ein, § 124 I HGB. Eine Beschränkung dieses Umfangs ist Dritten gegenüber unwirksam, § 124 IV S. 2 HGB.

III. Gestaltungsmöglichkeiten bei mehreren Vertretern

Der gesetzliche Regelfall des § 124 I HGB sieht Einzelvertretungsmacht jedes OHG-Gesellschafters vor. 13

Stattdessen kann Gesamtvertretung vereinbart werden, § 124 II 1 HGB. Halbseitige Gesamtvertretung in der OHG entsteht, wenn die Vertretungsmacht eines Gesellschafters an die Mitwirkung eines einzelvertretungsberechtigten Gesellschafters gebunden wird. Diese Gestaltung erscheint ungewöhnlich, da der einzelvertretungsberechtigte Gesellschafter schon allein für die OHG handeln kann. Die halbseitige Gesamtvertretung kann im Hinblick auf den anderen Gesamtvertreter dennoch sinnvoll sein, wenn ein Nachwuchsunternehmer in die Aufgaben des geschäftsführenden Gesellschafters hineinwachsen soll und seine Vertretungsmacht für eine Übergangszeit an die Mitwirkung eines erfahrenen Geschäftsführers gebunden wird, der selbstverständlich die OHG auch allein wirksam vertreten können soll. 14

Daneben können die Gesellschafter auch eine allseitige Gesamtvertretung vereinbaren. In der Konstellation der echten Gesamtvertretung können zwei gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter die Gesellschaft nur gemeinsam verpflichten, § 124 II 1 Alt. 1 HGB. Eine Besonderheit besteht in der gemischten oder unechten Gesamtvertretung mit einem Prokuristen gemäß § 124 III 1 HGB. Aufgrund dieser Ausnahmeregel ist die Gesamtvertretung eines OHG-Gesellschafter mit einem Nichtgesellschafter zulässig. Voraussetzung ist, dass Gesamtvertretung in der OHG vereinbart ist, ein Vertreter Gesellschafter und der andere Vertreter zugleich Prokurist der OHG ist. 15

Dem Einsatz dieser Gestaltungsmöglichkeit sind jedoch Grenzen gesetzt. Der Grundsatz der Selbstorganschaft der OHG erfordert, dass die OHG ohne Mitwirkung Dritter, hier des Prokuristen, handeln kann. Daher muss neben der gemischten Gesamtvertretung eine Vertretung nur durch Gesellschafter (einzeln oder in Gesamtvertretung) möglich sein. Der Ausschluss aller Gesellschafter von der Vertretung zugunsten einer Alleinvertretung durch einen Prokuristen ist unzulässig (*Wiedemann/Frey*, Prüfe dein Wissen, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Fall 136).

IV. Entstehung

Die organschaftliche Einzelvertretungsmacht der Gesellschafter entsteht mit der Gründung der OHG im Außenverhältnis kraft Eintragung oder Geschäftsbeginns, § 123 I HGB. Abweichungen von der gesetzlichen Regelung, z.B. echte oder unechte Gesamtvertretung sowie der Ausschluss eines Gesellschafters von der Vertretung, sind im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren und in das Handelsregister einzutragen, § 106 II Nr. 3 HGB. Die Eintragung hat nur deklaratorische Wirkung. Sie ist jedoch wegen der negativen Publizität des Handelsregisters (§ 15 I HGB) bedeutsam, da die nichteingetragene Vertretungsregelung gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden kann.

Die Entstehung organschaftlicher Vertretungsmacht nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht ist **ausgeschlossen**. Die Vertretungsmacht gemäß § 124 HGB entsteht kraft Gesetzes. Daher kommt es auf den Erklärungsgehalt etwaiger Duldungshandlungen der Gesellschaft nicht an.

16

C. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht

Die Vollmacht ist die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht, § 167 BGB. Sonderformen der Vollmacht finden sich im bürgerlichen Recht und im Handelsrecht.

I. Generalvollmacht

17

Die Generalvollmacht ist die umfassendste Vollmacht. Sie berechtigt zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte, bei denen eine Vertretung rechtlich zulässig ist. Ausnahmen bestehen lediglich bei außergewöhnlichen Geschäften und erkennbaren Nachteilen für den Vertretenen (MüKoBGB/Schubert, BGB, 8. Aufl. 2020, § 167, Rn. 66 f.). Sie kann einzeln oder als Gesamtvollmacht erteilt werden. Dabei sind **Kombinationen** der einfachen Vollmacht mit einem Generalbevollmächtigten möglich.

18

II. Prokura, § 49 HGB

Die Prokura ist eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht im Sinne des § 167 BGB mit gesetzlich definiertem Umfang, § 49 I, II HGB.

19

1. Umfang

Sie umfasst alle Rechtsgeschäfte, die der Betrieb irgendeines Handelsgewerbes mit sich bringt; nicht jedoch Grundstücksgeschäfte im Sinne des § 49 II HGB, Prokuraerteilungen wegen § 48 I HGB, private Rechtsgeschäfte des Kaufmanns und Grundlagengeschäft der Handelsgesellschaft. Beschränkungen sind Dritten gegenüber unwirksam, § 50 HGB.

2. Gestaltungsmöglichkeiten bei mehreren Prokuristen

20

Die Prokura kann wiederum als Einzel- oder Gesamtprokura erteilt werden. Wird die Vertretungsmacht eines Prokuristen mit der eines Organs einer Gesellschaft **gekoppelt**, entsteht eine gemischte Prokura, § 124 III HGB, § 78 III AktG. Die Besonderheit dieser Prokura liegt im Umfang der Vertretungsmacht: Durch das Zusammenwirken des Prokuristen mit dem Gesellschaftsorgan wird der Prokurist selbst organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft (Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 49, Rn. 3). Die Vertretungsmacht des Prokuristen erweitert sich auf den Umfang der Vertretungsmacht des Gesellschaftsorgans, ermöglicht ihm also ggf. Prokuraerteilungen und die in § 49 II HGB genannten Grundstücksgeschäfte, wenn die Vertretungsmacht des mitwirkenden Gesellschaftsorgans dies umfasst.

21

3. Entstehung

22

Die Prokuraerteilung erfolgt durch den Inhaber eines Handelsgeschäfts oder dessen gesetzlichen Vertreter, § 48 I HGB. Generalbevollmächtigte, Prokuristen oder

Nichtkaufleute können keine Prokura erteilen. Sie kann nur ausdrücklich erteilt werden. Damit scheidet sowohl eine Duldungsprokura als auch das Entstehen des Rechtsscheins einer Anscheinsprokura aus; § 48 I HGB. Die Duldung des Auftretens eines Vertreters, der sich als Prokurist bezeichnet, kann allenfalls in die konkludente Erteilung einer Handlungsvollmacht im Sinne des § 54 HGB umgedeutet werden; § 140 BGB.

III. Handlungsvollmacht, § 54 HGB

23

Legaldefinition in § 54 I HGB: Die Handlungsvollmacht ist jede zum Betrieb eines Handelsgewerbes erteilte Vollmacht, die keine Prokura darstellt.

1. Umfang

Die Handlungsvollmacht ermächtigt gemäß § 54 I 1. HS HGB entweder

- a) zum Betrieb des gesamten Handelsgewerbes (Generalhandlungsvollmacht),
- b) nur zum Abschluss einer bestimmten Art von Geschäften (Arthandlungsvollmacht) oder
- c) nur zur Vornahme einzelner Geschäfte (Spezialhandlungsvollmacht).

In jedem dieser Fälle erstreckt sie sich ausschließlich auf branchentypische Rechtsgeschäfte, also solche, die zum konkreten Handelsgewerbe des bevollmächtigenden Kaufmanns gehören; § 54 I 2. HS HGB.

2. Gestaltungsmöglichkeiten bei mehreren Handlungsbevollmächtigten

24

Die Handlungsvollmacht kann als Einzel- oder Gesamtvollmacht erteilt werden, auch halbseitig und **gemischt**. Bei Erteilung einer gemischten Gesamthandlungsvollmacht mit Bindung an einen Prokuristen erfolgt jedoch keine Erweiterung des Umfangs der Handlungsvollmacht auf den Umfang der Prokura (Baumbach/Hopt/*Merkt*, HGB, 40. Aufl. 2021, § 54, Rn. 2).

3. Entstehung

25

Die Handlungsvollmacht wird durch Kaufleute oder Handelsgesellschaften erteilt. Auf Kleingewerbetreibende ist § 54 HGB analog anwendbar. Die Erteilung kann auch durch einen Prokuristen oder Gesamthandlungsbevollmächtigten erfolgen. Im Unterschied zur Prokura kann die Handlungsvollmacht formlos entstehen und ist nicht in das Handelsregister einzutragen.

Die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind auf die Handlungsvollmacht anwendbar. Eine Duldungshandlungsvollmacht entsteht durch schlüssige Erklärung der Vollmachtserteilung, indem der Kaufmann wissentlich zulässt, dass eine Person wie ein Handlungsbevollmächtigter auftritt und der Dritte auf die Erteilung der Handlungsvollmacht schließen durfte.

Eine Anscheinshandlungsvollmacht liegt hingegen vor, wenn der Kaufmann das Auftreten einer Person als Handlungsbevollmächtigten nicht kennt, aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und für den Dritten der Schein der Kenntnis und Billigung des Verhaltens entsteht.

Abschlussvertreter gelten schon nach § 55 IV HGB und Laden- und Warenlagerangestellte nach § 56 HGB als zur Vornahme gewöhnlicher Geschäfte ermächtigt. § 56 HGB begründet die Rechtsscheinhaftung des Kaufmanns wegen Verursachung eines Scheintatbestands kraft Einräumung einer Stellung (str., vgl. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, S. 239 ff., Rn. 1 ff.). Der Geschäftsherr muss Kaufmann sein. Für Kleingewerbetreibende gilt § 56 HGB analog (*Canaris*, a.a.O.). Die handelnde Person muss mit Wissen und Willen des Ladeninhabers im Laden oder Warenlager an der Verkaufstätigkeit mitwirken. Ein Arbeitsvertrag ist nicht erforderlich, auch mithelfende Familienangehörige und Minderjährige (§ 165 BGB) können Ladenvollmacht besitzen. Der Angestellte muss etwas verkauft (nicht angekauft) oder in Empfang genommen haben. Dann besteht die widerlegliche Vermutung für Erteilung und Umfang der Ladenvollmacht; § 56 HGB. Der Rechtsschein der Vollmacht entfällt, wenn er durch Gegenmaßnahmen wie die Einrichtung einer separaten Kasse der Schein der Vollmacht zerstört wurde.

IV. Vollmacht, § 167 BGB

26

Die Vollmacht im Sinne des § 167 BGB ist der Oberbegriff der vorgenannten Vollmachten (I.-III.). Generalvollmacht, Prokura und Handlungsvollmacht sind Spezialfälle des § 167 BGB, die sich durch besondere Erteilungsvoraussetzungen und einen besonderen Umfang der Vollmacht auszeichnen.

Die Rechtsnatur der Anscheinsvollmacht ist umstritten. [Der BGH beurteilt](#) die schuldhaft Verursachung des Rechtscheins der Anscheinsvollmacht in ständiger Rechtsprechung als konkludente Vollmachtserteilung und begründet damit die Haftung des Vertretenen auf das Erfüllungsinteresse (BGHZ 86, 275). Demgegenüber erscheint die Ablehnung einer wirksamen Vollmachtserteilung und Annahme einer Haftung aus *culpa in contrahendo* gemäß §§ 280 I, 311 II BGB überzeugender (so *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, S. 243 ff., Rn. 15 ff.), da für eine rechtsgeschäftliche Vollmachtserteilung das Erklärungsbewusstsein fehlt und die Rechtsfolge der Haftung auf das negative Interesse für sorgfaltswidrige Rechtsscheinsverursachung interessengerecht ist.

