

# **Handelsrecht**

**von**

**Christoph Hartmann**

**1. Auflage 2008**

# Gliederung

<b>1. Teil – Einführung in das Handelsrecht</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Stellung des Handelsrechts in der Rechtsordnung</b> .....	<b>1</b>
I. Handelsrecht als Sonderrecht für Kaufleute .....	1
II. Handelsrecht als Teil des Privatrechts .....	2
<b>B. Rechtsquellen des Handelsrechts</b> .....	<b>3</b>
I. Handelsgesetzbuch (HGB) .....	3
II. Handelsrechtliche Nebengesetze.....	3
III. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) .....	4
IV. Gewohnheits- und Richterrecht sowie Handelsbräuche .....	5
<b>C. Besondere Merkmale des Handelsrechts</b> .....	<b>5</b>
I. Einfachheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs .....	6
II. Erweiterte Privatautonomie – Eingeschränkte Schutzbedürftigkeit .....	6
III. Erweiterter Vertrauensschutz im Rechtsverkehr .....	7
IV. Entgeltlichkeit der Leistung eines Kaufmanns.....	7
<b>D. Verhältnis des Handelsrechts zu anderen Rechtsgebieten</b> .....	<b>8</b>
I. Verhältnis zum Gesellschaftsrecht .....	8
II. Verhältnis zum Wertpapierrecht.....	8
<b>E. Wichtige Begriffe des Handelsrechts</b> .....	<b>8</b>
<b>2. Teil – Handelsstand (Erstes Buch des HGB)</b> .....	<b>11</b>
<b>A. Kaufmannseigenschaft (§§ 1-7 HGB)</b> .....	<b>11</b>
I. Vorüberlegung .....	12
1. Vorliegen eines Gewerbes .....	12
a. Selbstständige Tätigkeit.....	12
b. Nach außen erkennbare Tätigkeit am Markt.....	13
c. Auf Dauer angelegt (planmäßig) .....	13
d. Entgeltlichkeit der Tätigkeit.....	14
e. Keine freiberufliche Tätigkeit.....	15
2. Betreiber eines Gewerbes.....	16
II. Istkaufmann (§ 1 II HGB) .....	18
1. Voraussetzungen .....	18
2. Beginn und Ende der Istkaufmannseigenschaft.....	20
a. Beginn der Kaufmannseigenschaft .....	20
b. Ende der Kaufmannseigenschaft.....	20

3. Wirkungen der Vermutung nach § 1 II HGB .....	22
III. Kannkaufmann (§ 2 HGB) .....	23
1. Voraussetzungen .....	23
a. Kleingewerbebetrieb .....	23
b. Positive Ausübung des Wahlrechts .....	24
c. Eintragung im Handelsregister .....	26
2. Beginn und Ende der Kannkaufmannseigenschaft .....	26
IV. Kannkaufmann mit Land- und Forstwirtschaftsbetrieb (§ 3 HGB) .....	27
1. Voraussetzungen .....	28
a. Vollgewerbebetrieb .....	28
b. Land- oder forstwirtschaftliche Tätigkeit .....	28
c. Positive Ausübung des Wahlrechts .....	29
d. Eintragung im Handelsregister .....	29
2. Beginn und Ende der Kannkaufmannseigenschaft .....	29
3. Besonderheit bei Nebengewerbebetrieben .....	30
V. Fiktivkaufmann (§ 5 HGB) .....	31
1. Anwendungsbereich .....	32
2. Voraussetzungen .....	32
a. Betrieb eines Gewerbes .....	32
b. Eintragung im Handelsregister .....	32
3. Hauptanwendungsfälle .....	33
4. Rechtsfolgen .....	33
a. Fiktion der Kaufmannseigenschaft .....	33
b. Grenzen der Fiktionswirkung .....	35
5. Beginn und Ende der Fiktivkaufmannseigenschaft .....	36
VI. Scheinkaufmann .....	37
1. Bedeutung und dogmatische Einordnung .....	37
2. Voraussetzungen .....	38
a. Setzen eines Rechtsscheins .....	38
b. Zurechenbarkeit .....	39
c. Schutzwürdigkeit bzw. Gutgläubigkeit des Dritten .....	40
d. Vertrauensdisposition des Dritten .....	41
e. Kausalität (Dispositionszusammenhang) .....	41
f. Exkurs: Darlegungs- und Beweislastverteilung .....	41
3. Rechtsfolgen .....	42
a. Gleichstellung von Rechtswirklichkeit und Rechtsschein .....	42

aa. Grundsatz.....	42
bb. Ausnahme .....	43
b. Grenzen der Rechtsscheinhaftung.....	44
c. Beginn und Ende der Scheinkaufmannseigenschaft .....	44
4. Anfechtbarkeit des Rechtsscheins.....	44
5. Exkurs: Schein-Nichtkaufmann.....	45
VII. Handelsgesellschaften und Formkaufmannseigenschaft (§ 6 HGB).....	46
1. Handelsgesellschaften als Kaufleute (§ 6 I HGB) .....	46
2. Formkaufleute (§ 6 II HGB).....	48
VIII. Nichtkaufmann .....	49
1. Unmittelbare Anwendung handelsrechtlicher Normen .....	49
2. Analoge Anwendung handelsrechtlicher Normen .....	49
<b>B. Handelsregister (§§ 8-16 HGB) .....</b>	<b>50</b>
I. Allgemeines zum Handelsregister .....	50
1. Funktionen des Handelsregisters.....	50
a. Publizitätsfunktion .....	50
b. Kontrollfunktion.....	50
2. Rechtsgrundlagen des Handelsregisterrechts .....	50
3. Weitere öffentliche Register.....	51
II. Formelles Handelsregisterrecht.....	52
1. Zuständigkeit des Registergerichts .....	52
2. Aufbau des Handelsregisters .....	52
3. Inhalt des Handelsregisters .....	53
a. Eintragungspflichtige Tatsachen .....	53
b. Eintragungsfähige Tatsachen .....	54
c. Nicht eintragungsfähige Tatsachen .....	55
4. Verfahren.....	55
a. Anmeldung .....	55
b. Umfang von Prüfungsrecht und Prüfungspflicht.....	56
c. Eintragung und Bekanntmachung .....	56
5. Wirkung der Eintragungen.....	57
6. Staatshaftung und Handelsregisterrecht.....	57
III. Materielles Handelsregisterrecht (§ 15 HGB).....	58
1. Negative Publizität gem. § 15 I HGB.....	59
a. Tatbestandsvoraussetzungen .....	60
aa. Einzutragende Tatsache .....	60

bb. Keine Eintragung und Bekanntmachung .....	63
cc. Angelegenheiten des Betroffenen .....	64
dd. Keine Kenntnis des Dritten .....	64
ee. Abstrakte Kausalität .....	65
ff. Vorgang im Geschäftsverkehr .....	66
gg. Sonstige Besonderheiten .....	67
b. Rechtsfolgen .....	68
aa. Einwendungsausschluss .....	68
bb. Wahlrecht des Dritten .....	69
2. Positive Publizität gem. § 15 II HGB .....	72
a. Tatbestandsvoraussetzungen von § 15 II S. 1 HGB .....	72
aa. Einzutragende Tatsache .....	72
bb. Eintragung und Bekanntmachung .....	73
cc. Kein Ausschluss durch § 15 II S. 2 HGB .....	73
b. Rechtsfolge von § 15 II S. 1 HGB .....	74
c. Verhältnis von § 15 II HGB zur allgemeinen Rechtsscheinhaftung .....	74
3. Positive Publizität gem. § 15 III HGB .....	76
a. Tatbestandsvoraussetzungen .....	76
aa. Einzutragende Tatsache .....	76
bb. Unrichtigkeit der Bekanntmachung .....	77
cc. Zurechenbarkeit der unrichtigen Bekanntmachung .....	79
dd. Keine Kenntnis des Dritten .....	80
ee. Abstrakte Kausalität .....	80
ff. Vorgang im Geschäftsverkehr .....	80
b. Rechtsfolge .....	80
c. Rechtsscheinhaftung zur Ergänzung von § 15 III HGB .....	81
4. Abschließende Übersicht zu § 15 HGB .....	82
<b>C. Kaufmännisches Unternehmen und Firma (§§ 17-37a HGB) .....</b>	<b>83</b>
I. Grundlegendes zum kaufmännischen Unternehmen .....	83
1. Allgemeines .....	83
2. Erwerb eines Unternehmens .....	84
a. Schuldrechtlicher Vertrag .....	84
b. Sachenrechtliche Übertragung des Unternehmens .....	85
3. Rechtsfolgen des Inhaberwechsels .....	86
a. Rechtsgeschäftlicher Erwerb .....	86
b. Erwerb durch Gesamtrechtsnachfolge .....	88

