

Die Arbeits- und Wirtschaftsrechtsklausur im Assessorexamen

Kaiser / Lühl / Subatzus

2. Auflage 2023
ISBN 978-3-8006-6879-3
Vahlen

§ 11 Zustandekommen von Handelsgeschäften

Häufig handelt es sich bei der wirtschaftsrechtlichen Klausur im Kern um eine völlig „normale“ Zivilrechtsklausur, die mit einigen wenigen handels- oder gesellschaftsrechtlichen Problemen angereichert ist. Es gilt daher, die Klausur in der gewohnten Weise sauber zu gliedern und die spezifischen wirtschaftsrechtlichen Probleme in diesen Aufbau einzuarbeiten.¹

Vertragliche Primäransprüche setzen naturgemäß voraus, dass

- ein Vertrag überhaupt wirksam entstanden,
- nicht untergegangen und
- durchsetzbar ist.²

Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande (§§ 145 ff. BGB). Dieser Grundsatz gilt selbstverständlich ohne jede Einschränkung auch in der wirtschaftsrechtlichen Klausur; er wird aber um einige, auf die Gepflogenheiten des Handelsverkehrs zugeschnittene Regelungen ergänzt.

A. Die Vertretung des Kaufmanns, §§ 48 ff. HGB

Der Kaufmann kann anderen Personen ohne Weiteres eine Vollmacht iSd §§ 167 ff. BGB erteilen. In §§ 48 ff. HGB sind lediglich zwei Sonderformen rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht geregelt, nämlich die **Prokura** und die **Handlungsvollmacht**. Die **Ladenvollmacht** in § 56 HGB (lesen!) wiederum regelt einen Sonderfall der **Anscheinsvollmacht**. Analog § 54 III HGB muss der Vertragspartner bei § 56 HGB allerdings **redlich** sein; das heißt, § 56 HGB gilt nicht, wenn der Geschäftspartner die Beschränkung oder den Ausschluss des Bevollmächtigten kannte oder kennen musste (beispielsweise durch einen klaren Hinweis im Ladenlokal).

Kaufmann in diesem Sinne sind auch die Personenhandels- und Kapitalgesellschaften, § 6 I HGB. Möglich ist also, dass beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH als deren organ-schaftlicher Vertreter einem Dritten rechtsgeschäftlich eine Vollmacht erteilt. Die Gesellschaft wird dann von dem Geschäftsführer und dem rechtsgeschäftlich bestellten Dritten (beispielsweise Prokuristen) vertreten.

Die **Prokura** ist nach § 48 HGB nur ausdrücklich und persönlich durch den Inhaber des Handelsgeschäfts zu erteilen. Die in § 53 HGB vorgeschriebene Eintragung in das Handelsregister ist für die Wirksamkeit (der Erteilung und des Widerrufs) nicht erforderlich, sie hat also nur deklaratorische Wirkung! Im Außenverhältnis ist der Umfang der Vertretungsmacht des Prokuristen nach den §§ 49, 50 HGB unbeschränkt und unbeschränkbar, dh, der Prokurist ist grundsätzlich zu allen Geschäften ermächtigt, die der Betrieb **irgendeines** Handelsgewerbes mit sich bringt. Ausgenommen sind Grundlagen- und Inhabergeschäfte (zB Einstellung des Gewerbes). Im Übrigen kann der Prokurist den Inhaber nicht in solchen Geschäften vertreten, die keinen Bezug zu dem Handelsgewerbe aufweisen.³ Schließlich ist der Prokurist gem. § 49 II HGB nicht befugt, Grundstücke zu veräußern oder zu belasten. Diese Einschränkung erfasst auch die derartigen Verfügungen zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfte.⁴ Der Kaufmann ist natürlich nicht gehindert, im Innenverhältnis Richtlinien für den Gebrauch der Prokura aufzustellen. Überschreitet der Prokurist diese Vereinbarungen (rechtliches Dürfen), ist das Geschäft nach außen dennoch wirksam (rechtliches Können). Der Prokurist macht sich lediglich im Innenverhältnis schadensersatzpflichtig. Dadurch ist das Auftreten eines Prokuristen im Examen ein häufiger Anwendungsfall des **Missbrauchs der Vertretungsmacht**.⁵

Eine mögliche und zulässige Beschränkung der Prokura stellt die **Gesamtprokura** dar (§ 48 II HGB). Sind mehrere Prokuristen bestellt, so vertreten sie die Gesellschaft grundsätzlich ge-

¹ Behalten Sie auch in der wirtschaftsrechtlichen Klausur die schulmäßige Rangfolge der Anspruchsgrundlagen im Auge; näher dazu Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 1.

