

# Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht

Kindler

10. Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-80398-7  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

**Fragen:**

1. Was ist der Zweck der handelsrechtlichen Vollmachten? (→ Rn. 1 f.)
2. Welches Verhältnis besteht zur organschaftlichen Vertretungsmacht? (→ Rn. 2 ff.)
3. Was ist unter einem unternehmensbezogenen Geschäft zu verstehen? (→ Rn. 5)
4. Was beinhaltet die Generalvollmacht und ist diese im Handelsverkehr zulässig? (→ Rn. 6 f.)
5. Was ist die Besonderheit der Prokura im Vergleich zur BGB-Vollmacht? (→ Rn. 8 ff., 30 ff.)
6. Welche Formen der Prokura werden unterschieden? (→ Rn. 8 ff., 12 ff.)
7. Was ist eine gemischte Gesamtprokura? (→ Rn. 16 ff.)
8. Welche Ausnahmen zum Begrenzungsverbot nach § 50 II HGB gibt es? (→ Rn. 29 ff.)
9. Welche drei Arten der Handlungsvollmachten gibt es? Was ist ihr Inhalt? (→ Rn. 44)
10. Welche Unterschiede ergeben sich zur Prokura? (→ Rn. 46 ff.)
11. Regelungsgehalt des § 54 III HGB? (→ Rn. 52, 61)
12. Welche zwei Aussagen beinhaltet die Regelung des § 56 HGB? (→ Rn. 56)
13. Nennen Sie die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht nach § 56 HGB! (→ Rn. 57 ff.)

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

## 2. Teil. Handelsgeschäfte

### § 7. Das besondere Vertrags- und Sachenrecht des Handels

#### I. Das Verhältnis der §§ 343–372 HGB zum BGB

##### 1. Inhalt und Entstehungsgeschichte der allgemeinen Vorschriften über die Handelsgeschäfte

Das vierte Buch des HGB regelt die „Handelsgeschäfte“.<sup>1</sup> **Handelsgeschäfte** sind hier – anders als in §§ 22 ff. HGB (→ § 4 Rn. 56 ff.; → § 5 Rn. 25 ff.) – nicht die kaufmännischen Unternehmen, sondern **die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte und sein sonstiges rechtserhebliches Verhalten**. Der erste Abschnitt (§§ 343–372 HGB) enthält zunächst Vorschriften über den Anwendungsbereich des vierten Buches, sodann ein schlecht geordnetes „Sammelsurium“<sup>2</sup> von Einzelregelungen zu Fragen des Vertrags-, Sachen- und Wertpapierrechts: „Variationen über bürgerlich-rechtliche Themen“.<sup>3</sup> Die hochtrabende Überschrift des ersten Abschnitts „Allgemeine Vorschriften“ ist deshalb ohne jede sachliche Rechtfertigung. Sie weckt die Erwartung, dass die §§ 343–372 HGB für die nachfolgenden „besonderen“ Handelsgeschäfte – Handelskauf, Kommissionsgeschäft, Frachtgeschäft, Speditionsgeschäft, Lagergeschäft – gewissermaßen den „Allgemeinen Teil“ bilden, vergleichbar der Stellung und der Bedeutung des Buches 1 des BGB im Verhältnis zu den Büchern 2–5. Davon kann angesichts des fragmentarischen Charakters der Regelungen in §§ 343–372 HGB keine Rede sein.<sup>4</sup> Hauptsächlich geht es dort um:

- das Zustandekommen der Handelsgeschäfte durch Schweigen (Sonderregelungen zu §§ 145 ff., 663 BGB),
- das Zurückbehaltungsrecht (Sonderregelungen zu §§ 273 f. BGB),
- das Kontokorrent (Sonderregelungen – vor allem – zu §§ 387 ff. BGB),
- den Eigentums- und Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten (Sonderregelungen zu §§ 932 ff., 1207 ff. BGB).

---

<sup>1</sup> Durch das Bilanzrichtliniengesetz vom 19.12.1985 (BGBl. I 2355) wurde die Überschrift des bisherigen dritten Buches in „Viertes Buch“ geändert. Vgl. die Rechtsprechungsübersicht zu §§ 343 ff. HGB bei Kindler JZ 2006, 176 (184 ff.); über Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) und Unternehmensgeschäfte (§ 14 BGB) vgl. Weyer WM 2005, 490 ff.; grdl. Reymann, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, 2009.