4. Schutz von Unternehmen und Unternehmer .....	88
II. Grundlegendes zur Firma .....	89
1. Allgemeines.....	89
a. Begriff der Firma .....	89
b. Funktionen der Firma.....	89
c. Rechtsquellen des Firmenrechts.....	90
d. Arten der Firma und ihre Bestandteile .....	91
e. Übertragung der Firma .....	92
f. Firmenfähigkeit .....	92
g. Abgrenzung von anderen Kennzeichnungsformen.....	92
2. Entstehung und Erlöschen der Firma .....	94
3. Firmenrechtsgrundsätze.....	94
a. Firmenunterscheidbarkeit (§ 18 I HGB) .....	95
b. Firmenausschließlichkeit (§ 30 HGB) .....	97
c. Firmenwahrheit – Irreführungsverbot (§§ 18 II, 19 HGB).....	98
d. Firmeneinheit.....	100
e. Firmenbeständigkeit.....	101
aa. Fortführung der Firma bei Namensänderung (§ 21 HGB).....	101
bb. Fortführung der Firma bei Inhaberwechsel (§ 22 HGB) .....	102
cc. Verbot der Leerübertragung (§ 23 HGB) .....	104
dd. Fortführung der Firma bei Gesellschafterwechsel (§ 24 HGB).....	104
f. Firmenöffentlichkeit .....	106
4. Schutz der Firma.....	106
III. Rechtsfolgen bei Fortführung der Firma (§§ 25 ff. HGB).....	107
1. Altverbindlichkeiten .....	108
a. Haftung bei rechtsgeschäftlichem Erwerb (§ 25 I S. 1 HGB).....	108
aa. Voraussetzungen .....	109
bb. Rechtsfolgen.....	111
a.) Rechtsfolgen für den Erwerber .....	111
b.) Rechtsfolgen für den Veräußerer .....	111
cc. Ausschluss der Haftung (§ 25 II HGB) .....	112
b. Haftung bei Gesamtrechtsnachfolge (§ 27 I HGB).....	114
aa. Voraussetzungen .....	114
bb. Rechtsfolgen.....	116
cc. Ausschluss der Haftung .....	116
c. Haftung bei Gründung einer Gesellschaft (§ 28 I S. 1 HGB).....	119

aa. Voraussetzungen.....	120
bb. Rechtsfolgen.....	122
cc. Ausschluss der Haftung (§ 28 II HGB) .....	123
2. Altforderungen.....	123
a. Vermutung des Forderungsübergangs nach § 25 I S. 2 HGB .....	123
aa. Voraussetzungen.....	125
bb. Rechtsfolgen.....	126
cc. Ausschluss der Vermutungswirkung .....	127
b. Vermutung des Forderungsübergangs nach § 28 I S. 2 HGB .....	127
<b>D. Hilfspersonen des Kaufmanns (§§ 48-104 HGB).....</b>	<b>128</b>
I. Unselbstständige Hilfspersonen .....	132
1. Prokurist (§§ 48-53 HGB).....	133
a. Voraussetzungen der Prokura .....	133
aa. Vollmachtgeber .....	133
bb. Vollmachtnehmer .....	134
cc. Erteilung der Prokura .....	134
a.) Ausdrückliche Erklärung .....	134
b.) Duldungs- und Anscheinsprokura.....	135
b. Umfang und Arten der Prokura .....	135
aa. Gesetzlicher Umfang .....	135
bb. Mögliche Beschränkungen mit Wirkung im Außenverhältnis.....	136
a.) Räumliche Beschränkung (Niederlassungsprokura) .....	136
b.) Personelle Beschränkung (Gesamtprokura) .....	137
c. Grenzen der Prokura .....	141
d. Zeichnung des Prokuristen.....	142
e. Erlöschen der Prokura .....	143
aa. Erlöschen des Grundverhältnisses .....	143
bb. Gründe in der Person des Kaufmanns.....	143
cc. Gründe in der Person des Prokuristen .....	144
2. Handlungsbevollmächtigter (§ 54 HGB).....	145
a. Voraussetzungen der Handlungsvollmacht .....	148
aa. Vollmachtgeber .....	148
bb. Vollmachtnehmer .....	149
cc. Erteilung der Handlungsvollmacht .....	150
a.) Ausdrückliche oder konkludente Erklärung .....	150
b.) Umdeutung (§ 140 BGB).....	150

c.) Duldungs- und Anscheinshandlungsvollmacht .....	150
b. Umfang der gesetzlichen Vermutung .....	151
aa. Generalhandlungsvollmacht .....	151
bb. Arthandlungsvollmacht.....	152
cc. Spezialhandlungsvollmacht .....	152
c. Grenzen der gesetzlichen Vermutung.....	153
aa. Prinzipal- und Grundlagengeschäfte .....	153
bb. Grenzen aus Gesetz (§ 54 II HGB) .....	153
d. Gutgläubensschutz (§ 54 III HGB).....	154
e. Niederlassungshandlungsvollmacht und Gesamthandlungsvollmacht .....	155
f. Zeichnung des Handlungsbevollmächtigten.....	155
g. Erlöschen der Handlungsvollmacht .....	156
h. Zusammenfassung der wesentlichen Unterschiede .....	156
3. Ladenangestellter (§ 56 HGB) .....	157
a. Voraussetzungen .....	157
aa. Kaufmannseigenschaft des Geschäftsinhabers.....	157
bb. Laden oder offenes Warenlager .....	158
cc. Angestellte Person (Vertreter).....	158
b. Umfang und Grenzen der gesetzlichen Vermutung.....	159
c. Gutgläubensschutz .....	159
4. Abschlussvertreter (§ 55 HGB) .....	160
a. Voraussetzungen der Abschlussvollmacht.....	160
b. Umfang der Abschlussvollmacht.....	161
c. Gutgläubensschutz .....	162
d. Besonderheit des § 75h II HGB.....	162
5. Vermittlungshilfe (§ 75g HGB) .....	162
6. Innenverhältnis der Handlungsgehilfen (§§ 59-83 HGB).....	163
II. Selbstständige Hilfspersonen .....	164
1. Handelsvertreter (§§ 84-92c HGB) .....	165
a. Begriff des Handelsvertreters.....	165
aa. Selbstständiger Gewerbetreibender .....	165
bb. Vermittlung oder Abschluss von Geschäften.....	166
cc. Tätigkeit für einen anderen Unternehmer.....	167
dd. Ständige Betrauung des Handelsvertreters .....	167
b. Erscheinungsformen des Handelsvertreters.....	167
c. Rechte und Pflichten des Handelsvertreters.....	169

aa. Pflichten des Handelsvertreters.....	169
bb. Rechte des Handelsvertreters .....	170
2. Handelsmakler (§§ 93-104 HGB).....	172
a. Begriff des Handelsmaklers.....	172
aa. Selbstständiger Gewerbetreibender .....	172
bb. Vermittlung von Verträgen .....	172
cc. Gegenstände des Handelsverkehrs .....	173
dd. Vermittlung für andere Personen .....	173
ee. Keine ständige Betrauung des Handelsmaklers.....	174
b. Abgrenzung zum Handelsvertreter .....	174
c. Rechte und Pflichten des Handelsmaklers .....	174
aa. Pflichten des Handelsmaklers.....	174
bb. Rechte des Handelsmaklers.....	176
d. Haftung des Handelsmaklers.....	177
3. Mischformen selbstständiger Hilfspersonen.....	178
a. Kommissionsagent .....	178
b. Vertragshändler und Franchisenehmer.....	179