² Näher Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 1.

³ Hopt/Merkt HGB § 49 Rn. 2.

⁴ Hopt/Merkt HGB § 49 Rn. 4.

⁵ S. Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 6.

meinschaftlich. **Wichtig** ist, dass die Gesamtvertretung der Prokuristen nur für die aktive Vertretung gilt; zur passiven Vertretung (Empfang von Willenserklärungen) ist jeder Prokurist auch einzeln vertretungsbefugt.⁶ Zulässig ist es, die Vertretungsmacht des Prokuristen dahingehend zu beschränken, dass er nur gemeinsam mit einem anderen Prokuristen oder einem Geschäftsführer vertreten kann (§ 48 II HGB). Unzulässig ist es aber umgekehrt, die Vertretungsmacht des alleinigen geschäftsführungsbefugten Gesellschafters einer Personengesellschaft auf eine gemeinschaftliche Vertretung mit einem Prokuristen zu beschränken (Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft).

- 8 Die **Handlungsvollmacht** erfasst im Gegensatz zur Prokura nur **branchentypische** Geschäfte („eines derartigen Handelsgewerbes“, § 54 I HGB). Darüber hinaus kann sie auf drei verschiedene Weisen erteilt werden. Man unterscheidet die General-, Art- und Spezialhandlungsvollmacht. Die Generalhandlungsvollmacht ermächtigt zur Vornahme sämtlicher Geschäfte, die ein derartiges Handelsgewerbe üblicherweise mit sich bringt. Die Art-Handlungsvollmacht erfasst lediglich eine bestimmte Art von Geschäften (zB: Leiter Einkauf). Die Spezialhandlungsvollmacht erfasst nur ein konkretes zum Handelsgewerbe gehörendes Geschäft (Einzelvollmacht zur Realisierung eines konkreten Bauvorhabens).⁷ Handlungsbevollmächtigt ist beispielsweise der Stationsleiter einer Tankstelle, wobei dessen Vertretungsmacht auch die Abgabe eines Schuldanerkenntnisses wegen einer Falschbetankung erfasst.⁸ Die Handlungsvollmacht kann auch ohne ausdrückliche Erklärung erteilt werden. Eine fehlgeschlagene Erteilung der Prokura kann gem. § 140 BGB in die Erteilung einer Handlungsvollmacht iSd § 54 HGB umgedeutet werden. Beschränkungen der Handlungsvollmacht regelt § 54 III HGB (lesen!).

B. Schweigen des Kaufmanns (§ 362 HGB)

- 9 Nach § 362 I HGB kann das Schweigen des Kaufmanns auf ein Vertragsangebot als Annahme eines Angebots gelten. Ein „Antrag“ iSd § 362 HGB ist ein Vertragsangebot gerichtet auf eine Geschäftsbesorgung. **Wichtig** ist hier (was in Examenklausuren erstaunlicherweise immer wieder übersehen wird), dass nicht das Schweigen jedes Kaufmanns auf ein Vertragsangebot als Annahme qualifiziert werden kann (es gibt keinen „allgemeinen Handelsbrauch“ dahingehend, dass dem Schweigen eines Kaufmanns Rechtswirkung zukommt!), sondern nur das Schweigen eines Kaufmanns, der einen **Geschäftsbesorgungsbetrieb** unterhält.⁹ Nicht von § 362 HGB erfasst sind Kaufgeschäfte und daher auch keine Lieferungsverträge.¹⁰
- 10 Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:
- **§ 362 I 1 HGB** setzt voraus, dass der Kaufmann einen Geschäftsbesorgungsbetrieb betreibt, **mit dem Antragenden eine Geschäftsbeziehung unterhält** und der Antrag für den Geschäftsbesorgungsbetrieb nicht unüblich ist.
 - **§ 362 I 2 HGB** verlangt, dass der Kaufmann eine **invitatio ad offerendum**¹¹ ausgesprochen hat, sich diese an eine bestimmte Person (eben an den Antragenden) richtete und das Angebot sich im Rahmen der *invitatio ad offerendum* hält.

Klausurtyp: Grenzen Sie § 362 HGB von § 151 BGB ab: In den Fällen des § 151 BGB ist lediglich der Zugang der Annahme nach § 130 BGB erlässlich (die Annahme an sich muss aber – sei es auch nur konkludent – erklärt werden); § 362 HGB hingegen fingiert bereits die Annahmeerklärung selbst.

C. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben

- 11 Der für die Klausur relevanteste Handelsbrauch iSd § 346 HGB ist das **kaufmännische Bestätigungsschreiben**.¹² Unter Kaufleuten ist es üblich, dass eine Partei der anderen kurz

6 Arg.: Rechtsgedanke der § 26 S. 2 BGB, § 125 II 3 HGB, § 35 II 2 GmbHG.

7 Hopt/Merkt HGB § 54 Rn. 10.

8 OLG Hamm NJW-RR 2011, 532, **unbedingt lesen!**

9 Zum Begriff der Geschäftsbesorgung kann auf § 675 BGB zurückgegriffen werden; vgl. deswegen zu den Voraussetzungen Grüneberg/Sprau BGB § 675 Rn. 2, 9 ff., mit zahlreichen Beispielen.

10 Arg.: Solche Geschäfte kann der Kaufmann nicht unbegrenzt abschließen.

11 S. dazu Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 4.

schriftlich den (vermeintlichen) Vertragsschluss und dessen Inhalt bestätigt. Das Schweigen auf ein solches kaufmännisches Bestätigungsschreiben gilt kraft Gewohnheitsrechts als Zustimmung.

Die Voraussetzungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens sind: 12

- Der Empfänger und Absender¹³ sind Kaufleute oder nehmen als solche am Rechtsverkehr teil,
- vorausgegangene Vertragsverhandlungen, die – jedenfalls aus der Sicht des Verwenders – bereits zum Vertragsschluss geführt haben: Hier ist das kaufmännische Bestätigungsschreiben regelmäßig von der Auftragsbestätigung abzugrenzen (vgl. Klausurtyp → Rn. 13);
- Redlichkeit des Absenders: Der Inhalt des Bestätigungsschreibens muss sich so nah am Vertragsinhalt bewegen, dass der Absender redlicherweise mit einer Genehmigung rechnen darf;
- Schweigen des Empfängers: kein unverzüglicher Widerspruch (§ 121 I 1 BGB analog, dh maximal eine Woche).

Durch das kaufmännische Bestätigungsschreiben wird nach dessen Maßgabe der Vertrag geändert oder sogar geschlossen, wenn noch kein Vertrag geschlossen wurde. Dies gilt jedoch nicht im Fall von zwei sich kreuzenden kaufmännischen Bestätigungsschreiben für den sich jeweils widersprechenden Inhalt, da hier der jeweilige Absender grundsätzlich bei Schweigen der anderen Partei nicht davon ausgehen darf, dass diese dem Inhalt des jeweils anderen kaufmännischen Bestätigungsschreibens zustimmt.¹⁴ Lesen Sie zu dem Thema BGH NJW 2011, 1965 mAnm Grothe („Verhandlungsprotokoll als KBS?“).¹⁵ 13

Klausurtyp: Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist streng von der sog. **Auftragsbestätigung** (Annahme eines Angebots, gegebenenfalls unter Änderungen) zu unterscheiden. Der Versender einer Auftragsbestätigung geht anders als der Versender eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht von einem bereits geschlossenen Vertrag aus, sondern will diesen durch die Auftragsbestätigung erst zustande bringen. Weicht aber die Annahme vom Angebot ab, kommt der Vertrag gerade nicht zustande, vgl. § 150 II BGB. Sie müssen dann durch Auslegung ermitteln, was vorliegt (Bestätigung der Vereinbarung oder Annahme des noch im Raum stehenden Angebots?). Auf die Bezeichnung des Schreibens kommt es nicht an, auch ein als „Auftragsbestätigung“ bezeichnetes Schreiben kann daher ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben sein, umgekehrt gilt dies genauso.¹⁶ Mit einer erstaunlichen Regelmäßigkeit dienen kaufmännische Bestätigungsschreiben in der Klausur der Einführung von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen**. 14

Häufig wird sich der Empfänger mit einer **Anfechtung** wehren. Eine Anfechtung wegen Irrtums über die Bedeutung des Schweigens scheidet als unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum aus. Alternativ wird die Anfechtung darauf gestützt, dass das kaufmännische Bestätigungsschreiben und die mündlichen Abreden voneinander abweichen und dieses durch Nachlässigkeit nicht erkannt wurde. In diesen Fällen lässt die Rechtsprechung eine Anfechtung ebenfalls nicht zu, da dies dem Sinn und Zweck des kaufmännischen Bestätigungsschreibens zuwiderlaufen würde.¹⁷ 14

Wichtig: Durch das kaufmännische Bestätigungsschreiben gibt es keine Vermutung dafür, dass keine anderen Abreden als solche, die im kaufmännischen Bestätigungsschreiben genannt sind, zwischen den Parteien getroffen wurden.