<sup>2</sup> K. Schmidt HandelsR § 18 Rn. 3; zum historischen Hintergrund → § 1 Rn. 24.

<sup>3</sup> Vgl. Canaris HandelsR § 1 Rn. 47; krit. K. Schmidt JZ 2003, 585 (586): Handelsrecht als „Fortbildungsprogramm“, hin zu einem Außenprivatrecht der Unternehmen; grdl. – und krit. – Chr. Reymann, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, 2009.

<sup>4</sup> Anderer Ansicht insoweit offenbar Fleischer/Wedemann HandelsR, die unter Nr. 437 von einem „Allgemeinen Teil“ des Rechts der Handelsgeschäfte sprechen; noch überzogener Jung HandelsR Kap. 9 („Die allgemeine Handelsgeschäftslehre“).

- 2 Diese – an der Stoffanordnung im BGB orientierte – Reihenfolge der wichtigsten Regelungskomplexe im ersten Abschnitt im vierten Buches des HGB liegt auch der hiesigen Darstellung zugrunde, die mit einem zusätzlichen Abschnitt über einige weitere punktuelle Besonderheiten schließt. **Besonderes Augenmerk** sollten Lernende auf den Vertragsschluss durch Schweigen im Handelsrecht (→ Rn. 13 ff.) und den Erwerb vom Nichtberechtigten (→ Rn. 54 ff.) legen. Ein beliebtes Prüfungsthema ist ferner die Formfreiheit der Bürgschaft (→ Rn. 74 ff.).
- 3 Die Heterogenität und der bruchstückhafte Charakter der in §§ 343–372 HGB versammelten Vorschriften und Rechtsinstitute ist nur aus der Entstehungsgeschichte dieses Abschnitts verständlich (→ § 1 Rn. 22 ff., 25). Mit *Raisch* lässt sich sagen, „dass den Gesetzgeber des ausgehenden 19. Jahrhunderts in Deutschland kein einsichtiges Prinzip bei der Stoffaufteilung zwischen BGB und HGB leitete und eine Reihe von Vorschriften des HGB ins BGB gehört hätten“.<sup>5</sup> Daraus folgt aus heutiger Sicht zum Teil die Verfassungswidrigkeit einzelner Vorschriften,<sup>6</sup> mindestens aber die rechtspolitische Forderung nach deren Aufhebung oder Übernahme in das allgemeine Bürgerliche Recht.<sup>7</sup> Diese Grundsatzfragen können hier nicht vertieft werden.

## 2. Anwendungsbereich des vierten Buches des HGB

### a) Grundlagen

- 4 Ausnahme- oder Ergänzungscharakter im Verhältnis zum BGB haben die Vorschriften des vierten Buches grundsätzlich nur bei **Vorliegen** eines **Handelsgeschäfts**, dh unter den Voraussetzungen der §§ 343–345 HGB.<sup>8</sup> Nach der Grundnorm des § 343 HGB entscheiden zwei Merkmale über das Vorliegen eines Handelsgeschäfts: die Kaufmannseigenschaft des Handelnden und die Betriebszugehörigkeit des Geschäfts.
- 5 Der **Begriff des Handelsgeschäfts** wird dabei weit verstanden. Er umfasst **alle Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen**.<sup>9</sup> Darüber hinaus zeigt § 362 HGB, dass das Handelsrecht auch Unterlassungen wie Rechtsgeschäfte behandelt. Wegen der Marktbezogenheit des vierten Buches des HGB zählen ferner auch die Übertragung des Besitzes, die Zusendung von Waren, zur ungerechtfertigten Bereicherung führende Leistungen,<sup>10</sup> deliktisches Verhalten bei der Begründung oder Abwicklung eines Vertragsverhältnisses,<sup>11</sup> wettbewerbswidriges Verhalten und die GoA zugunsten eines Marktpartners als Handelsgeschäft.<sup>12</sup> Reine Tathandlungen fallen nicht unter § 343 HGB.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Raisch ZHR 154 (1990), 567 (568).