### **3. Teil – Handelsgeschäfte (Viertes Buch des HGB) ..... 181**

#### **A. Allgemeine Vorschriften (§§ 343-372 HGB) ..... 181**

1. Begriff und Vorliegen eines Handelsgeschäfts (§§ 343, 344 HGB).....	181
a. Geschäft.....	181
b. Kaufmannseigenschaft .....	181
c. Betriebszugehörigkeit .....	182
2. Arten von Handelsgeschäften (§ 345 HGB).....	184
3. Handelsbräuche (§ 346 HGB) .....	185
4. Anforderungen an die Sorgfalt des Kaufmanns (§ 347 HGB).....	188
5. Allgemeine Rechtsgeschäftslehre bei Handelsgeschäften.....	189
a. Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	189
b. Anfechtung .....	190
c. Stellvertretung.....	191
d. Sonstiges.....	191
6. Die allgemeinen Vorschriften im Einzelnen .....	192
a. Vertragsstrafe (§ 348 HGB).....	192
b. Keine Einrede der Vorausklage (§ 349 HGB) .....	192
c. Formfreiheit bestimmter Geschäfte (§ 350 HGB).....	193

d. Erhöhter gesetzlicher Zinssatz (§ 352 HGB) .....	193
e. Fälligkeitszinsen (§ 353 HGB) .....	194
f. Entbehrlichkeit von Abreden (§ 354 HGB).....	194
g. Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung (§ 354a HGB) .....	195
h. Kontokorrent (§§ 355-357 HGB) .....	197
aa. Voraussetzungen des Kontokorrents .....	199
a.) Kaufmannseigenschaft auf einer Seite.....	199
b.) Geschäftsverbindung .....	199
c.) Kontokorrentvereinbarungen.....	200
d.) Rechnungsperiode.....	201
bb. Rechtsfolgen der Kontokorrents .....	202
a.) Kontokorrentabrede (Lähmung der Ansprüche und Leistungen) .....	202
b.) Verrechnung (Saldierung).....	203
aa.) Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche und Leistungen .....	203
bb.) Zusammensetzung des kausalen Saldos.....	203
c.) Saldoanerkennnis .....	206
aa.) Entstehung des abstrakten Saldoanspruchs gem. § 781 BGB....	206
bb.) Auswirkungen auf den kausalen Saldoanspruch .....	206
cc.) Unrichtigkeit des Saldoanerkennnisses – Beweislastumkehr .....	207
d.) Verzinsung des Saldoanspruchs .....	209
cc. Ende des Kontokorrents.....	210
dd. Sicherheiten und Gesamtschuld im Kontokorrentverhältnis .....	211
a.) Sicherheiten (§ 356 I BGB) .....	211
aa.) Voraussetzungen der Haftung.....	212
bb.) Grenzen der Haftung .....	213
cc.) Geltendmachung der Sicherheiten .....	214
b.) Gesamtschuld (§ 356 II HGB) .....	214
ee. Pfändung im Kontokorrentverhältnis (§ 357 BGB) .....	215
i. Vorschriften zur Bestimmung der Leistung (§§ 358-361 HGB) .....	217
j. Schweigen im Handelsverkehr.....	218
aa. Schweigen auf Anträge (§ 362 HGB).....	218
a.) Voraussetzungen.....	219
aa.) Kaufmannseigenschaft des Erklärungsempfängers .....	219
bb.) Zugang eines Antrags auf Geschäftsbesorgung.....	219
cc.) Erklärung der Geschäftsbereitschaft.....	220
dd.) Keine unverzügliche Antwort .....	220

b.) Rechtsfolgen.....	221
bb. Kaufmännisches (berufliches) Bestätigungsschreiben.....	222
a.) Voraussetzungen.....	222
aa.) Persönlicher Anwendungsbereich .....	222
bb.) Vorausgegangener rechtsgeschäftlicher Kontakt .....	223
cc.) Unmittelbares Nachfolgen des Bestätigungsschreibens.....	224
dd.) Kein (rechtzeitiger) Widerspruch des Empfängers .....	224
ee.) Redlichkeit bzw. Schutzwürdigkeit des Absenders .....	224
b.) Rechtsfolgen.....	225
k. Gutgläubensschutz im Handelsrecht.....	226
aa. Gutgläubiger Eigentumserwerb (§ 366 I HGB).....	226
a.) Kaufmannseigenschaft .....	228
b.) Handelsgeschäft.....	229
c.) Bewegliche Sache .....	229
d.) Fehlendes Eigentum des Verfügenden .....	229
e.) Gutgläubigkeit des Erwerbers.....	230
aa.) Guter Glaube an die Verfügungsberechtigung.....	230
bb.) Guter Glaube an die Vertretungsmacht .....	231
bb. Gutgläubiger Erwerb eines vertraglichen Pfandrechts (§ 366 I HGB) ...	233
cc. Gutgläubiger Erwerb der Lastenfreiheit (§ 366 II HGB).....	234
dd. Gutgläubiger Erwerb gesetzlicher Pfandrechte (§ 366 III HGB) .....	235
l. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (§§ 369-372 HGB) .....	239
aa. Voraussetzungen.....	240
a.) Kaufmannseigenschaft .....	240
b.) Fällige Forderung aus beiderseitigem Handelsgeschäft.....	240
c.) Bewegliche Sachen oder Wertpapiere des Schuldners .....	241
d.) Besitz des Gläubigers.....	242
e.) Kein Ausschluss und keine Abwendung des ZBR.....	243
bb. Rechtsfolgen.....	244
a.) Zurückbehaltungsrecht.....	244
b.) Befriedigungsrecht .....	244
c.) Absonderungsrecht.....	245
<b>B. Handelskauf (§§ 373-381 HGB).....</b>	<b>246</b>
1. Anwendbarkeit.....	246
2. Annahmeverzug des Käufers (§§ 373 f. HGB) .....	247
a. Hinterlegung (§ 373 I HGB) .....	248

aa. Voraussetzungen.....	248
bb. Rechtsfolgen.....	249
b. Versteigerung (§ 373 II-V HGB) .....	249
aa. Voraussetzungen.....	249
bb. Rechtsfolgen.....	250
3. Bestimmungskauf (§ 375 HGB) .....	252
a. Voraussetzungen .....	252
b. Rechtsfolgen .....	253
4. Fixhandelskauf (§ 376 HGB) .....	255
a. Voraussetzungen .....	256
b. Rechtsfolgen .....	256
aa. Erlöschen oder Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs .....	256
bb. Rücktritt vom Vertrag .....	257
cc. Schadensersatz statt der Leistung .....	257
5. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (§ 377 HGB) .....	258
a. Voraussetzungen .....	259
aa. Beiderseitiger Handelskauf.....	259
bb. Ablieferung der Ware.....	259
cc. Mangelhaftigkeit der Ware .....	261
a.) Sachmangel (§ 434 BGB).....	261
b.) Rechtsmangel (§ 435 BGB).....	262
dd. Keine ordnungsgemäße Mängelrüge .....	262
a.) Anforderungen an die Mängelrüge.....	263
aa.) Inhalt und Form.....	263
bb.) Fristwahrung durch Absendung (§ 377 IV HGB).....	263
b.) Rechtzeitigkeit der Mängelrüge .....	264
aa.) Anforderungen an eine ordnungsgemäße Untersuchung .....	264
bb.) Rügefrist bei offenen Mängeln (§ 377 I HGB) .....	265
cc.) Rügefrist bei verdeckten Mängeln (§ 377 III Hs. 1 HGB) .....	266
ee. Keine Entbehrlichkeit der Rüge.....	268
b. Rechtsfolgen .....	268
c. Folgen einer ordnungsgemäßen Mängelrüge .....	270
<b>C. Kommissionsgeschäft (§§ 383-406 HGB).....</b>	<b>271</b>
1. Allgemeines.....	271
a. Anwendungsbereich.....	271
aa. Persönlicher Anwendungsbereich.....	271