27

Unternehmenskauf

Auf der Folie sind in die „Gewährleistungs-“ Rechte des Käufers bei einem Unternehmenskauf übersichtlich dargestellt.

Einführung:

Allgemein wird dann von einem Unternehmenskauf gesprochen, wenn auf den Käufer entweder durch Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft (*share deal*) oder von Wirtschaftsgütern (*asset deal*) eine organisatorische Einheit von Sachen und Rechten übergeht. Eine einheitliche Definition des Rechtsbegriffs „Unternehmen“ gestaltet sich schwierig. Es kommt daher mehr auf die Besonderheiten des jeweiligen Gesetzes an (BGHZ 31, 109). Als Kaufgegenstand versteht man als Unternehmen die Zusammenfassung der persönlichen und sachlichen Mittel einschließlich der zugehörigen Werte und Güter (Sach- und Rechtsgesamtheit). Darunter fallen z.B. die Kundschaft, der gute Ruf (*good will*), die Geschäftsgeheimnisse, Immaterialgüter wie Marken, Unternehmenskennzeichen, Urheberrechte, Wettbewerbsrechte und jegliches *know-how*. Dementsprechend wird beim Unternehmenskauf – je nach Größe und Art des Unternehmens – eine Vielzahl von Rechtsgebieten berührt. Im Kern gehören dazu vor allem das Kauf-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht (§ 613 BGB) aber oft z.B. auch das Marken-, Urheber- und Kartellrecht oder das Umweltrecht.

Käuferrechte

Auf der Folie sind die Käuferrechte in drei Gruppen aufgeteilt. Die Rechte bei erfolgreicher Anfechtung auf Rückabwicklung nach dem Bereicherungsrecht (a), die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte (b) und die Rechte bei der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten (c).

a) Anfechtung

Bei der Anfechtung ergeben sich keine Besonderheiten. Zu beachten ist, dass die Anfechtungsmöglichkeit nach § 119 II BGB regelmäßig durch die speziellen Gewährleistungsregeln verdrängt wird. Von Relevanz ist aber mitunter die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, da der arglistige Verkäufer nicht privilegiert werden soll. Der Käufer eines Unternehmens kann unter den Voraussetzungen des § 123 BGB gem. §§ 812, 818 II, 142, 123 BGB die Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung betreiben oder Einredeweise die Kaufpreiszahlung verweigern (§§ 821, 142, 123 BGB).

Die Täuschung kann durch positive Erregung des Irrtums ([konkludente] Behauptungen) oder – praktisch von größerer Bedeutung – durch Unterlassen der

Aufklärung (Verschweigen von Tatsachen) erfolgen. In den letztgenannten Fällen, in denen der Verkäufer wissentlich, stillschweigend einen fremden Irrtum duldet, wird aber jeweils eine Rechtspflicht zur Aufklärung vorausgesetzt. Diese Pflicht besteht, wenn bestimmte Umstände nur dem Verkäufer bekannt sind und wenn er weiß oder wissen muss, dass diese für den Käufer von wesentlicher Bedeutung für den Vertragsschluss sind. Bei einem Unternehmenskauf muss der Verkäufer z.B. sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens ungefragt offenbaren, wenn diese die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft ernsthaft gefährden. Ebenso verhält es sich, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung droht (vgl. dazu BGH NZG 2002, 644).

b) Gewährleistungsrecht

Unternehmenskaufverträge lassen sich nicht als Sach- oder als Rechtskauf einordnen. Nach § 453 I BGB sind die Regelungen über den Sachkauf auch auf den Kauf von Rechten und „sonstigen Gegenständen“ anzuwenden. Aus der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung geht hervor, dass auch der Kauf von Unternehmen und Unternehmensanteilen unter diese Alternative fallen soll. Damit bestimmen sich auch hier die Rechte des Käufers nach den §§ 434, 437 BGB.

Was ist verkauft?

Zur Bestimmung der Gewährleistungsrechte des Käufers ist es notwendig, zunächst den Kaufgegenstand zu bestimmen.

- Rechtskauf (*share deal*)

Werden Unternehmensanteile, also z.B. GmbH-Geschäftsanteile verkauft, so kann entweder ein Unternehmenskauf oder nur der Kauf eines Anteils vorliegen. Im ersten Fall muss der Verkäufer für die Beschaffenheit *des Unternehmens* gem. §§ 453 I Var. 2, 434, 437 BGB haften. Er muss dem Käufer u.A. den Kundenstamm und die Unternehmensressourcen zugänglich machen. Bei bloßem Anteilskauf hingegen wird der Verkäufer lediglich verpflichtet, dem Erwerber den Unternehmensanteil zu verschaffen.

Die Abgrenzung zwischen Anteils- und Unternehmenskauf wird in der Regel anhand der Quote der übertragenen Mitgliedschaftsrechte bestimmt. Der Käufer muss so viele Gesellschaftsanteile erhalten, dass ihm faktisch die Unternehmerstellung eingeräumt wird. Im Allgemeinen wird dies zwischen 75% bis 100% der Unternehmensanteile angenommen. 75 % reichen nämlich in den meisten Fällen aus, um eine Gesellschaft zu kontrollieren (vgl. § 53 II GmbHG).

- Sachkauf (*asset deal*)

Der Unternehmenskauf kann auch auf dem Wege der Einzelrechtsnachfolge (*asset deal*) vollzogen werden. Dieser Weg zeichnet sich dadurch aus, dass die zum Unternehmen gehörigen Sachen, Rechte, Immaterialgüterpositionen und Außenbeziehungen einzeln vom Verkäufer auf den Erwerber mit dem Willen übertragen werden, das Unternehmen als Ganzes zu veräußern. Für diese Variante des Unternehmenskaufs sind die Sachmängelvorschriften ausweislich der Gesetzesmotive gem. § 453 I Alt. 2 BGB für „sonstiger Gegenstände“ ebenfalls entsprechend anwendbar.

Praktische Anwendung findet diese Form des Unternehmenskaufs häufig für die Veräußerung freiberuflicher Praxen. Mängel einzelner Vermögenswerte des Unternehmens werden bei einem *asset deal* nur dann angenommen, wenn hierdurch der Wert und die Funktionstauglichkeit des Unternehmens als Ganzes beeinträchtigt werden. Werden hingegen nur Sachen verkauft und nicht das Unternehmen, so bleibt es bei den allgemeinen Regeln. Ein Mangel ist bei jeder der verkauften Sachen erheblich, selbst wenn andere, gleichzeitig verkaufte Sachen den Minderwert ausgleichen.

Vertiefung:

Der Verkauf von freiberuflichen Praxen wird heute als zulässig anerkannt. Wirtschaftlich sinnvoll ist der Verkauf von Arztpraxen oder Rechtsanwaltskanzleien indes oft nur, wenn gleichzeitig auch die Kundenstämme übertragen werden. Gerade der Verkauf von Patienten- bzw. Mandantenunterlagen ist aber rechtlich nicht unbedenklich. Ohne die Zustimmung der Betroffenen ist der Verkauf solcher Unterlagen regelmäßig gem. § 134 BGB i.V.m. § 203 I StGB nichtig.

bb) Mangel?

Der Käufer eines Unternehmens kann dann die Rechte aus § 437 BGB geltend machen, wenn die Sache mangelhaft ist. Ein Sachmangel liegt vor, wenn dem Unternehmen die „vereinbarte Beschaffenheit“ fehlt (§ 434 I 1). Fehlt eine Vereinbarung, kommt es darauf an, ob sich das Unternehmen für die „nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ (§ 434 I 2 Nr. 1) eignet.

Kann eine solche nicht bestimmt werden, ist zu prüfen, ob sich das Unternehmen für die „gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist, und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann“ (§ 434 I 2 Nr. 2).

- Unternehmenskennzahlen

Was im Einzelnen unter der Beschaffenheit der Kaufsache zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber der Auslegung durch die Rechtsprechung überlassen. Insbesondere wurde explizit offengelassen, ob nur Eigenschaften erfasst sind, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften, oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen.

Solche Umstände sind z.B. Umsatz- und Ertragsangaben (Unternehmenskennzahlen). Anhand der Umsätze bzw. Umsatzentwicklung kann ein Käufer den Wert oder die Entwicklung eines Unternehmens einschätzen. Gerade die Umsatzerwartung (Verkehrswert) ist neben dem reinen Substanzwert, also dem Wert der *assets*, ein beachtlicher Bestandteil der Überlegungen zum Unternehmenswert und damit zur Kaufpreisbildung.

Nach altem Recht wurden diese von der Rechtsprechung nicht als Fehler gesehen. Die Beschaffenheit der Sache wurde nach dem vom BGH vertretenen Fehlerbegriff im Wesentlichen durch deren körperliche Merkmale bestimmt. Das diente in erster Linie dazu, die oft als unbillig empfundene kurze Verjährung des § 477 BGB a.F. zu umgehen. Denn wenn kein Sachmangel vorlag, war häufig der Weg zu einer Haftung aus c.i.c. (§ 311 II BGB) eröffnet.

Mit der Neufassung des Schuldrechts wurde die Sachmängelhaftung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht einbezogen, so dass die Rechtsfolgen – zumindest nach Ansicht der Gesetzesbegründung – weitgehend gleich sind.

Unterschiede bestehen aber weiterhin in der Verjährungsregelung. Ist die Kaufsache mangelhaft, kann sich der Verkäufer regelmäßig zwei Jahre nach der Übergabe auf Verjährung berufen.

Kommt man hingegen zu einer Anwendung des § 311 II BGB, weil der Verkäufer über ein Merkmal der Kaufsache, das nicht zur Beschaffenheit gehört, nicht oder falsch aufklärt, gilt die regelmäßige Verjährung des § 195 BGB bzw. § 199 BGB.

Es spricht einiges dafür, bei einer europarechtskonformen Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs (dazu *Häublein*, NJW 2003, 388) auch Umstände heranzuziehen, die außerhalb der Sache liegen, daher auch Unternehmenskennzahlen mit in das Gewährleistungsrecht einzubeziehen (vgl. *Häublein*, NJW 2003, 388; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 414). Anhaltspunkte für ein solches Ergebnis finden sich auch in der Gesetzesbegründung und dem Haftungskonzept des neuen Gewährleistungsrechts (vgl. *Häublein* NJW 2003, 388, 389 f.).

Um der rechtlichen Unsicherheit zu entgehen wird die Praxis sich weiterhin mit Garantien behelfen und diese Fälle vertraglich regeln.

c) Aufklärungsfehler

Je nachdem, wie weit der Begriff der Beschaffenheit verstanden wird, kommt auch eine Haftung gem. §§ 311 II, 280 BGB in Betracht. Soweit die Angaben auch nach dem neuem Recht den Beschaffenheitsbegriff nicht erfüllen, ist eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen gem. §§ 311 II, 280 BGB nicht durch die speziellen Gewährleistungsregeln ausgeschlossen.

Der Verkäufer eines Unternehmens ist hiernach schadensersatzpflichtig, wenn er schuldhaft die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Beantwortung von Fragen oder die Pflicht zur Offenbarung solcher Umstände verletzt, die erkennbar die Kaufentscheidung beeinflussen.