<sup>6</sup> So zB Canaris HandelsR § 26 Rn. 10 zu §§ 352f. HGB im Anschluss an Kindler, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996.

<sup>7</sup> Vgl. statt aller Canaris HandelsR § 1 Rn. 30ff.; zu Österreich Krejci ZHR 170 (2006), 113 (140f.).

<sup>8</sup> Allgemein über das Verhältnis des HGB zum BGB → § 1 Rn. 6ff.

<sup>9</sup> Rechtsgeschäftsähnliche Handlungen sind Willensäußerungen, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft, wobei der Erklärende – im Unterschied zur Willenserklärung – diese Rechtsfolge nicht gewollt haben muss, vgl. Musielak/Hau GK BGB Rn. 239.

<sup>10</sup> Kindler, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 132ff.; anders BGH NJW 2018, 2197 Rn. 13.

<sup>11</sup> Anders BGH NJW 2018, 2197 Rn. 16.

<sup>12</sup> Staub/Koller HGB § 343 Rn. 4.

<sup>13</sup> MüKoHGB/Maultzsch § 350 Rn. 5.

Anerkannt ist, dass bei Vorliegen eines solchen Handelsgeschäfts zugleich ein Unternehmergeschäft iSd § 14 BGB gegeben ist.<sup>14</sup>

## b) Kaufmannseigenschaft

Das Handelsrecht ist das Sonderrecht der Kaufleute (→ § 1 Rn. 2ff.). Nach § 343 HGB sind nur die Geschäfte „eines Kaufmanns“ Handelsgeschäfte. Die Kaufmannseigenschaft beurteilt sich dabei nach §§ 1–6 HGB (ausführlich → § 2). Anwendbar sind die Vorschriften des vierten Buches des HGB darüber hinaus für folgende Gruppen für Nichtkaufleute:

- Scheinkaufleute (→ § 2 Rn. 95ff.),
- „Unternehmer“ iSd § 91 HGB,
- nichtkaufmännische Gewerbetreibende nach Maßgabe der §§ 383 II, 407 III Nr. 2, 453 III, 467 III HGB,
- Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die ausschließlich aus Formkaufleuten (§ 6 HGB; → § 2 Rn. 112ff.) bestehen.<sup>15</sup>

Dem Handelsrecht unterfällt ferner, wer im Rahmen eines einseitigen Handelsgeschäfts (§ 345 HGB) als Nichtkaufmann mit einem Kaufmann in rechtliche Beziehungen tritt.

Eine generelle Ausdehnung des Begriffs der Handelsgeschäfte auf nichtkaufmännische Unternehmer scheidet nach hM aus.<sup>16</sup> Jedenfalls für Kleingewerbetreibende ergibt sich dies zwingend aus § 2 HGB: Entscheidet sich der Kleingewerbetreibende gegen eine Ausübung der Kaufmanns-Option (→ § 2 Rn. 71ff.), so geht es nicht an, ihn „durch die Hintertür“ im Wege einer extensiven Auslegung des § 343 HGB zum Kaufmann zu machen. Schwieriger liegt es im Hinblick auf Freiberufler.

**Beispiele:** Ist ein Wirtschaftsprüfer bei Schweigen auf einen Auftrag seines Mandanten nach § 362 HGB gebunden? Verliert ein Arzt seine Mängelrechte für ein medizinisches Gerät bei nicht rechtzeitiger Rüge nach § 377 HGB?<sup>17</sup>

Im Einzelfall wird hier eine Analogie für zulässig erachtet, so zB bei § 362 HGB und auch bei § 377 HGB.<sup>18</sup>

## c) Betriebszugehörigkeit

Das zweite Merkmal des § 343 HGB besagt, dass das in Rede stehende Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes des Kaufmanns gehören muss. Auch hierbei verfährt man **großzügig**: Betriebszugehörig sind alle Geschäfte, die dem Interesse des Handelsgewer-

<sup>14</sup> BGH NJW 2011, 3435 Rn. 19.

<sup>15</sup> Zutr. OLG Brandenburg NJW 2012, 2124.

<sup>16</sup> Hopt/Leyens HGB § 343 Rn. 2.

<sup>17</sup> Beispiele nach MüKoHGB/Maultzsch § 343 Rn. 19.