bb. Sachlicher Anwendungsbereich .....	271
a.) Eigentliche Kommission .....	271
b.) Uneigentliche Kommission .....	272
b. Rechtsbeziehungen der Beteiligten .....	272
c. Sinn und Zweck der Kommission.....	273
d. Abgrenzung zu anderen Hilfspersonen des Kaufmanns.....	274
2. Kommissionsvertrag .....	274
a. Pflichten des Kommissionärs .....	275
aa. Pflichten aus § 384 I HGB.....	275
bb. Pflichten aus § 384 II HGB .....	278
cc. Eigenhaftung aus § 384 III HGB .....	279
b. Rechte des Kommissionärs .....	279
3. Ausführungsgeschäft .....	281
a. Schuldrechtliche Ebene.....	281
b. Dingliche Ebene .....	282
aa. Einkaufskommission.....	282
bb. Verkaufskommission .....	283
c. Schutz des Kommittenten .....	283
aa. Forderungszuständigkeit im Außenverhältnis.....	283
bb. Forderungszuständigkeit im Innenverhältnis .....	283
4. Abwicklungsgeschäft .....	286
5. Leistungsstörungen bei der Kommission.....	287
a. Leistungsstörungen im Ausführungsgeschäft.....	287
b. Leistungsstörungen im Übrigen .....	288
<b>D. Frachtgeschäft (§§ 407-452d HGB).....</b>	<b>290</b>
1. Allgemeines.....	290
a. Anwendungsbereich.....	290
aa. Persönlicher Anwendungsbereich.....	290
bb. Sachlicher Anwendungsbereich .....	291
b. Frachtvertrag .....	291
2. Frachtführer .....	293
a. Pflichten des Frachtführers .....	293
b. Haftung des Frachtführers .....	293
aa. Verlust und Beschädigung des Frachtguts (§ 425 I HGB).....	293
a.) Haftungsbegründender Tatbestand .....	293
b.) Haftungsausfüllender Tatbestand.....	295

bb. Verlust und Beschädigung der Begleitpapiere (§ 413 II HGB).....	296
cc. Ablieferung ohne Einziehung der Nachnahme (§ 422 III HGB).....	296
dd. Sonstige Verletzung frachtvertraglicher Pflichten .....	297
ee. Außervertragliche Haftung des Frachtführers .....	298
3. Absender .....	298
a. Pflichten des Absenders.....	298
b. Haftung des Absenders .....	299
4. Empfänger .....	300
a. Rechte und Pflichten aus § 421 HGB .....	300
aa. Eigener Erfüllungsanspruch .....	300
bb. Eigener Sekundäranspruch.....	301
b. Rechte und Pflichten aus § 418 II HGB.....	304
5. Verjährung, Pfandrecht, Abdingbarkeit .....	304
6. Bedeutung von Frachtbrief und Ladeschein .....	305
<b>E. Speditionsgeschäft (§§ 453-466 HGB) .....</b>	<b>307</b>
1. Allgemeines.....	307
a. Anwendungsbereich.....	307
b. Speditionsvertrag .....	307
c. Arten des Speditionsvertrags.....	308
2. Spediteur .....	309
a. Pflichten des Spediteurs .....	309
b. Haftung des Spediteurs .....	309
aa. Verlust und Beschädigung des Gutes .....	309
bb. Sonstige Verletzung speditionsvertraglicher Pflichten .....	310
cc. Drittschadensliquidation.....	311
3. Versender .....	311
a. Pflichten des Versenders.....	311
b. Haftung des Versenders .....	311
c. Schutz des Versenders .....	312
4. Verjährung, Pfandrecht, Abdingbarkeit .....	312
5. Parallele Anwendbarkeit des Frachtrechts.....	313
<b>F. Lagergeschäft (§§ 467-475h HGB) .....</b>	<b>315</b>
1. Allgemeines.....	315
a. Anwendungsbereich.....	315
b. Lagervertrag .....	315
c. Arten des Lagergeschäfts.....	316

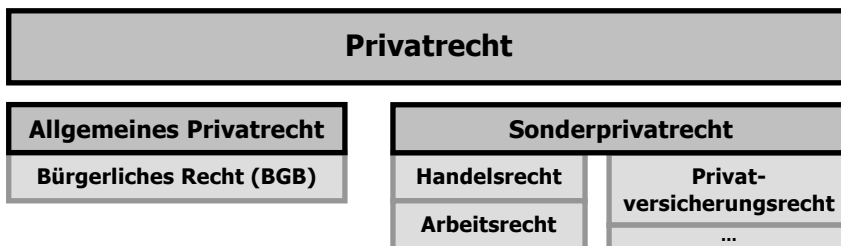
2. Lagerhalter.....	317
a. Pflichten des Lagerhalters.....	317
b. Haftung des Lagerhalters.....	317
c. Drittschadensliquidation.....	318
3. Einlagerer .....	318
a. Pflichten des Einlagerers.....	318
b. Haftung des Einlagerers .....	318
4. Verjährung, Pfandrecht, Abdingbarkeit .....	319
5. Bedeutung des Lagerscheins .....	319

## 1. Teil – Einführung in das Handelsrecht

### A. Stellung des Handelsrechts in der Rechtsordnung

Um sich dem Handelsrecht als solchem zu nähern, müssen zunächst Begriff und Stellung des Handelsrechts in der Rechtsordnung beleuchtet werden. Allgemein wird das Handelsrecht als **Sonderprivatrecht der Kaufleute** bezeichnet, was zweierlei verdeutlicht:

- Einerseits knüpfen die Regelungen des Handelsrechts an die subjektive Kaufmannseigenschaft an und stellen mithin **Sonderrecht der Kaufleute** dar.
- Andererseits ist das Handelsrecht Teil des **Privatrechts**. Das allg. Privatrecht wird durch die Vorschriften des Handelsrechts eingeschränkt, modifiziert oder erweitert.



### I. Handelsrecht als Sonderrecht für Kaufleute

Normadressat des Handelsrechts ist grundsätzlich nur, wer die Kaufmannseigenschaft der §§ 1 ff. HGB erfüllt.<sup>2</sup> Das Handelsrecht knüpft damit grundsätzlich an eine subjektive Eigenschaft des rechtsgeschäftlich Handelnden an und folgt somit grundsätzlich dem sog. **subjektiven System**.<sup>3</sup> Allerdings gilt dies nicht ausnahmslos: Da die überwiegenden Vorschriften des HGB lediglich ein **einseitiges Handelsgeschäft** voraussetzen (vgl. § 345 HGB), finden handelsrechtliche Vorschriften auch auf den Vertragspartner des Kaufmanns Anwendung, selbst wenn dieser Nichtkaufmann ist. Nur in bestimmten Fällen müssen beide Vertragsparteien die Kaufmannseigenschaft aufweisen (sog. **beiderseitiges Handelsgeschäft**). So trifft den Käufer beim Handelskauf z.B. nur dann die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § 377 I HGB, wenn ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt.