¹² Vgl. zu den Voraussetzungen Grüneberg/Ellenberger BGB § 147 Rn. 8 ff. Sie brauchen nichts auswendig zu lernen!

¹³ Strittig, wie hier Grüneberg/Ellenberger BGB § 147 Rn. 10, mit Hinweis auf die Rspr. des BGH; OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2017, 145485 = juris Rn. 16.

¹⁴ Lettl JuS 2008, 849.

¹⁵ Laut BGH sind die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht direkt anwendbar, weil ein Protokoll über eine nach Vertragsschluss durchgeführte Verhandlung über den geschlossenen Vertrag kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist. Es kommt einem solchen Schreiben inhaltlich und seinem Zweck nach aber so nahe, dass eine entsprechende Anwendung der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens gerechtfertigt sei.

¹⁶ Vgl. dazu Grüneberg/Ellenberger BGB § 147 Rn. 12.

¹⁷ BGH NJW 1972, 45; Grüneberg/Ellenberger BGB § 147 Rn. 8.

§ 12 Gesetzliche Besonderheiten bei Handelsgeschäften

- 1 Im vierten Buch des HGB sind die Handelsgeschäfte geregelt. Der erste Abschnitt bildet den allgemeinen Teil. Dort ist im Wesentlichen nur der Begriff des Handelsgeschäfts in den §§ 343 f. HGB klausurrelevant.
- 2 Ein Handelsgeschäft ist ein Geschäft eines Kaufmanns,¹ das zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört (vgl. die **Vermutung in § 344 I HGB**).² Die Vermutung des § 344 HGB kann auch für die Anwendbarkeit von Vorschriften aus dem BGB herangezogen werden, so etwa für den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB)³ oder den Verbraucherdarlehensvertrag (§ 491 BGB), weil es auch dort darauf ankommt, dass der Vertrag „in Ausübung der gewerblichen Tätigkeit“ geschlossen wurde (§ 14 BGB). Es reicht grundsätzlich für die Anwendung der §§ 343 ff. HGB aus, wenn das Geschäft zumindest für eine Partei ein Handelsgeschäft ist, vgl. § 345 HGB. Wann ein beidseitiges Handelsgeschäft zwingend ist, ergibt sich aus der jeweiligen Norm, so zB bei § 377 HGB.
- 3 Die Vorschriften zum Handelsgeschäft gelten selbstverständlich für alle in den Abschnitten zwei bis sechs (im Besonderen) geregelten Handelsgeschäfte. Als besonders klausurrelevant haben sich in den vergangenen Jahren jedoch vor allem der Handelskauf, die Übertragung von Forderungen und das Frachtgeschäft herauskristallisiert.

A. Besonderheiten bei der Bürgschaft (§§ 349 f. HGB)

- 4 Von den Kreditsicherungsmitteln wird mit weitem Abstand der Bürgschaftsvertrag sowohl am häufigsten in der Praxis verwendet als auch zum Gegenstand von Examensklausuren gemacht.⁴
- 5 Bei der Prüfung, ob der **Bürgschaftsvertrag zustande gekommen** ist, muss § 350 HGB beachtet werden. Danach bedarf die Bürgschaftserklärung eines Kaufmanns nicht der Schriftform des § 766 BGB. Beachten Sie, dass der Kaufmann die Bürgschaftsverpflichtung im Rahmen des Betriebs seines Handelsgewerbes eingegangen sein muss. Das ist regelmäßig nicht der Fall, wenn sich der Organvertreter (beispielsweise Geschäftsführer, Vorstand einer GmbH bzw. einer AG) persönlich verpflichtet hat;⁵ Kaufmann ist nur die juristische Person selbst, die aber nicht Partei des Bürgschaftsvertrags wird.