LITERATUR:

Zur Frage, wann beim Kauf von Unternehmensanteilen ein Unternehmenskauf und wann ein Beteiligungskauf vorliegt:

BGHZ 138, 204 = NJW 1998, 2360; BGHZ 85, 367 = NJW 1983, 390 (100%), OLG München DB 1998, 1321 (75%) BGH, NJW 2001, 2163; BGH, WM 1970, 819; *Grunewald*, Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf von Unternehmensanteilen, NZG 2003, 372.

Zur Nichtigkeit der Übertragung von Patienten- bzw. Mandantendaten

BGH NJW 1996, 2087 (Steuerberaterpraxis) ; BGH NJW 1995, 2026 = WM 1995, 1357 (Rechtsanwaltskanzlei); BGHZ 116, 268ff. = NJW 1992, 737 (Arztpraxis); BGH NJW 1996, 773; OLG Köln NZG 1999, 607.

Zum Unternehmenskauf allgemein

Weitnauer, Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht, NJW 2002, 2511 ff.; *Seibt, Raschke, Reiche*, Rechtsfragen der Haftungsbegrenzung bei Garantien (§ 444 BGB n.F.) und M&A-Transaktionen, NZG 2002, 256; *Knott*, Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, NZG 2002, 249.

Zum Begriff der Beschaffenheitsangabe:

Häublein: Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, NJW 2003, 388.

KOMMENTIERUNG ZUR FOLIE §§ 25-28 HGB (ÜBERBLICK)

Wechselt der Inhaber eines kaufmännischen Unternehmens, etwa durch Erbfall, Einlage des Unternehmens in eine Gesellschaft oder aufgrund eines Unternehmenskaufs (vgl. Folie Handelsrecht/Unternehmenskauf), so fragt sich, ob wer für die Altschulden haftet. §§ 25- 28 HGB regeln das.

1, 2	<p>I. Vervielfachung der haftenden Personen/Vermögensmassen</p> <p>Die Tabelle stellt überblicksartig die Vervielfachung der haftenden Personen und die jeweiligen Anspruchsgrundlagen im Rahmen der §§ 25 - 28 HGB zusammen.</p> <p>1. § 25 HGB</p> <p>Die erste Zeile beschreibt die Rechtsfolge des § 25. Die Anzahl der für Altschulden haftenden Personen wird verdoppelt. Neben dem Altinhaber des Unternehmens haftet auch der neue Inhaber (gesetzlicher Schuldbeitritt).</p>
3	<p>2. § 27 HGB</p>
4	<p>Man sieht, dass für die Altschulden nach dem Erbfall zwei Vermögensmassen haften. Der Erbe haftet dem Altgläubiger sowohl mit dem von Todes wegen erworbenen Vermögen (Nachlass), insbesondere dem Handelsgeschäft, als auch mit seinem übrigen Vermögen (Eigenvermögen).</p>
5	<p>3. § 28 HGB</p>
6	<p>Neben dem Altschuldner haften die neue Inhaberin des Unternehmens, also die soeben gegründete OHG/KG, und deren Gesellschafter, insbesondere auch der neu eingetretene Mitgesellschafter (gesetzlicher Schuldbeitritt).</p>
7	
8, 9-12	

<p>3</p> <p>4</p>	<p>II. Anspruchsgrundlagen</p> <p>1. § 25 HGB</p> <p>a) Der Anspruch gegen den Altinhaber, z.B. aus Vertrag, besteht auch nach dem Erwerb des Handelsgeschäfts durch einen neuen Inhaber unverändert fort. Der Altinhaber wird jedoch nach 5 Jahren von seiner Haftung befreit, § 26 HGB.</p> <p>b) Der Anspruch des Altgläubigers gegen den Neuinhaber des Unternehmens nach Erwerb gemäß § 25 HGB ergibt sich aus dem ursprünglichen Vertrag (oder anderem Anspruch gegen den Altinhaber) in Verbindung mit § 25 I 1 HGB.</p> <p>Tatbestand</p> <ul style="list-style-type: none"> • Kaufmännisches Handelsgeschäft • Erwerb unter Lebenden (aufgrund Kauf, Schenkung, Nießbrauch, Pacht – weit auszulegen, da der schutzwürdige Verkehr den Fortführungsgrund nicht kennt) • Geschäftsfortführung (Geschäftsräume, Personal, Produkte) • Firmenfortführung (Firmenidentität im Kern, maßgeblich: Verkehrsanschauung. „Firma“ ist nach § 17 HGB der <i>Name</i>, unter dem der Kaufmann ein Unternehmen betreibt.) • kein Haftungsausschluss, § 25 II HGB • Anspruch des Altgläubigers gegen den Altinhaber (aus Vertrag, Delikt, Steuertatbestand usw.) • im Betrieb des Handelsgeschäfts begründet • aus der Zeit vor dem Erwerb (Altschulden) <p>Rechtsfolge</p> <ul style="list-style-type: none"> • gesetzlicher Schuldbeitritt des Neuinhabers neben dem Altinhaber • d.h. Altschuldner haftet weiter, keine befreiende Schuldübernahme (Gläubigerschutz! Wortlaut indifferent), jedoch höchstens 5 Jahre wegen Nachhaftungsbegrenzung in § 26 I HGB.
	<p>2. § 27 HGB</p> <p>Bei der Haftung des Erben eines Unternehmensinhabers für Altschulden des</p>

<p>5</p> <p>6</p>	<p>Unternehmens ist nach der Art der haftenden Vermögensmasse zu differenzieren: Soll der Erbe mit dem Nachlass, also einem Gegenstand aus dem Nachlass des Altinhabers, für die Altschulden eintreten, ergibt sich dieser Anspruch aus dem vom Erblasser geschlossenen Vertrag in Verbindung mit §§ 1922, 1967, 1975 ff. BGB. Ein Verweis auf § 27 HGB ist nicht erforderlich.</p> <p>Soll der Erbe mit seinem Altvermögen aus der Zeit vor dem Erbfall (Eigenvermögen) haften, ergibt sich die Anspruchsgrundlage aus dem Vertrag in Verbindung mit §§ 27 I, 25 I 1 HGB.</p> <p>Tatbestand</p> <ul style="list-style-type: none"> • Kaufmännisches Handelsgeschäft • Erwerb von Todes wegen, § 1922 BGB • Geschäftsfortführung (Geschäftsräume, Personal, Produkte) • Firmenfortführung (str.; Firma = Name) • keine Einstellung binnen Bedenkzeit von 3 Monaten, § 27 II HGB • kein Haftungsausschluss gemäß §§ 27 I, 25 II HGB • Anspruch des Altgläubigers gegen den Altinhaber (aus Vertrag, Delikt, Steuertatbestand usw.) • im Betrieb des Handelsgeschäfts begründet • aus der Zeit vor dem Erbfall (Altschulden) <p>Rechtsfolge</p> <ul style="list-style-type: none"> • Haftung des Erben wie ein Erwerber gemäß § 25 HGB
<p>7</p>	<p>3. § 28 HGB</p> <p>Beim Eintritt eines Dritten in das Geschäft eines Einzelkaufmanns begründet § 28 HGB den gesetzlichen Schuldbeitritt der entstehenden OHG/KG zum bisherigen Inhaber des Einzelunternehmens.</p> <p>Die 6 möglichen Anspruchsgrundlagen lassen sich wie folgt systematisieren:</p> <p>a) Der Anspruch gegen den Altschuldner bleibt unverändert aus Vertrag, Gesetz usw. bestehen. Auf § 28 HGB kommt es insofern nicht an.</p>

8	<p>b) § 28 HGB begründet die Haftungserstreckung auf die entstehende OHG/KG als neue Inhaberin des Unternehmens (Grundfall des § 28 HGB). Durch § 28 HGB wird die Verbindlichkeit des Altinhabers zur Gesellschaftsverbindlichkeit der OHG/KG.</p> <p>Tatbestand</p> <ul style="list-style-type: none"> • Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns • Neugründung einer OHG/KG • durch Eintritt eines phG/Kommanditisten, das heißt durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, aufgrund dessen der Geschäftsinhaber sich verpflichtet, sein Geschäft als Einlage in die neu gegründete Gesellschaft einzubringen, während der „Eintretende“ eine beliebige andere Einlageschuld übernimmt. • Geschäftsfortführung (Geschäftsräume, Personal, Produkte) • Firmenfortführung nicht erforderlich § 28 I 1 HGB „auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt“ (Firma = Name) • kein Haftungsausschluss gemäß § 28 II HGB • Anspruch des Altgläubigers gegen den Altinhaber (aus Vertrag, Delikt, Steuertatbestand usw.) • im Betrieb des Handelsgeschäfts begründet • aus der Zeit vor dem Eintritt (Altschulden) <p>Rechtsfolge</p> <ul style="list-style-type: none"> • Haftung der Gesellschaft (Wortlaut!) <u>neben</u> dem Altinhaber (gesetzlicher Schuldbeitritt) • Altinhaber haftet weiter, aber Nachhaftungsbegrenzung für Altinhaber, der Kommanditist wird, gemäß §§ 28 III, 26 HGB • Haftung des Neugeschafters folgt nicht schon aus § 28 HGB, sondern allgemeinen Grundsätzen der Gesellschafterhaftung, §§ 126 ff. HGB, siehe unten.
9, 10	<p>c) Die weiteren Anspruchsgrundlagen zur Haftung der Gesellschafter für diese Gesellschaftsverbindlichkeit beruhen auf allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln über die Gesellschafterhaftung. Die Gesellschafterhaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten ergibt sich aus § 126 bzw. § 171 HGB.</p>
11, 12	<p>d) Soweit der Vollständigkeit halber die Haftung etwaiger später eintretender Gesellschafter gemäß § 127 und § 173 HGB erwähnt wird, beruht auch diese auf</p>

	<p>allgemeinen Grundsätzen der Gesellschafterhaftung und nicht unmittelbar auf § 28 HGB. Die Gesellschafterhaftung für Altschulden folgt lediglich daraus, dass § 28 HGB den Schuldbeitritt der Gesellschaft normiert und die Gesellschafter wiederum für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten haften.</p>
	<p>III. Kaufmännisches Unternehmen</p> <p>Die Frage, in welchen Fällen die beteiligten Unternehmen kaufmännisch sein müssen, ist umstritten. In Teilen der Literatur wird ein Neuansatz eines Unternehmensrechts entwickelt, der vom alten Kaufmannsbegriff Abstand nimmt und den tatsächlichen Gegebenheiten des Wirtschaftsrechts Rechnung trägt (Großkanzleien von Rechtsanwälten mit hohem Umsatz und Gewinn werden im Handelsrecht nicht als Kaufleute angesehen, da Anwälte ihren Beruf freiberuflich ausüben und somit kein Gewerbe betreiben). Der neue Ansatz der Haftungskontinuität als Grundsatz des Außenprivatrechts der Unternehmens wird diesen Problemen gerecht, lässt sich jedoch kaum mit der derzeitigen gesetzlichen Regelung vereinbaren und benachteiligt die kleingewerblichen und freiberuflichen Unternehmen, die mangels Eintragungsmöglichkeit gem. §§ 25 II, 28 II HGB die den „großen“ kaufmännischen Unternehmen eröffnete Möglichkeit der Haftungsbeschränkung durch Handelsregistereintragung nicht wahrnehmen können.</p> <p>1. § 25 HGB</p> <p>§ 25 HGB ist nach herrschender Meinung auf nichtkaufmännische Unternehmen nicht anwendbar.</p> <p>Zwar ist die Verkehrserwartung und die Interessenlage von Veräußerer, Erwerber und Altschuldner unabhängig davon, ob ein kleingewerbliches, freiberufliches oder kaufmännisches Unternehmen übernommen wurde (Haftungskontinuität als unternehmensrechtliches Prinzip, vgl. <i>K. Schmidt</i> ZHR 145 (1981), 1; <i>K. Schmidt</i> HandelsR, 6. Auflage 2014, § 7 Rn. 32 ff. mwN; <i>K. Schmidt</i> ZGR 2014, 844.). Doch hat sich der Gesetzgeber dies nicht zu eigen gemacht. So spricht die Streichung des § 419 BGB gegen diesen Ansatz, das Unternehmen bilde eine Einheit von Vermögen und Verbindlichkeiten und bei der Übertragung der Vermögensgegenstände müssten die unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten ebenfalls auf den neuen Inhaber übergehen.</p>