<sup>18</sup> Zu § 377 HGB s. BGH NJW-RR 2019, 1202 Rn. 31 (zweifelhaft angesichts des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke). Vgl. die Auflistung der analogiefähigen Vorschriften bei Hopt/Roth HGB § 1 Rn. 10; eingehend zur Erstreckung der Regeln des vierten Buches auf bestimmte Arten von Nichtkaufleuten Canaris HandelsR § 21; Siems, Kaufmannsbegriff und Rechtsfortbildung, 2003 (dazu K. Schmidt JZ 2003, 585).

bes, der Erhaltung seiner Substanz und der Erzielung von Gewinn dienen sollen.<sup>19</sup> Deshalb kommt es nicht darauf an, ob das jeweilige Geschäft für die Branche des Kaufmanns typisch ist oder nicht; **auch Hilfs- und Nebengeschäfte** sind betriebszugehörig.

**Beispiel:**<sup>20</sup> Gastwirt Gäbele lässt durch die Bauunternehmung Bob der Baumeister GmbH Erd-, Mauer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten am Neubau des Gasthauses vornehmen.

- 11 Zwei Regeln helfen bei der Bestimmung der Betriebszugehörigkeit des Geschäfts: (1) Bei **Handelsgesellschaften** iSd § 6 HGB ist *jedes Geschäft* betriebszugehörig, da die Handelsgesellschaft keinen Bereich hat, in dem sie privat tätig werden kann. (2) Bei **Einzelkaufleuten** ist nach § 344 I HGB zu *vermuten*, dass die von ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäfte zum Betrieb des Handelsgewerbes gehören; aus Gründen des Verkehrsschutzes gilt diese Vermutung erst dann als widerlegt, wenn die erkennbaren Umstände oder die gemeinsamen Vorstellungen oder eine Abrede den Schluss auf den privaten Charakter des Geschäfts eindeutig zulassen.<sup>21</sup> **Unanwendbar** ist die Vermutung des § 344 I HGB im Rahmen der Abgrenzung von Verbraucher- und Unternehmerhandeln des Einzelkaufmanns, wenn es sich bei ihm um eine **natürliche Person** handelt (§ 13 BGB). Eine weitere Vermutungsregel enthält § 344 II HGB für die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine (zB Wechsel, Bürgschaftsurkunden und die in § 363 HGB genannten Papiere).

**Beispiel 1:**<sup>22</sup> Der im Handelsregister eingetragene Bäckermeister Klein hat bei der Bonz-Bank ein Bürgschaftsformular blanko unterzeichnet und dabei die Bank mündlich ermächtigt, die Erklärung zu vervollständigen. Im Nachhinein beruft er sich auf die Formunwirksamkeit seiner Bürgschaftserklärung; er habe sich nämlich als Privatmann und nicht als Kaufmann für die Schulden seines Schwiegersohnes verbürgt, was der Bank auch bekannt gewesen sei. Mit diesem Einwand dringt K durch: Die Blanko-Bürgschaft genügt nicht den Formanforderungen des § 766 S. 1 BGB. Diese Vorschrift ist hier auch nicht nach § 350 HGB unanwendbar. Zwar ist K Kaufmann, doch hat er die Bürgschaft nicht im Betrieb seines Handelsgewerbes abgegeben. Die Vermutung des § 344 I HGB – wie auch des § 344 II HGB – ist hier widerlegt, weil der B-Bank dies bekannt war.

**Beispiel 2:**<sup>23</sup> Konrad (K), privat ein Sammler älterer Fahrzeuge und geschäftlich als Immobilienmakler unternehmerisch tätig, kaufte bei der Rudi Rosstäuscher GmbH, einer Gebrauchtwagenhändlerin, einen 20 Jahre alten Mercedes. In der Verkaufsanzeige wurde der Zustand u. a. als „technisch und optisch gut“ beschrieben. Innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang machte K technische Defekte geltend, wobei er nicht beweisen konnte, dass diese bereits bei Übergabe vorlagen, und verlangte von der Rudi Rosstäuscher GmbH u. a. kleinen Schadensersatz gem. § 437 Nr. 3, § 280 I, III, § 281 BGB. Findet die verbraucherrechtliche Beweislastumkehr des § 477 BGB hier Anwendung?