Lernen Sie in Zusammenhängen: Aus dem gleichen Grund ist beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH, soweit er sich als Bürge persönlich verpflichtet, auch nicht Unternehmer, sondern Verbraucher iSd § 13 BGB, was unter anderem iRv § 310 BGB⁶ oder § 312 BGB relevant sein kann. Beachten Sie, dass es nach der neueren Rechtsprechung des BGH nur noch darauf ankommt, dass der Bürge Verbraucher ist; unerheblich ist, dass die hauptschuldnerisch haftende juristische Person (deren Organ der Bürge ist und für die er sich – in der Klausur regelmäßig – an seinem Arbeitsplatz verbürgt hat) Unternehmerin ist.⁷

- 6 Der **Fremdgeschäftsführer** einer GmbH kann die von ihm persönlich gestellte Bürgschaft (oder sonstige Sicherheiten wie Schuldbetritt) nicht aus wichtigem Grund kündigen, wenn er als Geschäftsführer ausscheidet.⁸ Die Fortdauer des Geschäftsführeramtes liegt allein in der Risikosphäre des Fremdgeschäftsführers und nicht bei dem Gläubiger. Der Fremdgeschäftsführer kann allenfalls gegenüber der GmbH (im Innenverhältnis) verlangen, dass diese dem Gläubiger eine Ersatzsicherheit anbietet, gegen welche der Gläubiger ihn aus der Haftung entlässt.

¹ Zum Kaufmannsbegriff → § 8 Rn. 1 f.

² S. auch Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 105.

³ Nach BGH NJW 2011, 3435, gehören auch **branchenfremde Nebengeschäfte** zum Betrieb des Handelsgewerbes, solange die Vermutung nicht widerlegt ist.

⁴ Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 69.

⁵ Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 69.

⁶ Zur Einbeziehung von AGB in den Vertrag Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 7.

⁷ BGH NJW 2006, 845.

⁸ BGH NJW-RR 2011, 1518.

Nach § 349 HGB steht dem Bürgen die **Einrede der Vorausklage** (§ 771 BGB) **nicht** zu, wenn er Kaufmann ist und er die Bürgschaftsverpflichtung im Rahmen seines Handelsgewerbes abgegeben hat. 7

Bei den Einwendungen gegen die Bürgschaft selbst ist die **Sittenwidrigkeit** (§ 138 BGB) **wichtig**. Grundsätzlich gelten die zur Frage der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften entwickelten Grundsätze⁹ unabhängig vom Vorliegen aller anderen Voraussetzungen nicht für Bürgschaftserklärungen von GmbH-Gesellschaftern.¹⁰ Nur in Ausnahmefällen kann etwas anderes gelten, wenn es sich bei dem krass überforderten Bürgen um einen **Strohmann-Gesellschafter**¹¹ handelt oder bei unbedeutenden **Splitter- oder Bagatellbeteiligungen**.¹² Hinzu kommen muss, dass diese Umstände evident oder dem Bürgschaftsnehmer (in der Regel der Bank) bekannt sein müssen.¹³ 8

Eine Einschränkung findet auch die von der Rechtsprechung des BGH herausgearbeitete Kontrolle **formularmäßig übernommener Globalbürgschaften** nach §§ 305c, 307 I BGB.¹⁴ Formularmäßig übernommene Globalbürgschaften, etwa solche für sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner aus der zwischen ihnen bestehenden Geschäftsverbindung, begründen unkalkulierbare Haftungsrisiken zulasten des Bürgen, vor denen dieser grundsätzlich im Wege der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle nach §§ 305c I und 307 BGB zu schützen ist. Handelt es sich hingegen bei dem Bürgen um einen **persönlich haftenden Gesellschafter**,¹⁵ einen **Mehrheitsgesellschafter**¹⁶ oder einen **Geschäftsführer**¹⁷ der hauptschuldnerisch haftenden Gesellschaft, greifen diese Grundsätze nicht, weil sie eine Erweiterung der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners verhindern und damit das Risiko steuern können. **Beachten** Sie aber, dass der Bürge bei einer Krediterweiterung ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund hat. 9

B. Provision und Lagergeld nach § 354 HGB

In einigen Klausuren kommt es auf § 354 HGB an.¹⁸ Danach kann ein Kaufmann, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet (beides wird grundsätzlich weit ausgelegt), von diesem Provision oder/und Lagergeld verlangen. Relevant wird dies zB dann, wenn ein entsprechender ausdrücklicher Verwahrungsvertrag nicht geschlossen wurde. Klausurrelevant¹⁹ ist der Fall, dass der Verkäufer im Annahmeverzug des Käufers die Kaufsache bei sich einlagert. Ohne § 354 HGB hätte der Verkäufer nur § 304 BGB. 10

C. Wirksamkeit der Abtretung (§ 354a HGB)

Auch § 354a I HGB wird zum Teil relevant. So ist die Übertragung von Forderungen und Gesellschaftsanteilen in der Praxis ein wichtiges und beliebtes Sicherungsmittel, was sich mitunter auch auf die Klausurrelevanz solcher Rechtsgeschäfte auswirkt. Gemäß § 354a I HGB ist ein Abtretungsverbot iSv § 399 Alt. 2 BGB zwischen den Vertragsparteien eines Handelskaufs zwar nicht unwirksam, die gleichwohl erfolgte Abtretung jedoch wirksam. 11

⁹ Lesen Sie dazu Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 69.