Das Tatbestandsmerkmal der Firmenfortführung kann schon formal nicht erfüllt sein, wenn das Unternehmen keine Firma im Sinne des § 17 HGB führen darf. Die Handelsrechtsreform von 1998 hat bewusst den Minderkaufmann als Zwischenform abgeschafft und unterscheidet nur noch zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten. Die Regelung in § 25 HGB ist daher abschließend und nicht analogiefähig. Das Wahlrecht der Kleingewerbetreibenden, sich durch Eintragung dem Handelsrecht zu unterwerfen oder durch Unterlassung der Eintragung davon verschont zu bleiben, würde erheblich entwertet, wenn die Rechtsfolgen des Handelsrechts auf Nichtkaufleute ohnehin (dann eben analog) anwendbar wären. Die Haftung nach § 25 HGB ist für den Erwerber eines kleingewerblichen Betriebes überaus gefährlich und gerade er hat keinen Anlass und vor allem mangels Registerpublizität keine Möglichkeit, die Haftung zu beschränken. (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, S. 106, Rn. 20).

2. § 27 HGB

Auch bei § 27 HGB wird teilweise die Ausdehnung auf nichtkaufmännische Unternehmen befürwortet. Dagegen spricht das Fehlen einer Firma, der Vertrauensschutz des auf das geschriebene Gesetz vertrauenden Erben und die offene Frage, warum die Gläubiger unternehmensbezogener Verbindlichkeiten besser gestellt werden sollen (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, S. 139, Rn. 113).

3. § 28 HGB

Unstreitig muss vor dem Eintritt kein kaufmännisches Unternehmen bestanden haben. Aus dem Wortlaut des § 28 HGB ergibt sich, dass zumindest durch den Eintritt des neuen Gesellschafters ein kaufmännisches Unternehmen, eine OHG oder KG, entstehen muss. Für die Ausdehnung auf nichtkaufmännische Unternehmen wird argumentiert, dass die positivrechtliche Regelung des Kaufmannsbegriffes nur einen Bestandteil der heutigen Unternehmensrealität darstellt. Der Rechtsgedanke des § 28 HGB sollte als allgemeingültiger Bestandteil des Außenprivatrechts der Unternehmen sowohl auf kleingewerbliche als auch freiberufliche Unternehmen ausgedehnt werden (*K. Schmidt HandelsR*, 6. Auflage 2014, § 7 Rn. 32 ff.). Gegen die Anwendbarkeit auf nichtkaufmännische Unternehmen spricht vor allem, dass sie mangels Registerpflicht

	<p>keine Möglichkeit haben, die für sie besonders dringende Haftungsbeschränkung gemäß § 28 II HGB in das Handelsregister eintragen zu lassen. Die alternative Mitteilung an alle Gläubiger des nichtkaufmännischen Unternehmens dürfte unpraktikabel sein (<i>Canaris</i>, Handelsrecht, 24. Auflage 2006, S. 131, Rn. 88).</p>
13	<p>IV. Normzweck</p> <p>Der Schlussabsatz nennt den Normzweck der §§ 25, 27, 28 HGB.</p> <p>Der – trotz unterschiedlicher Ausgangslage – für die drei Normen identische Zweck besteht im Schutz der Haftungserwartungen des Verkehrs gegenüber dem jeweiligen Firmeninhaber. Überwiegend wird darauf abgestellt, dass die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen neuen Inhaber unter Ausnutzung der damit verbundenen Vorteile (Standort, Kundenstamm, Goodwill) gegenüber dem Verkehr die Erwartung wecke, der neue Inhaber werde auch für die Altschulden einstehen, vergleiche dazu Folie H26.</p>
	<p>Zu den Freistellungsansprüchen zwischen bisherigem und neuem Inhaber sowie Ausgleichsansprüchen nach Zahlung des alten Inhabers an den Altschuldner gemäß § 25 I 1, 2 HGB vergleiche Folien H27 und H28.</p>

KOMMENTAR ZU FOLIE 26 - NORMZWECK DER §§ 25 – 28 HGB

Der Normzweck der Haftung des Unternehmenserwerbers für Altschulden ist umstritten. Nachfolgend werden die wichtigsten [Theorien](#) und deren [Kritik](#) im Überblick dargestellt. 1, 2

1. Motivation

Kenntnisse des Normzwecks dienen nicht abstrakten Forschungen, sondern der Klärung kniffliger Grenzfälle in der Klausur (und Praxis). Haftet der Neuinhaber auch, wenn er das Unternehmen weiterverpachtet hat, ihm eine andere Rechtsform gegeben oder die Firma zur Hälfte geändert hat? Fragen über Fragen – nach Ermittlung des Normzwecks kann man die Norm nach Sinn und Zweck auslegen und Ergebnisse fundiert begründen.

2. Auslegung

Die Rechtsprechung des BGH sah in der Firmenfortführung des Geschäftserwerbers eine Erklärung an die Öffentlichkeit, er werde auch für die alten Verbindlichkeiten des Vorinhabers einstehen (BGH NJW 1982, 577). Die Annahme einer solchen Willenserklärung an die Öffentlichkeit erweist sich jedoch als reine [Fiktion](#). Der Neuinhaber hat keinen Anlass, eine solche Haftung im Außenverhältnis zu begründen und sich auf den Rückgriff gegen den – bei vielen Unternehmensveräußerungen – illiquiden Altinhaber zu beschränken. Bei bloßer Fortführung einer Firma liegt nur eine rein tatsächliche Handlung vor. Für eine Willenserklärung fehlt der Rechtsbindungswille, wenn der Übernehmende keine Kenntnis von den Altschulden besitzt. 3
4

3. Rechtsschein

Stattdessen wird die Haftung des Übernehmers auf die zurechenbare Verursachung eines Rechtsscheins gestützt. Die Fortführung des Unternehmens durch den neuen Inhaber unter identischer Firma könnte den Rechtsschein erzeugen, dass kein Inhaberwechsel stattgefunden hat und das Unternehmen unverändert vom Altinhaber geführt wird (BGHZ 18, 248, 250). Gegen diese Rechtsscheinhaftung spricht jedoch, dass die Haftung nach [§ 25 I 1 HGB](#) auch entsteht, wenn die Firma mit einem [Nachfolgezusatzes](#) fortgeführt wird. Fügt der Neuinhaber jedoch ausdrücklich einen Nachfolgezusatz an die Firma an, kann kein Rechtsschein der Inhaberkontinuität entstehen. 5
6

4. Unternehmenskontinuität

Nach dieser Ansicht begründet die Fortführung des Handelsgeschäfts nach Inhaberwechsel eine Kontinuität im Unternehmen, die die Haftung des jeweiligen Inhabers für die im Unternehmen begründeten Schulden verlangt (*K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl., 2014, § 8 I 1). Dafür spricht der Gedanke, die mangelnde Rechtsfähigkeit des kaufmännischen Einzelunternehmens durch eine automatische Haftung des jeweiligen Inhabers auszugleichen. Gegen eine solche Koppelung von Vermögenserwerb und Schuldenhaftung spricht jedoch, dass diese Regelungstechnik in § 25 HGB gerade nicht gewählt wurde, sondern der Altinhaber Schuldner bleibt und die Haftung des Neuinhabers hinzu tritt. Außerdem gestattet § 25 II HGB die individuelle Abbedingung der Haftung, die gegen die zwingende rechtspolitische Erforderlichkeit der Unternehmenskontinuität spricht. Jedenfalls durch die Abschaffung des § 419 BGB hat der Gesetzgeber einem automatischen Übergang der Schuldenhaftung bei Vermögenserwerb eine Absage erteilt.

7

5. Haftungsfonds

Die Haftungsfondstheorie folgt dem Ansatz, dass Vermögen und Verbindlichkeiten jedes Unternehmens zusammengehören, da die Gesamtheit der Vermögenswerte eines Unternehmens Grundlage der Begründung von Verbindlichkeiten, wie z.B. der Gewährung von Krediten, seien (*MüKoHGB/Thiessen*, 5. Aufl. 2021 Rn. 14, HGB § 25 Rn. 14). Auch gegen diese Theorie sprechen die Regelung des § 25 II HGB, nach der die Haftung individuell ausgeschlossen werden kann, und die Streichung des inhaltlich verwandten § 419 BGB a.F. Schließlich unterstreicht der Wortlaut des § 25 III HGB, dass der Neuinhaber ohne Firmenfortführung nur haftet, wenn ein individueller Verpflichtungsgrund vorliegt. Ein gesetzliches Grundprinzip des Haftungsfonds scheidet aufgrund dieses Wortlauts aus.

8

6. Verkehrserwartung

§ 25 I HGB dient – obgleich klausurtaktisch naheliegend – auch nicht dem Schutz berechtigter Haftungserwartungen des Verkehrs. Zwar mag in der Laiensphäre die Vorstellung existieren, die Firma sei nicht nur der Name des Unternehmens, sondern Trägerin der durch das Handelsgeschäft begründeten Verbindlichkeiten unabhängig von Person und Wechsel des Inhabers (*Staub Großkomm. HGB/Hüffer*, 5. Aufl. 2009, § 25 Rn. 21 ff.). Zum einen wäre diese Rechtsansicht unzutreffend, zum anderen ist **keine solche Erwartung** der betroffenen Verkehrskreise erkennbar. Schon die Interessenlage spricht gegen eine solche Auslegung, da der Erwerber des Unternehmens keinen Anlass hat,

9

10

eine kumulative Schuldübernahme für fremde Verbindlichkeiten zu erklären. Die Ausweitung der Haftung erweist sich als überraschendes Geschenk für den Gläubiger, dem keine Gegenleistung an den Neuinhaber gegenübersteht.

(Zur Vertiefung: *Canaris*, Handelsrecht, 24. Auflage 2006, S. 105 f., Rn. 17-19.)

KOMMENTAR ZUR FOLIE H 27 (DIA § 25 I 1 HGB)

Die Grafik veranschaulicht den gesetzlichen Schuldbeitritt gemäß § 25 I 1 HGB und die daraus entstehenden Ansprüche zwischen den Beteiligten.