<sup>19</sup> Hopt/Leyens HGB § 343 Rn. 3.

<sup>20</sup> Nach BGHZ 63, 32 = NJW 1974, 1462.

<sup>21</sup> MüKoHGB/Maultzsch § 344 Rn. 9.

<sup>22</sup> Nach BGH NJW 1997, 1779.

<sup>23</sup> Nach BGHZ 232, 1 = NJW 2022, 686; dazu Scholl EWIR 2022, 209; zu Wertungskonflikten beim Handelskauf als Verbrauchsgüterkauf Oetker FS Martinek, 2020, 547.

Ja! Hiergegen lässt sich nicht einwenden, K habe die für ein Unternehmergeschäft sprechende Vermutung (§ 344 I HGB) nicht widerlegt und daher liege kein Verbrauchsgüterkauf vor. Denn **nach § 13 Hs. 2 BGB ist rechtsgeschäftliches Handeln einer natürlichen Person im Zweifel als Verbraucherhandeln** anzusehen. § 13 BGB verdrängt als *lex posterior et specialis* die Vermutung des § 344 I HGB, die auf natürliche Personen als Einzelkaufleute keine Anwendung findet. Zudem darf § 344 I HGB nicht zu einer den unionsrechtlichen Vorgaben widersprechenden Einschränkung des Verbraucherschutzes führen. Der BGH klärt das Verhältnis zwischen der Vermutung für Verbraucherhandeln (§ 13 BGB) und für das Vorliegen eines Handelsgeschäfts (§ 344 HGB) mithin zugunsten der ersteren. Nur das unternehmerische Handeln einer juristischen Person (§ 33 HGB) oder Personenhandels-gesellschaft (§ 6 I HGB), die gar *nicht Verbraucher sein kann*, kann mit § 344 HGB begründet werden.

#### d) Einseitige Handelsgeschäfte

Nach § 345 HGB kommen auf ein Rechtsgeschäft, das nur für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, die Vorschriften über Handelsgeschäfte gleichmäßig zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Ein derartiges „einseitiges“ Handelsgeschäft liegt vor, wenn einer der Beteiligten kein Kaufmann ist (→ Rn. 6ff.) oder es auf seiner Seite an der Betriebszugehörigkeit (→ Rn. 10f.) fehlt. Die Vorschrift führt in Fällen zu **Wertungswidersprüchen**, in denen Nichtkaufleute – also meist **Verbraucher** (§ 13 BGB)! – bei Geschäften mit einem Kaufmann härter behandelt werden, als wenn sie das Geschäft mit einem Nichtkaufmann abgeschlossen hätten (zB beim Handelskauf nach §§ 373–376 HGB). Der BGH nimmt dies hin.<sup>24</sup> Verständlich ist § 345 HGB nur in der historischen Rückschau: Die Vorläuferbestimmung in Art. 277 ADHGB (1861) sollte dem in der Handelsrechtskodifikation enthaltenen allgemeinen Vertrags-, Schuld- und Sachenrecht einen möglichst weiten Anwendungsbereich sichern. Angesichts der seinerzeit fehlenden Bundeskompetenz für die Vereinheitlichung des allgemeinen Zivilrechts wurde das Handelsrecht – unter anderem mit dem Kunstgriff des Art. 277 ADHGB – zum „trojanischen Pferd“ der Zivilrechtsvereinheitlichung in Deutschland (→ § 1 Rn. 23). Vereinzelt verlangt das Gesetz ein beiderseitiges Handelsgeschäft (zB in § 377 HGB).<sup>25</sup>

## II. Vertragsschluss durch Schweigen

### 1. Bürgerlich-rechtliche Ausgangslage

Im bürgerlichen Recht ist das **Schweigen meist keine Willenserklärung**, weder eine zustimmende noch eine ablehnende. Dieser Grundsatz erfährt allerdings gewisse Ausnahmen. So gilt das Schweigen zB nach §§ 416 I 2, 455 S. 2, 516 II 2 BGB als Zustimmung, hingegen nach §§ 108 II 2, 177 II 2, 415 II 2, 451 I 2 BGB als Ablehnung. Abgesehen von diesen Einzelfällen hat Schweigen immer dann **Erklärungswert, wenn besondere Umstände vorliegen**, die bei der Auslegung nach **Treu und Glauben** den

<sup>24</sup> BGHZ 170, 1 = NJW 2007, 1198 Rn. 38.