¹⁰ Arg.: Die Gesellschaftsgläubiger haben ein **berechtigtes Interesse** an der persönlichen Haftung, BGH NJW 1998, 597; 2002, 956; 2003, 967; OLG Düsseldorf NJOZ 2008, 1485.

¹¹ BGH NJW 1998, 597.

¹² Eine Beteiligung von zehn Prozent stellt bereits keinen solchen unerheblichen Vermögenswert dar, BGH NZG 2003, 288.

¹³ BGH NJW 1998, 597.

¹⁴ Vgl. dazu Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 69.

¹⁵ MüKoBGB/Habersack § 765 Rn. 75 mwN.

¹⁶ BGH NJW 1995, 2553.

¹⁷ BGH NZG 2004, 237.

¹⁸ Klausurrelevant könnte die Entscheidung OLG München NJOZ 2013, 254 werden.

¹⁹ Dies rechtfertigt die Behandlung an dieser Stelle im Rahmen der Sekundäransprüche.

- 12 Nach § 354a I 2 HGB kann der Schuldner trotzdem mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten.²⁰ Dies hindert den Zessionar aber nicht, auf Leistung nur an sich selbst zu klagen; ein Klageantrag auf „Zahlung an den Zessionar oder den Zedenten“ ist nicht notwendig.²¹

Klausurtyp: § 354a HGB wird häufig im Rahmen von Drittwiderspruchsklagen²² geprüft, indem der klagende Zedent als „die Veräußerung hinderndes Recht“ die Inhaberschaft an der an ihn abgetretenen Forderung einwendet. In der Begründetheit ist dann zu prüfen, ob die Forderung trotz des Abtretungsverbotens wegen § 354a HGB an den Kläger abgetreten werden konnte.

Beachten Sie in diesem Zusammenhang auch, dass § 354a I HGB wegen Abs. 2 für die Abtretung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute nicht gilt.²³

D. Gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen gem. § 366 HGB

- 13 Von Bedeutung kann die Erweiterung der Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs von beweglichen Sachen nach § 366 HGB sein.
- 14 Das BGB schützt nur den guten Glauben an das Eigentum (§ 932 BGB), nicht aber den, der weiß, dass der Veräußerer nicht Eigentümer ist, ihn jedoch für befugt hält, die einem Dritten gehörende Sache zu veräußern.²⁴ Der gute Glaube eines Dritten an die Verfügungsbefugnis wird allerdings unter gewissen Voraussetzungen durch § 366 HGB gewährt.²⁵
- 15 Umstritten ist, ob § 366 I HGB auch den guten Glauben an die in Wirklichkeit nicht bestehende Vertretungsmacht des Kaufmanns schützt. Gemeint sind Fälle, in denen der veräußernde Kaufmann ohne Vollmacht für einen anderen auftritt.²⁶ Oftmals wird hierfür angeführt, der Verkehr unterscheide letztlich nicht zwischen der Veräußerung im fremden Namen und der Veräußerung mit Verfügungsmacht für einen Dritten. § 366 HGB ist auf Scheinkaufleute nicht anwendbar.²⁷

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

²⁰ Dies gilt nach BGH NJW-RR 2005, 624 = WM 2005, 429 ff. auch für eine Aufrechnung.

²¹ BGH NJW 2011, 443 ff.; entgegen der hL, etwa Hopt/Leyens HGB § 354a Rn. 2.

²² Lesen Sie dazu Kaiser/Kaiser/Kaiser Zwangsvollstreckungsklausur Rn. 28 ff.

²³ § 354a II HGB wurde durch das Risikobegrenzungsgesetz am 12.8.2008 eingeführt.

²⁴ Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 39.

²⁵ Klausurbeispiel: guter Glaube an Verfügungsmacht des Kfz-Händlers bei Kauf eines Vorführwagens auch ohne Vorlegung des Kfz-Briefs, OLG Hamm NJW 1964, 2257; vgl. auch Kaiser/Kaiser/Kaiser MatZivilR Rn. 39.

²⁶ Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 567 mwN; Arg. pro: Sicherheit des Handelsverkehrs; Arg. contra: Vorrang der Rechtsscheinvollmactsregelungen; welcher Ansicht Sie sich in der Klausur anschließen, ist unerheblich.

²⁷ Müller JA 2007, 258 mwN.