1. Gesetzlicher Schuldbeitritt, § 25 I 1 HGB

1 In der Ausgangssituation besteht eine beliebige Forderung xy des Altgläubigers gegen den bisherigen Inhaber des Handelsgeschäfts. Es kann sich zum Beispiel um Kaufpreisforderungen für Warenlieferungen, Lohnansprüche eines Arbeitnehmers oder unternehmensbezogene Steuerforderungen des Staates handeln.

a) Tatbestand

Das kaufmännische Handelsgeschäft muss nach Entstehung der Forderung durch Erwerb unter Lebenden auf einen neuen Inhaber übertragen worden sein. Dabei kommen neben dem klassischen Unternehmenskauf auch andere Vertragsarten wie Tausch, Schenkung oder Pacht in Betracht. Lediglich bei einem Erwerb von Todes wegen (dazu siehe § 27 HGB) oder einem Erwerb aus einer Insolvenzmasse oder nach Ablehnung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse ist § 25 I 1 HGB unanwendbar. Auf die Rechtswirksamkeit des Vertrags kommt es nicht an. Entscheidend ist, dass die Identität der bisherigen Firma gewahrt wird und die Firma jedenfalls im Kern fortgeführt wird. Zu den Voraussetzungen des § 25 I 1 HGB vgl. Folienkommentierung HK25.

2 b) Rechtsfolge

Mit dem Erwerb des Handelsgeschäfts tritt der neue Inhaber dem Schuldverhältnis bei, § 25 I 1 HGB. Der Gläubiger gewinnt einen zweiten Schuldner, der ebenfalls unbeschränkt und persönlich mit seinem gesamten Vermögen für den Anspruch haftet. Der Gläubiger kann nun seinen Anspruch wahlweise gegen den bisherigen oder neuen Inhaber geltend machen.

3 2. Haftungsausschluss § 25 II HGB

Der neue Inhaber kann jedoch seine Haftung ausschließen und diese Einwendung dem Gläubiger entgegenhalten. Dazu müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der neue Inhaber muss mit dem bisherigen Inhaber einen Haftungsausschluss vereinbaren.
- Der Haftungsausschluss muss unverzüglich nach Geschäftsübergang entweder in das Handelsregister eingetragen oder dem Gläubiger individuell mitgeteilt werden.

3. Weitere anspruchüberleitende Normen des Zivil- und Steuerrechts, § 25 III HGB

Neben § 25 I 1 HGB gibt es weitere Normen, die den Grundsatz durchbrechen, dass Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen, und einen Schuldnerwechsel oder Schuldbeitritt herbeiführen. § 25 III HGB stellt lediglich klar, dass ein solcher Anspruchsübergang unabhängig von den Voraussetzungen des § 25 HGB aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder gesetzlicher Regelung eintreten kann. Beispiele:

- 4 • Die Rechte und Pflichten aus Arbeitsverträgen des bisherigen Inhabers gehen bei Betriebsübergang gemäß § 613a BGB auf den neuen Betriebsinhaber über.
- 5 • Steuertatbestände: § 75 AO.
- 6 • Rechte und Pflichten des Eigentümers aus Miet- oder Pachtverträgen gehen bei Veräußerung des Grundstücks oder Raumes auf den Erwerber über, §§ 566, 578, 581 BGB.
- 7 • Gläubiger und neuer Inhaber können individualvertraglich vereinbaren, dass der neue Inhaber neben dem bisherigen Inhaber für eine Verbindlichkeit haften soll (kumulativer Schuldbeitritt). Schuldbeitritt und Vertragsübernahme sind im BGB nicht geregelt, können aber als Verpflichtungsverträge eigener Art gemäß § 311 I BGB begründet werden. Die Rechtsfolge gleicht der des § 25 I 1 HGB, beruht jedoch nicht auf Gesetz, sondern Vertrag.
- 8 • Altgläubiger und neuer Schuldner können eine befreiende Schuldübernahme im Sinne des § 414 BGB vereinbaren.

Wiederholung Schuldrecht AT: Zur Abgrenzung des gesetzlichen vom vertraglichen Schuldbeitritt sowie der kumulativen Schuldübernahme (§ 311 I BGB) von der befreienden Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415 BGB, Vertragsübernahme (ebenfalls § 311 I BGB) und Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) vgl. BeckOKBGB/Rohe, 59. Edition, Stand: 1.8.2021, § 414 Rn. 26 ff., 30 ff., 45 f.; MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Auflage 2019, Vor. § 414 Rn. 7 ff., 10 ff., 25.

4. Ausgleichansprüche zwischen dem bisherigen und neuen Inhaber

- 9 Die gesetzliche Anordnung des Schuldbeitritts gilt nur im Außenverhältnis der beiden Inhaber zum Gläubiger. Im Innenverhältnis zwischen dem bisherigen und dem neuen Inhaber des Handelsgeschäfts können individuelle Vereinbarungen zur Ausgestaltung der Haftung getroffen werden. In der Regel vereinbaren die beiden Inhaber, dass der neue Inhaber für die Ansprüche der Gläubiger haftet und den bisherigen Inhaber von allen Ansprüchen der Gläubiger freistellt. Wird dennoch der bisherige Inhaber von einem Gläubiger in Anspruch genommen, kann der bisherige Inhaber beim neuen

Inhaber aufgrund dieser Abrede Regress nehmen.

- 10 Erhält der Gläubiger die Leistung von dem bisherigen Inhaber, der eigentlich freigestellt werden sollte, so wird dessen **Freistellung unmöglich** und er hat in der Regel einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 283, 280 BGB gegen den Neuinhaber.
- 11 Zugleich entstehen Regressansprüche des bisherigen Inhabers gegen den neuen Inhaber aus § 426 I BGB und § 426 II BGB iVm der Altforderung. Der bisherige und der neue Inhaber haften für die Verbindlichkeiten gegenüber dem Gläubiger gesamtschuldnerisch. Bei einer echten Gesamtschuld schließt der Regress nach § 426 II BGB weitere Ansprüche aus § 812 BGB aus, da die Forderung nicht erlischt und der Schuldner insoweit nicht bereichert ist (NK-BGB/*Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe*, 4. Aufl. 2021, BGB § 812 Rn. 114.). Bereicherungsansprüche entstehen allenfalls, wenn der bisherige Inhaber nicht Schuldner war und dennoch für den Neuinhaber zahlte, § 267 BGB.

§ 25 I 2 HGB

§ 25 I 1 HGB gewährleistet Gläubigerschutz, § 25 I 2 HGB Schuldnerschutz. Beide Normen schützen ein denkbare Vertrauen darauf, dass der Neuinhaber mit dem Handelsgeschäft auch Schulden (Satz 1) und Forderungen (Satz 2) des bisherigen Inhabers übernommen hat.

Die Folie zeigt, dass G1 früher ein Handelsgeschäft betrieb und dabei einen Anspruch gegen S erworben hat (dicker Pfeil nach links). Es sind zwei Sachverhaltsalternativen dargestellt, von denen nur die erste ein Anwendungsfall des § 25 I 2 HGB ist.

I. Keine Abtretung des Anspruchs von G1 an G2

In der ersten Alternative, die mit den dicken Strichen gekennzeichnet ist (Erläuterung oben links) hat G1 seinen Anspruch gegen S nicht an G2 abgetreten, G1 bleibt also Gläubiger (str., siehe unten 1.). Leistet S an seinen Gläubiger G1, hat er erfüllt. Das entgegengesetzte Symbol, das man als Schutzschild an der ausgestreckten Hand des S verstehen kann, veranschaulicht diese Einwendung. Leistet S dagegen an den neuen Inhaber des Handelsgeschäfts, genügt ihm § 362 I BGB nicht, denn er hat nicht an den Gläubiger geleistet. Hier hilft ihm § 25 I 2 HGB. Voraussetzung ist lediglich, dass der bisherige Inhaber in die Fortführung der Firma eingewilligt hat.

Querverweis: Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 407 BGB im Recht der Abtretung. Doch wird dort an den bisherigen Gläubiger geleistet, im Fall des § 25 I 2 HGB an den vermeintlichen *neuen* Gläubiger.

1. Dogmatische Begründung

Die dogmatische Herleitung dieser Form des Schuldnerschutzes ist umstritten; vgl. dazu den Überblick H 26.

a) Echte, gesetzlich vertyppte Abtretung

§ 25 I 2 HGB kann als echter, gesetzlicher Forderungsübergang betrachtet werden, der nur durch ausdrückliche Bekanntmachung einer abweichenden Abrede verhindert werden kann, § 25 II HGB (*K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 8 I 4 b aa).

Das ist abzulehnen. Ein Forderungsübergang entgegen dem Willen der Beteiligten (also ohne Abtretung von G1 an G2) würde mangels Rechtsgrund im Unternehmenskaufvertrag

zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des G2 führen. G2 müsste die Forderung gemäß § 812 I 1 2. Alt. BGB an G1 zurückabtreten, und zwar im Zweifel sofort, § 271 I BGB. Solcherart Hin und Her bei der Anspruchsinhaberschaft schützt nicht den S und liegt auch nicht im Interesse von G1 oder G2, allein die Gläubiger des G2 erhielten im Falle der Insolvenz des G2 vor Rückabtretung der Forderung ein Zufallsgeschenk (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, S. 123f., Rn. 64).

b) Fiktion einer Abtretung/unwiderlegliche Vermutung

Teilweise wird § 25 I 2 HGB als unwiderlegliche Vermutung eines Abtretungswillens bewertet (BGH, NJW-RR 1992, 866, 867). Eine Abtretung als Voraussetzung eines echten Forderungsübergangs wird hingegen durch § 25 I 2 HGB nicht ersetzt. Für die Annahme einer solchen bloßen Fiktion einer Abtretung spricht der Wortlaut des § 25 I 2 HGB. Die Forderung “gilt” als übergegangen und dies auch nur “den Schuldern gegenüber”.

Auch diese Ansicht ist abzulehnen. G2 gilt nur für den Fall irrtümlicher Zahlung des S an G2 im Verhältnis zu S als Gläubiger. Unstreitig können Gläubiger des G1 dessen Forderung pfänden und anschließend Einziehungsklage erheben. Ebenso kann G1 unstreitig mittels Drittwiderspruchsklage eine Pfändung der Forderung durch Gläubiger des G2 für unzulässig erklären lassen, weil ihnen gegenüber G1, und nicht G2 Inhaber der Forderung ist. Es erschiene bizarr, wenn G1 dann nicht selbst die Forderung geltend machen könnte (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, S. 125, Rn. 67).

c) Rechtsscheinhaftung/widerlegliche Vermutung

Teilweise wird § 25 I 2 HGB als Rechtsscheinstatbestand eingeordnet, der eine widerlegliche Vermutung begründet (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, S. 125, Rn. 66 f.):

(1) Die Fortführung der alten Firma ohne Nachfolgezusatz begründet den Rechtsschein, es habe kein Inhaberwechsel stattgefunden. Der Schuldner, der noch an den alten Inhaber leistet, ist wegen des Rechtsscheins der Firmenfortführung schützenswert.

(2) Wird die Firma mit Nachfolgezusatz fortgeführt, besteht der Rechtsschein einer Abtretung und damit Gläubigerstellung des neuen Inhabers. Der Schuldner, der folgerichtig an den neuen Inhaber zahlt, ist durch die schuldbefreiende Wirkung seiner Leistung zu schützen. Die Vermutung eines Gläubigerwechsels ist widerleglich.

Nach dieser – m.E. zutreffenden – Auffassung kann G1 die Forderung gegen Ansprüche des S aufrechnen; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021 § 25 Rn. 21; a.A. Staub/Hüffer, Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2009, § 25 HGB, Rn. 70.