Darüber hinausgehend verzichtet das HGB mitunter sogar gänzlich auf das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft: So gelten etwa die Vorschriften über Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB), Handelsmakler (§§ 93 ff. HGB), Kommissionäre (§§ 383 ff. HGB), Frachtführer (§§ 407 ff. HGB), Spediteure (§§ 453 ff. HGB) und Lagerhalter (§§ 467 ff. HGB) auch dann, wenn es sich nur um ein nichtkaufmännisches Gewerbe (Kleingewerbe) handelt.<sup>4</sup> Schließlich finden handelsrechtliche Vorschriften auch dann auf Nichtkaufleute Anwendung, wenn diese einen entsprechenden Rechtsschein geschaffen haben (sog. Scheinkaufleute, Rn 92 ff.).

Den Gegensatz zum subjektiven System bildet das sog. **objektive System**, bei dem die Anwendbarkeit bestimmter Normen von der Art des jeweiligen Rechtsgeschäfts abhängt. Hier kommt es also nicht auf subjektive Eigenschaften des rechtsgeschäftlich Handel-

<sup>2</sup> Vgl. zur Kaufmannseigenschaft Rn 28 ff.

<sup>3</sup> Vgl. K/R/M-Roth, Einl vor § 1 Rn 2.

<sup>4</sup> Vgl. §§ 84 IV, 93 III, 383 II, 407 III, 453 III, 467 III HGB.

## 1. Teil – Einführung in das Handelsrecht

den an, sondern allein darauf, dass er ein bestimmtes Rechtsgeschäft tätigt.<sup>5</sup> Obgleich das deutsche Handelsrecht grundsätzlich auf dem subjektiven System beruht, enthält es teilweise auch Bestandteile des objektiven Systems. Typisches Beispiel hierfür ist etwa das Scheck- und Wechselrecht, wo die Anwendbarkeit von ScheckG und WechselG nur von der Verwendung von Scheck oder Wechsel abhängt, nicht hingegen von der Kaufmannseigenschaft. Inwieweit handelsrechtliche Vorschriften auf Nichtkaufleute Anwendung finden, ist bei Rn 121 ff. zusammenhängend dargestellt.

### II. Handelsrecht als Teil des Privatrechts

- 5 Zugleich ist das Handelsrecht aber auch Teil des Privatrechts. Dass das HGB auch Normen enthält, die dem Öffentlichen Recht zuzuordnen sind, tut dem keinen Abbruch, denn die Regelungen über das Handelsregister gem. §§ 8 ff. HGB, das Firmenordnungsrecht der §§ 17 ff. HGB sowie die Buchführungspflichten der §§ 238 ff. HGB stehen in einem engen Zusammenhang zu den privatrechtlichen Regelungen des HGB.<sup>6</sup>
- 6 Gemäß Art. 2 I EGHGB findet in Handelssachen das BGB nur insoweit Anwendung, als das HGB keine Sonderregelungen für Handelssachen trifft. Grundsätzlich gelten also die Vorschriften des BGB, welche durch das Handelsrecht teilweise modifiziert werden. Insofern gilt hier der Grundsatz „**lex specialis derogat legi generali**“ („Das speziellere Gesetz verdrängt allgemeinere Gesetze“).
- 7 Dies hat Auswirkungen auf die Fallbearbeitung in einer handelsrechtlich geprägten Klausur: Da das HGB nur vereinzelt eigene Anspruchsgrundlagen<sup>7</sup> enthält, ist Ausgangspunkt der Überlegungen grundsätzlich das BGB. Die handelsrechtlichen Vorschriften werden erst dort relevant, wo sie Modifikationen der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften vorsehen. Die jeweilige Vorschrift des Handelsrechts ist also inzident bei der Tatbestandsvoraussetzung zu prüfen, die sie modifiziert.

**Beispiel:** Hat ein Kaufmann telefonisch gegenüber einer Bank für eine Verbindlichkeit seines Geschäftspartners gebürgt und will die Bank den Kaufmann daraufhin als Bürgen in Anspruch nehmen, ergibt sich die Anspruchsgrundlage aus § 765 I BGB. Da sich der Kaufmann und der Vertreter der Bank telefonisch geeinigt haben, stellt sich allein die Frage nach der Wirksamkeit der Bürgschaftserklärung. Grundsätzlich ist für die Bürgschaftserklärung gemäß § 766 BGB i.V.m. § 126 BGB die Schriftform erforderlich. Diese wurde hier aber nicht eingehalten (selbiges würde gelten, wenn die Bürgschaftserklärung z.B. per Fax oder E-Mail abgegeben worden wäre). An dieser Stelle könnte allerdings § 350 HGB eingreifen, wonach das Schriftformerfordernis des § 766 BGB keine Anwendung findet. § 350 HGB setzt voraus, dass der Bürge Kaufmann und die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft i.S.d. §§ 343, 344 HGB ist. Da diese Voraussetzungen hier gegeben sind, ist der Bürgschaftsvertrag wirksam zustande gekommen. Die Bank kann den Kaufmann daher aus § 765 BGB in Anspruch nehmen.

---

<sup>5</sup> Vgl. K/R/M-Roth, Einl vor § 1 Rn 4.

<sup>6</sup> Vgl. Baumbach-Hopt, Einl v § 1 Rn 1.

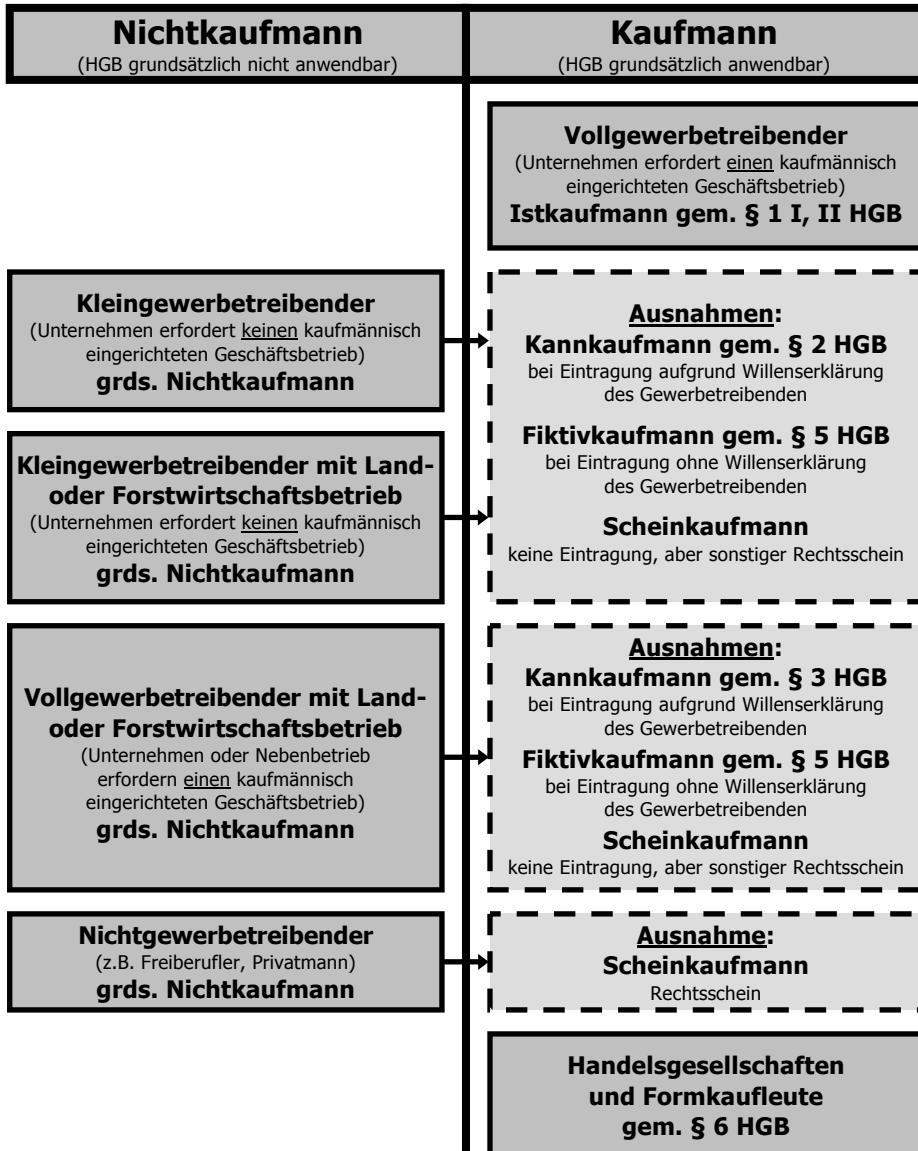
<sup>7</sup> **Merke:** Solche finden sich etwa in § 37 II HGB (Unterlassung), § 353 HGB (Zinsen).