§ 13 Der Handelskauf

Von den Handelsgeschäften kommt dem Handelskauf die meiste Klausurrelevanz zu. Ein Handelskauf ist grundsätzlich ein Handelsgeschäft iSd §§ 343 ff. BGB. Bei den Voraussetzungen ist also neben den §§ 433 ff. BGB jedenfalls die Kaufmannseigenschaft eines der beiden Vertragspartner zu prüfen.

A. Selbsthilfeverkauf nach §§ 373, 374 HGB

Wichtig sind die Vorschriften über den Annahmeverzug des Käufers nach §§ 373, 374 HGB. Wenn der Käufer im Annahmeverzug ist, kann der Verkäufer als Erfüllungssurrogat zB nach § 373 II HGB einen sog. **Selbsthilfeverkauf** „für Rechnung des säumigen Käufers“ veranlassen (zB Versteigerung der Ware). Mit dem eigenen Anspruch auf Ersatz der Versteigerungskosten (§ 373 III HGB iVm § 670 BGB) und dem Kaufpreisanspruch kann er dann gegenüber dem Anspruch des Käufers auf Herausgabe des Erlöses aus § 667 BGB aufrechnen. Etwaige Lagerkosten kann der Verkäufer nach § 373 I HGB iVm § 670 BGB ersetzt verlangen.

Klausurtyp: Der Selbsthilfeverkauf kann in der Klausur in zwei Konstellationen vorkommen:

- Fordert der (sich in Annahmeverzug befindende) Käufer die Erfüllung des Vertrags, ist zu prüfen, ob sein Anspruch infolge des Selbsthilfeverkaufs durch den Verkäufer wegen **Erfüllung** untergegangen ist (**§ 362 BGB** iVm § 373 II und III HGB).
- Fordert der Käufer die Herausgabe des Erlöses (§ 667 BGB), so kann der Verkäufer gegen diesen Anspruch die **Aufrechnung** mit seinem Kaufpreisanspruch (und den Versteigerungskosten) erklären; die Voraussetzungen der §§ 373 f. HGB sind dann innerhalb von **§§ 387 ff. BGB** zu prüfen. In der Anwaltsklausur dürfen Sie (aus Verkäufersicht) nicht vergessen, die Aufrechnung ausdrücklich zu erklären (es handelt sich um ein Gestaltungsrecht!)

B. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (§ 377 HGB)

Auch die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Kaufmanns hinsichtlich eines Mangels der gelieferten Ware nach **§ 377 I und III HGB** (lesen!) ist sehr klausurrelevant und lässt sich wegen der Rechtsfolgen in § 377 II und III HGB gut in jede Gewährleistungsklausur einbauen.

Klausurtyp: Achten Sie auf die richtige Verwendung der Begrifflichkeiten. Häufig liest man fälschlicherweise auch von Rügepflicht. Dies ist unzutreffend und lässt sich anhand eines Vergleichs der Pflicht und der Obliegenheit leicht abgrenzen. Eine Pflicht ist dann gegeben, wenn der Schuldner gegenüber einem Dritten ein bestimmtes Tun oder Unterlassen vorzunehmen hat. Eine Obliegenheit dient regelmäßig immer der Erfüllung eigener Interessen. Die rechtzeitige Rüge iSd § 377 HGB soll den Käufer in die Lage versetzen, seine Gewährleistungsrechte zu erhalten. Die Rüge ist daher ausschließlich in seinem Interesse gelegen, nicht aber im Interesse des Verkäufers.¹

Rechtsfolge des § 377 I und III HGB ist, dass der Käufer bei Nichtbeachtung der Rügeobliegenheit sämtliche Gewährleistungsansprüche aufgrund des Mangels verliert (Ausnahme: arglistiges Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer, § 377 V HGB). Dies erfasst auch vertragliche Ansprüche wegen Schäden an anderen Rechtsgütern, die aus dem Mangel resultieren.

§ 377 HGB gilt nur bei einem beidseitigen Handelskauf. Beide Parteien müssen daher Kaufleute sein und der Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag iSv § 381 II HGB zu dem Betrieb des jeweiligen Gewerbes gehören.