2. Tatbestand

- a) Tatbestand des § 25 I HGB₂
 - kaufmännisches Handelsgeschäft
 - Erwerb des Handelsgeschäfts unter Lebenden
 - Geschäfts- und Firmenfortführung
- b) im Betrieb des Handelsgeschäfts begründete Forderung des bisherigen Inhabers
- c) Einwilligung des bisherigen Inhabers oder seiner Erben in die Fortführung der Firma.
- d) Ausnahme: Ausschluss des § 25 I 2 HGB durch Eintragung und Bekanntmachung des Ausschlusses des Forderungsüberganges oder entsprechende Mitteilung an den Schuldner, § 25 II HGB.

3. Ausgleich nach Leistung an den „Falschen“₃

Hat S aufgrund des § 25 I 2 HGB befreiend an G2 geleistet, so kann G1 die Leistung nicht mehr von S verlangen. G1 muss sich also an G2 halten. Oft wird es zwischen G1 und G2 einen schuldrechtlichen Vertrag geben, meist einen Kaufvertrag über das Handelsgeschäft des G1 (vgl. auch Folie H 24). Die Auslegung dieses Vertrages wird ergeben, dass G2 Leistungen auf solche Forderungen nicht annehmen durfte, die G1 nicht an G2 abgetreten hat. Diese Nebenpflicht hat G2 verletzt, als er die Leistung des S angenommen hat. G2 haftet G1 deshalb aus §§ 280 I, 241 II BGB auf Schadensersatz, der im Einzelfall über den Wert der Leistung hinausgehen kann. Daneben haftet G2 aus § 816 II BGB, denn G2 war hinsichtlich der Forderung Nichtberechtigter und die Leistung des S nach § 25 I 2 HGB, § 362 I BGB dem G1 gegenüber wirksam. Schließlich bestehen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (durch Verweisung aus dem Recht der angemessenen Eigengeschäftsführung), wenn G2 wusste, dass er zur Annahme der Leistung des S nicht berechtigt war. Dazu gehören ein Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft aus §§ 687 II 1, 681 S. 2, 666 BGB, auf Herausgabe des Erlangten aus §§ 687 II 1, 681 S.2, 667 BGB und auf Schadensersatz aus §§ 687 II 1, 678 BGB.

II. Abtretung des Anspruchs von G1 an G2

- Die dünnen Pfeile zeigen eine Sachverhaltsalternative: Nunmehr hat G1 zusammen mit seinem Handelsgeschäft auch seinen Anspruch gegen S an G2 abgetreten (geschwungener Pfeil nach unten, § 398 BGB). Der Anspruch steht jetzt also G2 zu (Pfeil von rechts unten nach links oben). Hat S die geschuldete Leistung an G2 bewirkt, hat er erfüllt, der Anspruch ist erloschen.

Hat S dagegen an den „Falschen“ gezahlt, also an G1, der den Anspruch bereits abgetreten hatte, wird S nach §§ 407 I Alt. 1, 362 I BGB geschützt, sofern er die Abtretung von G1 an G2 nicht positiv kannte.

In diesem Fall verliert also G2 den an ihn abgetretenen Anspruch gegen S und muss sich stattdessen an G1 halten. Hier bestehen die Ansprüche, die soeben unter I 3 behandelt wurden, also 1. aus §§ 283, 280 I BGB, sofern G1 gegen das schuldrechtliche Verbot verstoßen hat, die Leistung des S anzunehmen,

2. aus § 816 II BGB, weil G1 Nichtberechtigter war, die Leistung des S gegenüber dem berechtigten G2 aber nach §§ 407 I Alt. 1, 362 I BGB wirksam war,

3. aus § 687 II i.V.m. §§ 681 S. 2, 666 f. und i.V.m. § 678 BGB, wenn G1 wusste, dass er zur Annahme der Leistung des S nicht berechtigt war.

Das Handelsregister im Rechtsverkehr

Die Folie enthält ein Beispiel zum Nutzen des Handelsregisters in der Praxis. Wie das Handelsregister aufgebaut ist und welche Informationen es beinhaltet, erläutern Folien 36-37a, 40. Zum Schutz des Rechtsverkehrs bei fehlenden oder falschen Eintragungen vgl. Folie 39.

1

Fall

Ein Herr Pieszka handelt im Namen der X-GmbH (z.B. bestellt er für die X-GmbH beim Tischler 10 maßgefertigte Einbauschränke). Sein potenzieller Vertragspartner (der Tischler) kennt die X-GmbH. Es hat aber noch nie ein Vertreter der X-GmbH bei ihm bestellt. Er will nun wissen, ob er die X-GmbH aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft in Anspruch nehmen können (denn er wird nur Arbeitszeit investieren, wenn er davon ausgehen kann, dass er die entsprechende Gegenleistung von der X-GmbH erhält). Dazu muss er ermitteln, ob sein Gegenüber Vertreter der X-GmbH ist. Ist er das nicht, riskiert der Vertragspartner (unser Tischler), nur Herrn Pieszka als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 I BGB auf Erfüllung oder Schadensersatz in Anspruch nehmen zu können. Die (aus Sicht des Tischlers solventere) X-GmbH wäre, sofern sie den Vertrag nicht nach § 177 I BGB genehmigt, aus dem Vertrag nicht verpflichtet.

- 2 Der Vertragspartner (der Tischler) wird sich deshalb zunächst anhand eines Ausweisdokuments versichern, dass Herr Pieszka auch tatsächlich die Person ist, die er zu sein behauptet. Dazu lässt er sich im Beispielsfall den Reisepass des Herrn Pieszka zeigen.

- 3 Herr Pieszka händigt dem Vertragspartner (dem Tischler) eine Vollmachtsurkunde aus, wonach er berechtigt ist, Rechtsgeschäfte für die X-GmbH vorzunehmen. Im Verhältnis zur mündlich erteilten Vollmacht erlischt die auf einer Vollmachtsurkunde erteilte Vertretungsmacht nach § 172 II BGB erst, wenn die Vollmachtsurkunde zurückgegeben oder gemäß § 176 I BGB durch öffentliche Bekanntmachung für kraftlos erklärt wird (und nicht wie die mündliche erteilte Innenvollmacht bereits durch einfachen Widerruf gegenüber Herrn Pieszka nach § 168 BGB).

Der Vertragspartner weiß nun aber noch nicht, ob die Vollmachtsurkunde auch von der X-GmbH ausgestellt wurde. Die X-GmbH als juristische Person handelt durch ihre vertretungsberechtigten Organe, dies sind nach § 35 I GmbHG die Geschäftsführer. Dass ein Dr. X hier als Geschäftsführer unterzeichnet hat, wird durch das Fehlen von Unterschriftszusätzen wie „ppa“ (Prokura) oder i.V. (Handlungsbevollmächtigter) indiziert; vgl. § 35 III GmbHG, §§ 51, 57 HGB.

- 4 Ob Dr. X auch tatsächlich Geschäftsführer der X-GmbH ist,¹ kann der Vertragspartner aus dem elektronischen Handelsregister erfahren, das auch im elektronischen Unternehmensregister enthalten ist. Es entstehen bei Benutzung des elektronischen Handelsregisters folgende Gebühren: 10 € pro unbeglaubigte, 20 € pro beglaubigte Abschrift, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG, Hauptabschnitt 7 Nr. 17000, 17001). Anstelle eines Ausdrucks kann auch die elektronische Übermittlung einer Datei beantragt werden (unbeglaubigt 5 €, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG, Hauptabschnitt 7 Nr. 17002; beglaubigt 10 €, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG, Hauptabschnitt 7 Nr. 17003). Über das Internet ist schließlich ein elektronischer Abruf möglich (je Registerblatt 4,50 €, Anlage zu § 4 Abs. 1 JVKostG Hauptabschnitt 1 Abschnitt 4 Nr. 1140, je Datei mit Dokumenten, die zum Register eingereicht wurden, 1,50 €, Anlage zu § 4 Abs. 1 JVKostG Hauptabschnitt 1 Abschnitt 4 Nr. 1141). Unternehmensträgerdaten (UT) können im Unternehmensregister online kostenlos eingesehen werden. Sollte die Eintragung von Dr. X als Geschäftsführer unzutreffend sein, wird der Vertragspartner über § 15 HGB geschützt (vgl. dazu Folie und Kommentar Nr. 39).
- 5 Schließlich wird der Vertragspartner (unser Tischler) sicherstellen wollen, dass die Unterschrift von Herrn Dr. X stammt, denn nur eine echte Vollmachtsurkunde entfaltet die gewünschten Rechtsfolgen. Dazu müsste er die Unterschrift auf der Vollmachtsurkunde mit einer Unterschriftprobe des Herrn Dr. X vergleichen. Das ist im Handelsregister nicht mehr möglich, theoretisch müsste die Unterschrift deshalb notariell beglaubigt sein.

¹ Das Handelsregister enthält auch Angaben zur Vertretungsmacht der Geschäftsführer, § 33 II 1, 2. Hs. HGB. Nach der gesetzlichen Regelung sind mehrere Geschäftsführer gemeinschaftlich zur Vertretung befugt, § 35 II 2 GmbHG. Der Gesellschaftsvertrag kann die Vertretungsmacht erweitern: Allein- oder Gesamtvertretungsmacht mit nur einem anderen Geschäftsführer oder mit einem Prokuristen. Die entsprechende Satzungsregelung findet sich im Handelsregister wieder.

Anhang:

Die Kosten sind bei dem Unternehmensregister entsprechend:

Kosten der Nutzung

Die Registrierung im Unternehmensregister ist kostenfrei. Für die Recherche nach einzelnen Firmen und die Einsicht in Veröffentlichungen und die Unternehmensträgerdaten (UT) entstehen ebenfalls keine Kosten.

Für jeden Abruf der zu einer Registernummer angebotenen Daten (Aktueller Abdruck, Chronologischer Abdruck, Historischer Abdruck, Dokumentenabruf) entsteht jeweils eine Gebühr (siehe Übersicht unten). Ausnahme: Wenn Sie einen AD, CD und HD eines Firmendatensatzes in der gleichen Sitzung - solange Sie Dokumente sammeln und noch nicht bezahlt haben - im Dokumentenkorb ablegen, so müssen Sie die Gebühr nur für ein Dokument entrichten. Auslagen werden nicht erhoben. Die Höhe der Abrufgebühren richtet sich nach der Justizverwaltungskostenordnung.

Für die Abrufe steht Ihnen ein Dokumentenkorb zur Verfügung, in dem Sie die abzurufenden Registerinformationen sammeln und herunterladen können (siehe »Dokumentenkorb).

Aktueller Abdruck (AD): 4,50 EUR

Chronologischer Abdruck (CD): 4,50 EUR

Historischer Abdruck (HD): 4,50 EUR

Dokument (DK): 1,50 EUR

Unternehmensträgerdaten (UT): 0,00 EUR

Beglaubigungen von Jahresabschlüssen: 0,50 EUR für jede angefangene Seite, mindestens 5,00 EUR

Alle Bürger haben online Zugang zu dem Handelsregister (bzw. Unternehmensregister).

Das Handelsregister

Die **Folien 36-37a** betreffen das Handelsregister im Sinne der §§ 8 ff. HGB.

A. Die einzelnen Folien

Folie 36 enthält zwei Musterauszüge aus dem Handelsregister, welche im Internet unter www.handelsregister.de unter „Hilfe“ abrufbar sind. Wie das Handelsregister zu führen ist, regelt die Handelsregisterverfügung (HRV)¹, wichtige Normen der Verordnung sind deshalb auf **Folien 37 und 37a** abgedruckt.