<sup>25</sup> Weitere Fälle des beiderseitigen Handelsgeschäfts: §§ 346, 352 I, 353, 369–372, 379, 391 HGB.

Schluss rechtfertigen, der Schweigende gebe durch sein Nichtstun zu erkennen, dass nach seinem Willen bestimmte Rechtsfolgen eintreten sollen („beredtes Schweigen“ – § 242 BGB). So kann zB zwischen den Parteien im Vorhinein vereinbart werden, dass dem Schweigen einer Partei eine bestimmte rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommen soll.<sup>26</sup> Und auch aus einer ständigen Übung der Parteien oder aus der Verkehrssitte (§ 157 BGB) kann sich ergeben, dass dem Schweigen ein bestimmter Erklärungswert beigelegt werden soll. Im Hinblick auf den Vertragsschluss erweitert das Handelsrecht aus Gründen des Verkehrsschutzes diese Regeln in zweifacher Weise:

- durch § 362 HGB (Schweigen des Kaufmanns auf Anträge, → Rn. 14 ff.), und
- durch die gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben (→ Rn. 17 ff.).

## 2. Schweigen auf einen Antrag

- 14 Grundsätzlich kommt ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande (vgl. § 151 BGB). Die Annahmeerklärung des Kaufmanns wird durch § 362 I 1 HGB fingiert, wenn er auf ein Angebot zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags (§ 675 BGB) schweigt. Damit geht das Handelsrecht in den Rechtsfolgen deutlich über § 663 BGB hinaus; diese Vorschrift führt zwar zu einem Schadensersatzanspruch, nicht aber zu einem wirksamen Vertragsschluss. Im Einzelnen setzt § 362 HGB voraus:
- Kaufmannseigenschaft beim Empfänger des Angebots;
  - eine Geschäftsbesorgung (jede selbständige – rechtsgeschäftliche oder rein tatsächliche – Tätigkeit wirtschaftlicher Art für einen anderen und in dessen Interesse);<sup>27</sup>
  - Bezug der Geschäftsbesorgung zum Gewerbebetrieb des Kaufmanns;
  - Geschäftsverbindung (§ 362 I 1 HGB) oder Erbieten zum Besorgen von Geschäften (§ 362 I 2 HGB);
  - keine unverzügliche (§ 121 I 1 BGB) Antwort.
- 15 Antwortet der Empfänger nicht unverzüglich auf das Angebot des anderen Teils, so **kommt ein Vertrag mit dem Inhalt des Angebots zustande**. Denn § 362 I 1 Hs. 2 HGB fingiert die Annahme dieses Angebots durch den Kaufmann. Daher ist der Empfänger des Angebots zur Ausführung der Geschäftsbesorgung verpflichtet, während der Anbietende die Gegenleistung zu erbringen hat.
- 16 Da § 362 I HGB das Vorliegen einer Willenserklärung des Kaufmanns fingiert, finden grundsätzlich die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen und -mängel Anwendung. Daraus folgt zunächst, dass bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Kaufmanns ein wirksamer Geschäftsbesorgungsvertrag nicht zustande kommt (§§ 104 ff. BGB). Die **Anfechtung des Schweigens** beurteilt sich nach §§ 119 ff. BGB. Dabei ist eine Anfechtung nach § 123 BGB stets zulässig, ebenso eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums (weil der Kaufmann den Antrag falsch verstanden hat) oder wegen Eigenschaftsirrtums (weil der Kaufmann falsche Vorstellungen über den Vertragsgegenstand oder die Person des Vertragspartners hatte). Eine wichtige Einschränkung der Irrtumsanfechtung ergibt sich jedoch aus dem Zweck des § 362 I HGB

<sup>26</sup> Grenze: § 308 Nr. 5 BGB (fingierte Erklärungen).

<sup>27</sup> Daher keine Anwendung auf Kaufleute, deren Tätigkeit im Rahmen eines Vertragsverhältnisses – wie bei einem Miet- oder Werkvertrag – sich auf den reinen Austausch von Leistungen beschränkt, BGH NJW 2018, 296 Rn. 24.