Der Käufer eines solchen beiderseitigen Handelskaufes hat die an ihn abgelieferten Waren *unverzüglich zu untersuchen* (§ 377 I Hs. 1 HGB). Stellt er einen Mangel fest, so hat er ihn

¹ Hopt/Leyens HGB § 377 Rn. 21.

unverzüglich zu rügen (§ 377 I Hs. 2 HGB). Der Begriff der Unverzüglichkeit² ist also auf zwei verschiedenen Stufen heranzuziehen: in einem ersten Schritt bei der Untersuchung und in einem zweiten Schritt bei der Rüge. Die dem Käufer zustehende Zeit wird nach dem jeweiligen Einzelfall bestimmt. Diese kann abhängig vom Umfang, des Zeitaufwands und der Komplexität der durchzuführenden Untersuchungen von wenigen Tagen³ bis hin zu einem Monat betragen.⁴ Bei der Berechnung des zur Verfügung stehenden Zeitraums bleibt ein zusätzlicher Aufwand, der daraus resultiert, dass die Sache bereits weiterverkauft wurde, außer Betracht.⁵

- 7 Art und Umfang der vorzunehmenden Untersuchung hängt ebenfalls vom Einzelfall ab. Hierbei sind insbesondere die Kosten, der technische und organisatorische Zeitaufwand und die Branchenüblichkeit einer bestimmten Art der Untersuchung ausschlaggebend.⁶
- 8 Die Genehmigungsfiktion durch die unterlassene Rüge tritt allerdings nur bei einem offenen Mangel ein. Es handelt sich also um einen Mangel, der bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung erkennbar war. Einen **verdeckten Mangel** (§ 377 II Hs. 2 HGB) kann der Käufer naturgemäß erst nach seiner Entdeckung rügen. Unterlässt er bei einem entdeckten, verdeckten Mangel allerdings die Mängelrüge, tritt erneut die Rechtsfolge des § 377 I und III HGB ein und er verliert seine Gewährleistungsansprüche. Die Abgrenzung zwischen einem „offenen“ und einem „verdeckten“ Mangel erfolgt danach, ob bei einer verkehrsüblichen Untersuchung der Mangel erkennbar wäre.⁷ Liegt ein verdeckter Mangel vor, so ist unerheblich, ob der Käufer (pflichtgemäß) die Ware geprüft hat, wenn er den Mangel auch bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung nicht entdeckt hätte. Ohne Untersuchung kann der darlegungs- und beweislustige Käufer aber Probleme bekommen nachzuweisen, dass ein verdeckter Mangel vorliegt.
- 9 Die Mängelrüge muss **ausreichend substantiiert** sein, dh, die bloße Mitteilung, dass „die Ware Mist ist“, reicht nicht aus, weil der Verkäufer allein daraus nicht erkennen kann, was konkret als nicht vertragsgemäß beanstandet wird.⁸
- 10 Wird die Ware direkt vom Lieferanten an einen Abnehmer des Käufers („durch-“)geliefert („Durchlieferung“), bleibt es grundsätzlich bei der Rügeobliegenheit des Käufers aus § 377 HGB. Die Rügen haben in den jeweiligen Rechtsverhältnissen zu erfolgen.⁹ Dieser muss dann dafür sorgen, dass entweder er selbst oder sein Abnehmer eine Untersuchung durchführt, weshalb ihm in der Regel auch eine geringfügige Fristverlängerung gewährt wird. Dies gilt auch, wenn der Abnehmer nicht selbst Kaufmann oder nicht (Zweit-)Käufer, sondern Leasingnehmer ist.¹⁰

Beachte: Die Zulässigkeit der **Vereinbarung einer Rügefrist** iSv § 377 HGB zulasten des nicht-kaufmännischen Käufers ist an den §§ 309 Nr. 8 lit. b, ee, 475 I 2 BGB zu messen.

- 11 **Nicht von den Rechtsfolgen des § 377 HGB erfasst sind Ansprüche aus den §§ 823 ff. BGB.** Ein Gegenbeweis zur Genehmigungsfiktion ist nicht möglich, ebenso wenig wie die Anfechtung der Fiktion.

2 Zitieren Sie in diesem Zusammenhang **§ 121 I 1 BGB analog**, auch wenn die Vorschrift für die konkrete zeitliche Eingrenzung wenig hilfreich ist. Es ist immer auf den Einzelfall abzustellen: Bei verderblichen Waren wie Obst erstreckt sich „unverzüglich“ idR auf wenige Stunden.

3 OLG Karlsruhe OLG R 1998, 25

4 OLG München NJW-RR 1999, 331.

5 Hopt/Leyens HGB § 377 Rn. 23.

6 BGH NJW 2016, 2645 (2647).

7 BGH NJW 2016, 2645 (2647).

8 OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 821.

9 OLG Karlsruhe BB 2016, 2065 (2066).

10 BGH NJW 1990, 1290 ff.