Der erste Handelsregisterausdruck auf **Folie 36** ist chronologisch geordnet, der zweite zeigt die aktuelle Rechtslage. In der Regel führt jedes Amtsgericht für die Kaufleute mit Niederlassung im Amtsgerichtsbezirk ein eigenes Register, § 1 HRV, an das auch entsprechende Anfragen zu richten sind.

Die Auszüge sind oben rechts mit „HR B 49578“ bezeichnet. „HR“ bedeutet Handelsregister, „B“ ist die Abteilung B. Das Handelsregister besteht gemäß § 3 HRV aus zwei Abteilungen, der Abteilung A für Einzelkaufleute sowie OHG und KG und der Abteilung B insbesondere für Kapitalgesellschaften. Der Abteilungsangabe folgt die Handelsregister-Nummer, hier die 49578. Jedem im Handelsregister eines bestimmten Amtsgerichtsbezirks eingetragenen Kaufmann ist eine eigene Nummer zugeordnet, § 13 I HRV. Registergericht und Nummer müssen gemäß § 37a I HGB auf den Geschäftsbriefen des Kaufmanns angegeben werden.

Anhand des Registergerichts und der Handelsregister-Nummer des Kaufmanns kann jeder, der nähere Informationen über ein Unternehmen sucht, diese auch beim jeweiligen Handelsregister finden. Das Handelsregister ist nach § 9 I HGB öffentlich, die Einsicht jedem ohne besonderen Grund gestattet (im Gegensatz zum Grundbuch, § 12 I GBO). Sie ist gebührenfrei, auch in die vor 2007 noch in Papierform eingereichten Unterlagen. Da aber insbesondere bei entfernteren Amtsgerichten eine persönliche Einsichtnahme sehr zeitaufwendig ist und zur Vorlage bei Behörden beglaubigte Registerauszüge erforderlich

sind, werden von den Registergerichten auch Abschriften versandt, was allerdings Kosten verursacht (einfache Abschrift 10 €, beglaubigte Abschrift 20 €, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG, Hauptabschnitt 7 Nr. 17000, 17001). Anstelle eines Ausdrucks kann auch die elektronische Übermittlung einer Datei beantragt werden (unbeglaubigt 5 €, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG, Hauptabschnitt 7 Nr. 17002; beglaubigt 10 €, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG, Hauptabschnitt 7 Nr. 17003). Über das Internet ist schließlich ein elektronische Abruf möglich (je Registerblatt 4,50 €, Anlage zu § 4 Abs. 1 JVKostG Hauptabschnitt 1 Abschnitt 4 Nr. 1140, je Datei mit Dokumenten, die zum Register eingereicht wurden, 1,50 €, Anlage zu § 4 Abs. 1 JVKostG Hauptabschnitt 1 Abschnitt 4 Nr. 1141).

Ist der Sitz oder die Handelsregister-Nummer eines Kaufmanns unbekannt, so kann bei den Registergerichten vor Ort oder bundesweit über das Internet abgefragt werden, ob der Kaufmann im Handelsregister geführt wird.

B. Informationsgehalt des Handelsregisters

Das Handelsregister ist ein Verzeichnis von Rechtstatsachen. Eintragungsfähig sind jedoch keineswegs alle Rechtstatsachen, die für den Rechtsverkehr rechtserheblich oder interessant sind. Zum Beispiel ist die Höhe des Gesellschaftsvermögens nicht aus dem Registerblatt ersichtlich. Allgemein wird man sagen können, dass eine Rechtstatsache immer dann eintragungspflichtig ist, wenn die Rechtsordnung dies an irgendeiner Stelle anordnet oder voraussetzt oder wenn mit der Eintragung oder ihrem Unterbleiben in sonstiger Weise Rechtswirkungen verbunden sind (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 4, Rn. 8).

Die Eintragung einer Tatsache in das Handelsregister kann konstitutiv oder deklaratorisch wirken. Ist die Eintragung konstitutiv, so wird die Rechtstatsache erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam (z.B. Entstehung einer GmbH durch Eintragung, § 11 I GmbHG; Kaufmannseigenschaft des Kannkaufmanns mit Eintragung, § 2 HGB). Deklaratorische Eintragungen haben dagegen keine Wirkung auf die Rechtstatsache selbst, eine bestehende Tatsache wird hier lediglich veröffentlicht (z. B. Eintragung eines Ist-Kaufmanns, § 29 HGB; Erteilung oder Widerruf der Prokura, § 53 HGB). Der Vertrauensschutz nach § 15 HGB besteht dagegen sowohl für konstitutive als auch für deklaratorische Eintragungen, so dass

¹ Abgedruckt in Baumbach/Hopt/Merkt, 40. Aufl. 2021, HGB 2. Teil III. (4).

auch letztere Eintragungen Rechtswirkungen entfalten (zur Registerpublizität vgl. **Folie und Kommentar 39**).

Wo eine Tatsache im Register einzutragen ist, regelt § 40 HRV für die Abteilung A, § 43 HRV für die Abteilung B (Normen z.T. auf **Folien 37, 37a** abgedruckt). Wie auf **Folie 36** ersichtlich, findet sich in Abteilung B in Spalte 2 die Firma, der Sitz und der Gegenstand des Unternehmens, in Spalte 3 das Grund- oder Stammkapital, in Spalte 4 finden sich persönlich haftende Gesellschafter und organschaftliche Vertreter, in Spalte 5 Prokuristen und in Spalte 6 sog. Rechtsverhältnisse (näher dazu § 43 Nr. 6 HRV). In der Abteilung A ist die Aufteilung ähnlich, aber den Einzelkaufleuten bzw. der OHG und KG angepasst, eine Spalte für das Grund- oder Stammkapital entfällt somit.

Ändert sich eine Rechtstatsache, so wird die alte Tatsache nicht etwa herausgestrichen oder gelöscht. Vielmehr wird die neue Tatsache gemäß § 16 I HRV unter einer neuen laufenden Nummer eingetragen, wie im ersten Auszug auf **Folie 36** z.B. hinsichtlich des Gegenstands der Gesellschaft geschehen. Die nun nicht mehr aktuelle Tatsache wird rot unterstrichen.

C. Eintragungen in das Handelsregister aus Sicht des Unternehmers

Zur Eintragung einer Tatsache in das Handelsregister ist grundsätzlich eine Anmeldung erforderlich, die nach § 12 I HGB in öffentlich beglaubigter Form einzureichen ist. Das Registergericht hat das Recht und die Pflicht zur Überprüfung der formellen und materiellen Richtigkeit dieser Tatsache, § 26 FamFG. Die Kosten der Eintragung bestimmen sich nach dem Geschäftswert, §§ 34, 58 GNotKG. Nimmt ein Kaufmann pflichtwidrig eine Anmeldung nicht vor, so kann das Gericht grundsätzlich nicht von Amts wegen eintragen, sondern ihn lediglich durch Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 14 HGB i.V.m. §§ 388 ff. FamFG zur Eintragung anhalten.

D. Die Funktionen des Handelsregisters

Anhand des bereits Gesagten lassen sich folgende Funktionen des Handelsregisters erkennen:

- Publizitätsfunktion: Das Handelsregister dient dem Schutz der Rechtsverkehrs, jedermann kann sich über gewisse bedeutsame Tatsachen, insbesondere über die

Vertretungs- und Haftungsverhältnisse informieren und genießt dabei den Schutz des § 15 HGB (zu § 15 HGB vgl. **Folie und Kommentar 39**)

- Kontrollfunktion: Der Registerrichter prüft, ob die einzutragende Tatsache oder das Rechtsverhältnis dem Gesetz entsprechend begründet wurde. Das Handelsregister ist somit unverzichtbarer Bestandteil gerichtlicher Rechtskontrolle.
- Beweisfunktion: Das Handelsregister erleichtert dem Kaufmann die Beweisführung über eingetragene Tatsachen. Ein Registereintrag begründet zwar keine Vermutung für die Richtigkeit der Tatsache zugunsten des Eingetragenen, wegen der registergerichtlichen Prüfungspflichten wird aber überwiegend ein Beweis des ersten Anscheins (sog. Prima-facie-Beweis) als Beweiserleichterung für die beweisbelastete Partei angenommen.

Zur Vertiefung:

Canaris, Handelsrecht, 24. Auflage 2006, § 4

Wiedemann/Fleischer, Prüfe dein Wissen, Handelsrecht, 9. Aufl. 2016, S. 33-55.

DIE PUBLIZITÄT DES HANDELSREGISTERS GEMÄß § 15 HGB

Einführung

Die Handelsregisterpublizität nach § 15 HGB dient der Sicherheit und Leichtigkeit des Handelsverkehrs und gehört – wie auch die allgemeine Rechtsscheinhaftung – systematisch zum Vertrauensschutz. Der Rechtsverkehr wie auch der Eintragende selbst sollen sich darauf verlassen können, dass eine Tatsache in das Handelsregister eingetragen und/oder (richtig) bekanntgemacht ist.

A. Allgemeines

§ 15 HGB enthält verschiedene Regelungen, um das oben genannte Ziel zu verwirklichen:

Die Vorschrift schützt in Abs. 1 und 2 Satz 2 den Rechtsverkehr vor nicht eingetragenen oder nicht bekanntgemachten Tatsachen, die aber tatsächlich stattgefunden haben. Aufgrund dieser sog. negativen Publizität müssen Dritte solche Tatsache nicht gegen sich gelten lassen.

§ 15 II S.1 HGB sagt zunächst Selbstverständliches, denn auf Tatsachen kann man sich fast immer berufen. Soweit das ausnahmsweise nicht der Fall ist, schützt § 15 II S. 1 HGB den Eintragenden selbst, wenn eine Tatsache richtig in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht ist. Dies lässt sich bereits im Umkehrschluss aus § 15 I HGB entnehmen und wird deshalb auf der Folie nicht erwähnt. Innerhalb der 15-tägigen „Schonfrist“ des § 15 II 2 HGB ab Bekanntmachung wird der Eintragende allerdings noch nicht geschützt, der Dritte kann sich weiterhin auf 15 I HGB berufen.

§ 15 III HGB schützt das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf falsch bekanntgemachte Tatsachen, sog. positive Publizität.

B. Zur Folie

Auf der Folie werden positive und negative Publizität einander gegenübergestellt.

1. Positive Publizität, § 15 III HGB

§ 15 III HGB wurde nachträglich aufgrund der EG-Richtlinie vom 09.03.1968 im Jahre 1969 in das HGB eingefügt. Sie normiert einen bis dahin von der allgemeinen Rechtsscheinhaftung erfassten Tatbestand.

§ 15 III HGB bezieht sich seinem Wortlaut nach nur auf die **falsche Bekanntmachung**. Wird die Tatsache dagegen richtig bekanntgemacht und **nur falsch eingetragen**, will eine Ansicht die Vorschrift analog anwenden (Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, 9. Aufl. 2019 Rn. 28, HGB § 15 Rn. 28; Baumbach/Hopt/Merkt, 40. Aufl. 2021, HGB § 15 Rn. 37), während die wohl herrschende Meinung hier weiterhin eine Haftung nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen durch eine zumindest fahrlässig veranlasste Falscheintragung annimmt (vgl. MüKoHGB/Krebs, 5. Aufl. 2021, § 15 Rn. 93, 108 mwN.). Letzterenfalls wäre die Kenntnis der falschen Eintragung erforderlich, da die allgemeine Rechtsscheinhaftung nur das konkrete Vertrauen schützt.