## 2. Teil – Handelsstand (Erstes Buch des HGB)

### A. Kaufmannseigenschaft (§§ 1-7 HGB)

Nach den grundlegenden Begriffen ist nunmehr zu klären, wer Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB ist und somit ein Handelsgewerbe betreibt. Hierzu eine einleitende Übersicht:

28



**Hinweis 1:** Scheinkaufmann und Fiktivkaufmann *sind* keine Kaufleute, sie werden nur *wie Kaufleute behandelt*. Da sie keine „echten“ Kaufleute sind, unterliegen sie nicht allen Kaufmannspflichten (so gelten z.B. die Buchführungspflichten (§§ 238 ff. HGB) und die Strafnormen der §§ 283 ff. StGB nicht). Sie sind aber unter der Überschrift „Kaufmann“ eingeordnet, um zu verdeutlichen, dass das HGB grds. auch auf sie anwendbar ist.

29

**Hinweis 2:** Auch die Vorschrift des § 15 HGB kann eine wichtige Rolle für die Kaufmannseigenschaft spielen (vgl. Rn 143 ff.). Sie ist gegenüber den Tatbeständen der §§ 1, 2, 3, 5 HGB nachrangig zu prüfen, geht aber der Lehre vom Scheinkaufmann vor, da diese als ungeschriebene, allgemeine Rechtsscheinhaftung subsidiär ist.

## I. Vorüberlegung

- 30 Wie § 1 I HGB als Zentralnorm der §§ 1 ff. HGB klarstellt, ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt.<sup>32</sup> Sodann regeln die §§ 1 II, 2, 3 HGB, unter welchen Voraussetzungen ein Gewerbe ein Handelsgewerbe darstellt. Ergänzend regelt § 5 HGB, dass ein Gewerbe (das nicht bereits nach §§ 1, 2, 3 HGB ein Handelsgewerbe ist) als Handelsgewerbe gilt, wenn der Gewerbetreibende im Handelsregister eingetragen ist. Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass überhaupt ein **Gewerbe** vorliegt. Daher ist im Rahmen dieser Vorüberlegung vorab zu klären, wann ein Gewerbe vorliegt (dazu sogleich) und wer als sein Betreiber in Betracht kommt (vgl. Rn 41), denn erst dann lässt sich klären, wann das Gewerbe ein Handelsgewerbe und der Gewerbetreibende ein Kaufmann ist.

### 1. Vorliegen eines Gewerbes

- 31 Der Gewerbebegriff ist zwar für das Handelsrecht nicht gesetzlich definiert, jedoch hat sich folgende Definition herausgebildet:

Nach h.M. liegt ein Gewerbe vor, wenn eine selbstständige, nach außen erkennbare, auf Dauer angelegte (planmäßige) und entgeltliche Tätigkeit am Markt ausgeübt wird und es sich dabei nicht um eine freiberufliche Tätigkeit handelt.<sup>33</sup>

#### a. Selbstständige Tätigkeit

- 32 Zunächst muss es sich bei der ausgeübten Tätigkeit um eine selbstständige Tätigkeit handeln. Dieses Tatbestandsmerkmal hat den Sinn, **unselbstständige** Arbeitnehmer oder Beamte von **selbstständigen** Gewerbetreibenden abzugrenzen. Eine solche Abgrenzung ist jedoch nur bei Einzelpersonen erforderlich, da diese entweder unselbstständig oder selbstständig sind. Handelsgesellschaften sind dagegen stets selbstständig i.S.d. Gewerbebegriffs, selbst wenn sie in einem Konzern verbunden sind und dabei von einem anderen Unternehmen beherrscht werden.<sup>34</sup>
- 33 Der Begriff der Selbstständigkeit ist in § 84 I S. 2 HGB legaldefiniert. Obgleich § 84 HGB unmittelbar nur für die Abgrenzung von unselbstständigen Handlungsgehilfen und selbstständigen Handelsvertretern gilt, lassen sich die dort genannten Kriterien über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus als Abgrenzungsmerkmale mit allgemeiner Wertung bezeichnen.<sup>35</sup> Daher sind sie auf die Abgrenzung von unselbstständigen Arbeitnehmern bzw. Beamten und selbstständigen Gewerbetreibenden übertragbar.

Nach § 84 I S. 2 HGB handelt selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Entscheidend ist dabei das Gesamtbild aller Umstände. Dabei sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung verschiedene Indizien heranzuziehen:<sup>36</sup>

<sup>32</sup> **Merke:** Die zweite Zentralnorm ist § 6 HGB, denn sie begründet die Kaufmannseigenschaft unabhängig vom Vorliegen eines Gewerbes oder Handelsgewerbes allein aufgrund der jeweiligen Gesellschafts- bzw. Rechtsform (vgl. hierzu Rn 115 ff.). Es gibt also letztlich zwei Wege, die Kaufmannseigenschaft zu erwerben: **(1.)** kraft des Betriebs eines Handelsgewerbes und **(2.)** kraft Rechtsform. Vgl. *Canaris*, § 3 Rn 42.

<sup>33</sup> Vgl. *Baumbach-Hopt*, § 1 Rn 12; *Oetker*, § 2 Rn 8; *Canaris*, § 2 Rn 16.

<sup>34</sup> Vgl. auch *Baumbach-Hopt*, § 1 Rn 14; *Jung*, Kap. 2 Rn 6.

<sup>35</sup> Vgl. *BGH ZIP 1998*, 2178; *Baumbach-Hopt*, § 84 Rn 35.

<sup>36</sup> Vgl. *BGH NJW 1998*, 2057, 2058; *BAG DB 1966*, 546, 548; *Baumbach-Hopt*, § 84 Rn 36 m.w.N.

- **Selbstständigkeit:** Für die Selbstständigkeit spricht insbesondere die freie Bestimmbarkeit von Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit und die Art und Weise der Vergütung (z.B. kein festes Gehalt, sondern Bezahlung auf Erfolgsbasis). Zudem sprechen die nur eingeschränkte Weisungsgebundenheit, das Vorliegen eines eigenen Unternehmens sowie das Tragen des Unternehmerrisikos (Kosten und Risiken der Geschäftstätigkeit) für die Selbstständigkeit.
- **Unselbstständigkeit:** Indizien für die Unselbstständigkeit sind dagegen z.B. die Vorgabe von Tätigkeitsort, Arbeitsplan und Arbeitszeit, das Bestehen fester Urlaubszeiten oder die Genehmigungspflichtigkeit von Nebentätigkeiten.

Zu beachten ist allerdings, dass es bei der Frage nach der Selbstständigkeit allein um die **rechtliche Selbstständigkeit**, nicht dagegen um die wirtschaftliche Selbstständigkeit geht.<sup>37</sup> Daher wird ein selbstständiger Gewerbetreibender nicht dadurch unselbstständig, dass er wirtschaftlich von Kreditgebern, Lieferanten oder Kunden abhängig ist.