Positive Publizität bedeutet, dass der Rechtsverkehr von der Richtigkeit der (falschen) Bekanntmachung ausgehen kann. Die Haftung könnte also auch einen völlig Unbeteiligten treffen. Um dies zu vermeiden, wird § 15 III HGB um ein Zurechnungserfordernis erweitert: Eine Tatsache ist nur in dessen Angelegenheiten einzutragen (Wortlaut § 15 I HGB), der einen Eintragungsantrag gestellt und dadurch das Tätigwerden des Registergerichts veranlasst hat (h.M., vgl. Baumbach/Hopt/Merkt, 40. Aufl. 2021, HGB § 15 Rn. 19). Im Gegensatz zu § 15 I HGB gilt die positive Publizität auch nicht zu Lasten Minderjähriger oder beschränkt Geschäftsfähiger.

2. Negative Publizität, § 15 I, II 2 HGB

Für die negative Publizität genügt es, wenn eine Tatsache **nicht eingetragen oder nicht bekanntgemacht ist**, § 15 I HGB. Ist die Tatsache dagegen richtig eingetragen und bekanntgemacht, so kann sich der Eintragende darauf **erst nach 15 Tagen** ab Bekanntmachung berufen, § 15 II 2 HGB. Solange wird die Tatsache behandelt, als wäre sie nicht eingetragen oder bekanntgemacht, es gilt weiterhin § 15 I HGB.

Der Dritte kann sich auch dann auf die Nichteintragung einer Tatsache berufen, wenn die logisch erforderliche Voreintragung nicht erfolgt ist. Die Registerpublizität schützt bereits das abstrakte Vertrauen in die Richtigkeit des Handelsregisters.

Bsp.: Der nicht in das Handelsregister eingetragene Prokurist P wird vom Kaufmann K abberufen. Die Abberufung wird weder bekanntgemacht noch in das Handelsregister eingetragen. 10 Tage nach der Abberufung schließt P im Namen des Kaufmanns einen Vertrag mit Lieferant L. L kann nun von K wegen § 15 I HGB Zahlung fordern, da die Abberufung des P nicht in das Handelsregister eingetragen war. Auf die Voreintragung der Prokuraerteilung kommt es nicht an, da L von der Prokura auch außerhalb des Handelsregisters Kenntnis erlangt haben könnte. Solange er das Gegenteil nicht kennt und dieses auch nicht im Handelsregister steht, kann er sich auf diese Information verlassen.

[Beachte: Selbst wenn K hier die Abberufung zur Eintragung angemeldet und noch vor Geschäftsabschluss bekanntgemacht hätte, könnte er wegen § 15 II 2 HGB dadurch nicht verhindern, dass in Einzelfällen § 15 I HGB gilt. Er hat hier lediglich die Möglichkeit, seinen Geschäftsfreunden, insbesondere ausländischen, die Abberufung selbst mitzuteilen und für positive Kenntnis zu sorgen.]

8 Auf eine **Zurechenbarkeit** wie in Abs. 3 kommt es für Abs. 1 nicht an. So führt § 15 I HGB selbst bei Fehlern des Registergerichts zur Haftung dessen, der zur Eintragung verpflichtet ist. Dies wird mit dem Vorrang des Verkehrsschutzes und dem Organisationsrisiko des Unternehmers begründet. Die Vorschrift gilt deshalb auch zu Lasten Minderjähriger und beschränkt Geschäftsfähiger (h.M., vgl. Baumbach/Hopt/*Merkt*, 40. Aufl. 2021, HGB § 15 Rn. 6 m.w.N.).

3. Gemeinsame Voraussetzungen

9 Positive und negative Publizität schützen nur das Vertrauen in **eintragungspflichtige Tatsachen**. Das sind solche Tatsachen, deren Eintragungen vom Registergericht erzwungen werden können, also z.B. Eintragung eines Ist-Kaufmanns, § 29 HGB, Wechsel des Inhabers der Firma, § 31 I HGB, Erteilung und Erlöschen der Prokura, § 53 HGB, Beschränkungen organschaftlicher Vertretungsmacht bei einer Personenhandelsgesellschaft, § 125 IV HGB. Nicht eintragungspflichtige Tatsachen sind meist auch nicht eintragungsfähig, wie z.B. die Erteilung oder Beschränkung einer Handlungsvollmacht gemäß § 54 II HGB. Daneben gibt es nur einige wenige eintragungsfähige Tatsachen, die nicht eintragungspflichtig sind, wie etwa die Haftungsbeschränkung bei Firmenfortführung, § 25 II HGB.

10 Weitere gemeinsame Voraussetzung ist die **fehlende Kenntnis des Dritten** von der wahren Rechtslage. Sie ist Ausfluss der Vertrauenshaftung. Der Dritte ist nach § 15 I, III HGB nur dann nicht schutzwürdig, wenn ihm die tatsächlichen Verhältnisse positiv bekannt waren. Diese Kenntnis muss der andere Teil beweisen, „es sei denn ...“.

11 Es **wird vermutet**, dass die Unkenntnis des Dritten von der wahren Rechtslage für die
12 konkrete Rechtshandlung **kausal** war (etwa: der Lieferant hat den Vertrag mit der ABC-OHG deshalb geschlossen, weil er glaubte, B sei nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden). Diese Vermutung ist nach h.M. für den Eintragenden zumindest im
13 Fall der negativen Publizität **nicht widerleglich**. (Er kann also im o.g. Bsp. nicht geltend machen, dem Dritten sei die Zusammensetzung der Gesellschaft bei Geschäftsabschluss nicht bekannt gewesen oder er habe sie gar nicht kennen können, weil sie nicht im Handelsregister stand und auch sonst nie nach außen gedrungen ist.) Die h.L.¹ begründet die Unwiderleglichkeit mit dem abstrakten Vertrauensschutz des § 15 HGB, wo es auf ein konkretes Vertrauen, etwa durch Einsicht in das Handelsregister, nicht ankommt. Die vermutete Ursächlichkeit eines abstrakten Vertrauens könne dabei nicht widerlegt werden. Ein Gegenbeweis sei auch mit der Konzeption des § 15 HGB nicht zu vereinbaren, wonach dem Dritten nur positive Kenntnis schade (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Gehrlein, 4. Aufl. 2020, HGB, § 15 Rn. 12) Anders hingegen *Canaris*, der nach vorzugswürdiger Ansicht dem Eintragenden der Gegenbeweis gestatten will. Das abstrakte Vertrauen und die Kausalitätsvermutung haben den Sinn, dem Rechtsverkehr Beweisprobleme hinsichtlich eines konkret darzulegenden Vertrauens zu ersparen. Dann ist es aber auch sachgerecht, dem Eintragenden zu erlauben, seinerseits den Gegenbeweis zu führen, dass ein abstraktes Vertrauen gar nicht ursächlich sein konnte, weil es nicht bestand. Andernfalls entstehen Zufallsgeschenke für den Dritten, der die wahre Rechtslage zwar nicht positiv kannte, aber auch auf keine andere Rechtslage vertraut hat (*Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 16 ff.).

14 Die Kausalitätsvermutung gilt **nicht im Unrechtsverkehr** (im oben genannten Fall fährt der B beim Ausfahren von Produkten auf der Straße den S an, S verlangt von der OHG

¹ Zur Kausalität hat sich der BGH noch nicht geäußert (Aus BGHZ 65, 309 (311) = NJW 1976, 569 (569 f.): "Dieser Vertrauensschutz setzt jedoch nicht voraus, daß derjenige, der sich auf das Handelsregister beruft, es tatsächlich eingesehen hat; vielmehr läßt das Gesetz bereits die dem Geschäftsverkehr ganz allgemein gegebene Möglichkeit, sich anhand des Registers zu informieren, als Grundlage für den erwähnten Vertrauensschutz ausreichen. Deshalb ist es aber auch nicht möglich, die in § 15 I HGB gezogenen Grenzen, innerhalb deren das

Schadensersatz). Im Unrechtsverkehr wird es meist schon an der Bildung eines Vertrauenstatbestandes fehlen, weil im Zeitpunkt der Verletzungshandlung kein Vertrauen gebildet wird. Sollte dies im Einzelfall doch gegeben sein, fehlt es an der Kausalität. Unrechtsverkehr ist nur ein Schlagwort. Entscheidend ist, dass es dem anderen nicht möglich gewesen wäre, sein Handeln bei Kenntnis der nicht eingetragenen Tatsache anders einzurichten; BGH JuS 2004, 348. So liegt es bei deliktischen Ansprüchen ohne Bezug zum Geschäfts- oder Prozessverkehr, anders bei Ansprüchen aus dem ProdHG oder Bereicherungsrecht.

Bsp. Im letztgenannten Fall ist S ehemaliger Angestellter der ABC-OHG. S interessiert sich weiterhin für deren Interna, studiert eingehend das Handelsregister. Als er auf dem Weg vom Handelsregister nach Hause ist, rammt ihn A mit dem Firmenwagen; Geld hat nur der ausgeschiedene B. Hier ist zwar ein Vertrauen auf das Handelsregister gegeben, es ist jedoch nicht kausal für den zur Verletzung führenden Geschehensablauf.

15 II. Rechtsfolge

16 Liegt der Tatbestand der § 15 I bzw. II 2 oder III HGB vor, kann der Dritte sich wahlweise auf die nach einer dieser Regelungen bestehende oder die wahre Rechtslage berufen. Schließt also z.B. der ausgeschiedene B namens der OHG einen Vertrag, so kann der andere Teil sich wahlweise darauf berufen, dass B als Gesellschafter Vertretungsmacht hatte oder als Nichtgesellschafter ohne Vertretungsmacht handelte.

17 Das Wahlrecht ist nach h.M. auch teilbar, sog. Rosinentheorie:

Bsp. Die persönlich haftenden Gesellschafter A und B der ABC-OHG sind nur gemeinsam zur Vertretung berechtigt. B scheidet aus, was weder eingetragen noch bekanntgemacht wird. A bestellt im Namen der OHG Waren bei L. L verlangt von B Zahlung aus § 433 II BGB i.V.m. §§ 161 II, 128 HGB

Nach der wahren Rechtslage war B bei Vertragsschluss nicht mehr Gesellschafter, so dass er für die nach seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten nicht haftet. Behandelt man die B aber gemäß § 15 I HGB so, als wäre er nicht ausgeschieden, bestand keine Alleinvertretungsmacht des A. L könnte demnach nur Zahlung verlangen, wenn er sich hinsichtlich der Vertretungsmacht auf die wahre Rechtslage, hinsichtlich der Gesellschafterstellung des B aber auf 15 I HGB beruft. Dieses geteilte

Handelsregister eine Schutzwirkung entfalten soll, enger oder weiter zu ziehen, als sie dort tatbestandsmäßig

Wahlrecht lässt die h.M. aufgrund des abstrakten Vertrauens in das Handelsregister zu; das Vertrauen könne teils auf Schweigen, teils auf anderen Informationen beruhen (BGHZ 65, 309; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Gehrlein, 4. Auflage 2020, HGB § 15 Rn. 15 m.w.N. auch zur a.A., die meint, ein so weitgehendes Vertrauen sei nicht mehr schutzwürdig, es laufe darauf hinaus, dass der Dritte sich die Rosinen aus dem Kuchen picken könne).

normiert sind."); vgl. aber sogleich im Text BGH JuS 2004, 348.