34

### b. Nach außen erkennbare Tätigkeit am Markt

Weiterhin muss die Tätigkeit nach außen erkennbar sein. Dies ist der Fall, wenn sie nach außen in Erscheinung tritt und sich an eine unbestimmte Zahl Dritter wendet. Die bloße innere Absicht, ein Gewerbe zu betreiben, ist hingegen nicht ausreichend.<sup>38</sup>

35

**Beispiel:** Das heimliche Spekulieren an der Börse stellt kein Gewerbe dar, da es für Dritte nicht erkennbar ist. Selbiges gilt für die reine Vermögensverwaltung, da dies eine private Tätigkeit ist.<sup>39</sup> Dagegen sind z.B. das Handeln mit Waren o.ä. eine nach außen erkennbare Tätigkeit am Markt.

### c. Auf Dauer angelegt (planmäßig)

Zudem muss die Tätigkeit **planmäßig** ausgeübt werden. Dies ist der Fall, wenn sie **auf Dauer angelegt** ist, d.h. der Handelnde die Absicht hat, eine unbestimmte Vielzahl von Geschäftsabschlüssen zu tätigen. Dies lässt sich wie folgt konkretisieren:

36

- Nicht ausreichend ist es, wenn lediglich einmalig oder gelegentlich Geschäfte getätigt werden sollen. Selbst wenn es dann („ungeplant“) zu weiteren Geschäftsabschlüssen kommt, genügt dies nicht zur Bejahung der Planmäßigkeit.
- Wurde die Absicht zum Abschluss einer unbestimmten Vielzahl von Geschäften gefasst und entsprechende Geschäfte abgeschlossen, sind diese von der Planmäßigkeit erfasst, selbst wenn danach („ungeplant“) keine weiteren Geschäfte folgen oder die (auf Dauer angelegte) Geschäftstätigkeit gänzlich eingestellt wird.<sup>40</sup>
- Die Tätigkeit muss auch nicht über lange Zeit hinweg oder ununterbrochen ausgeübt werden. Es genügt vielmehr bereits, wenn die Tätigkeit (planmäßig) nur auf begrenzte Zeit ausgeübt wird, wie dies z.B. bei Messen oder Märkten der Fall ist. Auch Unterbrechungen der Tätigkeit sind unschädlich und tun der Planmäßigkeit keinen Abbruch, solange die entsprechende Absicht zum Abschluss einer unbestimmten Vielzahl von Geschäften besteht. Ein Beispiel hierfür sind saisonale Tätigkeiten (z.B. Surfschule, die nur in der Sommerzeit betrieben wird).<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Vgl. *Jung*, Kap. 2 Rn 6.

<sup>38</sup> Vgl. *K/R/M-Roth*, § 1 Rn 6; *Canaris*, § 2 Rn 7.

<sup>39</sup> Vgl. BGHZ **74**, 273, 276 f.; *Staub-Brüggemann*, § 1 Rn 8.

<sup>40</sup> Vgl. *Baumbach-Hopt*, § 1 Rn 13; *Steinbeck*, § 8 Rn 5.

<sup>41</sup> Vgl. *K/R/M-Roth*, § 1 Rn 7.

37

**Hinweis:** In der Praxis entscheidet häufig die planmäßig dauerhafte Ausübung der Tätigkeit über die Frage, ob jemand Gewerbetreibender (und ggf. sogar Kaufmann) ist. Dies wird besonders deutlich am Beispiel der **Internet-Auktionsplattform eBay**, über die jedermann Verkäufe tätigen kann: Tätigt der eBay-Verkäufer nur zusammenhangslose Privatverkäufe, ist er kein Gewerbetreibender.

Liegt jedoch eine planmäßig auf Dauer ausgerichtete Tätigkeit vor, ist er regelmäßig Gewerbetreibender, auch wenn er die eBay-Verkäufe nur nebenberuflich tätigt. In dem Fall bedarf er einer Gewerbeanmeldung und unterliegt bestimmten Informationspflichten, wie z.B. der Impressumspflicht nach § 5 TMG (Telemediengesetz) oder den Unterrichtungspflichten gem. § 312c BGB bei Fernabsatzverträgen. Ist der eBay-Verkäufer Gewerbetreibender und verstößt er gegen die daraus folgenden Pflichten, droht u.U. eine kostenintensive **Abmahnung** wegen eines Wettbewerbsverstoßes. Eine Abmahnung ist gem. § 12 I S. 1 UWG ein Mittel zur außergerichtlichen Streitbeilegung, durch das der Abmahnungsberechtigte (z.B. jeder Mitbewerber, Verbraucherschutz- und Wirtschaftsverbände usw., vgl. § 8 III UWG) den Gewerbetreibenden auf Abgabe einer mit einer Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung in Anspruch nimmt. Hierfür kann der Abmahnungsberechtigte gem. § 12 I S. 2 UWG Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (sofern die Abmahnung berechtigt ist). Insbesondere wenn der Abmahnungsberechtigte einen Rechtsanwalt mit der Abmahnung beauftragt hat, sind die Kosten für den Rechtsanwalt ersatzfähige Aufwendungen in diesem Sinne. Da der Rechtsanwalt seine Tätigkeit nach dem RVG (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz) abrechnet und vom Gericht nicht selten Streitwerte von 10.000,- Euro oder mehr festgesetzt werden, können dem Gewerbetreibenden erhebliche Kosten entstehen, wenn er seine gewerblichen Pflichten missachtet. Dabei schützt auch Unwissenheit den Gewerbetreibenden regelmäßig nicht. Ob der Gewerbetreibende überdies Kaufmann ist und sich folglich im Handelsregister eintragen lassen muss, bemisst sich nach §§ 1 ff. HGB (Rn 28 ff.).

#### d. Entgeltlichkeit der Tätigkeit

38

Vor allem **Rspr.** stellt auf das Kriterium der **Gewinnerzielungsabsicht** ab, d.h. der Unternehmer muss die Absicht haben, nach Deckung aller Kosten einen wirtschaftlichen Ertrag (Gewinne) aus der Tätigkeit zu ziehen (ob auch tatsächlich Gewinne erwirtschaftet werden oder der erzielte Gewinn Haupteinnahmequelle ist, ist unerheblich).<sup>42</sup> Nach dieser Auffassung muss der Unternehmer also nicht nur entgeltlich am Markt tätig werden, sondern dies gerade zur Erwirtschaftung von Gewinnen tun. Nicht vom Gewerbebegriff erfasst sind hiernach also Unternehmen, die nur zur Kostendeckung arbeiten und mithin keinen Gewinn erwirtschaften (z.B. karitative und gemeinnützige Unternehmen). Die **h.L.** vertritt dagegen zu Recht, dass es lediglich auf die **Entgeltlichkeit** der Leistung ankommt, und nicht darauf, ob Gewinne erzielt werden oder erzielt werden sollen.<sup>43</sup> Hierfür spricht vor allem, dass die bloß interne Absicht zur Gewinnerzielung nicht darüber entscheiden kann, ob das Unternehmen den Regelungen des HGB unterworfen ist oder nicht, denn die interne Absicht ist für den Rechtsverkehr regelmäßig nicht erkennbar. Es ist also objektiv darauf abzustellen, ob für die unternehmerische Tätigkeit ein ernst gemeintes (nicht notwendig kostendeckendes) Entgelt verlangt wird, denn anderenfalls wäre der Gewerbebegriff zu eng. Nach dieser Auffassung sind also auch karitative und gemeinnützige Unternehmen, und auch (bewusst) defizitär geführte Unternehmen (z.B. Konzerntöchter) vom Gewerbebegriff erfasst.<sup>44</sup> Die Gewinnerzielungsabsicht ist somit keine Voraussetzung, sie dient allenfalls als Indiz für das Vorliegen eines Gewerbes.

<sup>42</sup> Vgl. BGHZ 33, 321, 325; 36, 273, 276; 83, 382, 386; 95, 155, 157 f.

<sup>43</sup> Vgl. *Canaris*, § 2 Rn 14; *K. Schmidt*, § 9 IV 2 d; *Baumbach-Hopt*, § 1 Rn 16; *K/R/M-Roth*, § 1 Rn 10.

<sup>44</sup> Vgl. *MüKoHGB-K. Schmidt*, § 1 Rn 31; *Baumbach-Hopt*, § 1 Rn 16 m.w.N.

### e. Keine freiberufliche Tätigkeit

Als negative Tatbestandsvoraussetzung ist schließlich zu beachten, dass es sich nicht um eine **freiberufliche, künstlerische** und **wissenschaftliche Tätigkeit** handeln darf. Der Grund hierfür ist, dass diese Tätigkeiten durch die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art gekennzeichnet sind und daher nach dem historisch gewachsenen Berufsbild sowie der Verkehrsanschauung kein Gewerbe darstellen.<sup>45</sup>

Wer zu den freien Berufen gehört und gerade nicht unter den Gewerbebegriff fällt, ist in einigen Fällen spezialgesetzlich geregelt.<sup>46</sup> Anhaltspunkte für Freiberufler ergeben sich auch aus § 1 II PartGG, wobei die dortige Aufzählung allerdings nicht abschließend ist und nicht bindend für den Gewerbebegriff des Handelsrechts ist.<sup>47</sup> Ansonsten ist für das Vorliegen eines freien Berufs maßgebend, ob eine **Dienstleistung höherer Art**, also die **höchstpersönliche Leistung** im Vordergrund steht.<sup>48</sup> Problematisch sind unter Umständen aber die Fälle, in denen die an sich freiberufliche Tätigkeit im Rahmen eines gewerblichen Unternehmens betrieben wird.<sup>49</sup> In diesen Fällen ist wie folgt vorzugehen:

- Lassen sich die freiberufliche und die gewerbliche Tätigkeit eindeutig voneinander trennen (z.B. wenn es sich um mehrere, organisatorisch getrennte Unternehmen handelt), kann der Betreiber für das eine (gewerbliche) Unternehmen Kaufmann und für das andere (freiberufliche) Unternehmen Nichtkaufmann sein. Es findet also eine getrennte Beurteilung statt.
- Handelt es sich dagegen um sog. **gemischte Betriebe**, bei denen eine solche Trennung nicht möglich ist, ist nach der Verkehrsanschauung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu prüfen, ob der **Schwerpunkt** auf der freiberuflichen oder der gewerblichen Tätigkeit liegt.<sup>50</sup> Generell lässt sich folgendes sagen: Je mehr die freiberufliche Tätigkeit von der gewerblichen überlagert wird, desto eher ist das Unternehmen als Gewerbebetrieb anzusehen.

**Beispiel:** Ärztliche Privatkliniken, kommerziell betriebene Kunst (z.B. Serienproduktion), von Architekten betriebene Hausverwaltungen oder juristische Repetitorien sind Gewerbebetriebe, obwohl die Leistung von Freiberuflern (hier Ärzten, Künstlern, Architekten und Rechtsanwälten) erbracht wird. Grund dafür ist das Gesamtbild des Unternehmens nach der Verkehrsanschauung, wonach die freiberufliche Betätigung durch die gewerblichen Elemente zurückgedrängt ist. Da diese Freiberufler Gewerbebetreibende sind, können sie (unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 1 ff. HGB) auch Kaufleute sein.<sup>51</sup>

**Hinweis:** Schließlich sei darauf hingewiesen, dass es nicht auf die Zulässigkeit, Einklagbarkeit oder Erlaubtheit der Tätigkeit oder die Wirksamkeit der getätigten Geschäfte ankommt:<sup>52</sup>

⇒ **Zulässigkeit:** Unstreitig ist, dass die Zulässigkeit nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften unerheblich ist (§ 7 HGB). **Beispiel:** A betreibt eine Spielhalle, ohne die nach § 33i I GewO erforderliche Erlaubnis der Behörde. Gleichwohl ist die Spielhalle ein Gewerbe, da dieser Verstoß nach § 7 HGB unbeachtlich ist.

⇒ **Erlaubtheit und Wirksamkeit der Geschäfte:** Ob die Erlaubtheit der Tätigkeit bzw. die Wirksamkeit der getätigten Geschäfte Voraussetzung des Gewerbebegriffs

<sup>45</sup> Vgl. *Canaris*, § 2 n 8.

<sup>46</sup> **Merke:** Hierzu gehören z.B. § 1 II BÄO (Ärzte), § 2 I, II BRAO (Rechtsanwälte), § 2 S. 3 BNotO (Notare), § 1 II S. 2 WirtschaftsprüferO (Wirtschaftsprüfer), § 32 II S. 2 SteuerberG (Steuerberater).

<sup>47</sup> Vgl. *Oetker*, § 2 Rn 15.

<sup>48</sup> Vgl. *Canaris*, § 2 Rn 10.

<sup>49</sup> Vgl. *Baumbach-Hopt*, § 1 Rn 20, 28 f.; *K. Schmidt*, § 9 IV 2 a cc; *Canaris*, § 2 Rn 11; *K/R/M-Roth*, § 1 Rn 15.

<sup>50</sup> Vgl. *MüKoHGB-K. Schmidt*, § 1 Rn 35 m.w.N.

<sup>51</sup> Vgl. *Baumbach-Hopt*, § 1 Rn 20.

<sup>52</sup> Vgl. *Baumbach-Hopt*, § 1 Rn 20.

ist, ist umstritten. **Teilweise** wird dies bejaht, weil dem Betreiber gesetzes- oder sittenwidriger Geschäfte (z.B. Wucher, Hehlerei, Drogenhandel) die Vorteile der Kaufmannseigenschaft nicht zustehen sollen; nur die Nachteile sind ggf. über die Grundsätze zum Scheinkaufmann anzuwenden.<sup>53</sup> **Überwiegend** wird dies aber verneint, weil der Normzweck der handelsrechtlichen Vorschriften<sup>54</sup> unabhängig von der Erlaubtheit oder Wirksamkeit der Geschäfte greift und es nicht Aufgabe des Handelsrechts ist, „Gut und Böse“ zu trennen.<sup>55</sup> Außerdem koppelt § 7 HGB den Gewerbebegriff auch von der Zulässigkeit nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften ab, sodass dies auch für die Zulässigkeit nach sonstigen Vorschriften gelten muss (Warum sollte ein Kneipenwirt ohne Gaststättenerlaubnis Gewerbebetreibender sein, ein Kredithai mit seinen wucherischen Krediten hingegen nicht?). Überdies ist der Rechtsverkehr besser geschützt, wenn man einen gesetzes- oder sittenwidrig Handelnden in den Gewerbebegriff einbezieht, da die Scheinkaufmannseigenschaft nur unter engen Voraussetzungen greift (erforderlich sind z.B. Rechtsschein und Kenntnis desselben, konkrete Kausalität und Gutgläubigkeit, vgl. Rn 95 ff.). Das bedeutet: Nur wenn man dieser Auffassung folgt, kann man einen wucherisch tätigen Kredithai, der sich in keiner Weise als Kaufmann geriert (also keinen Rechtsschein gesetzt) hat, an seiner mündlichen Bürgschaftserklärung (§ 350 HGB) oder seinem Schweigen (§ 362 HGB) festhalten und nur dann unterliegt er den strafbewehrten Buchführungspflichten der §§ 238 ff. HGB, §§ 283 ff. StGB. Insofern sollte dieser Auffassung gefolgt werden.

⇒ **Einklagbarkeit:** Schließlich ist es für die Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit auch unerheblich, ob die Ansprüche aus der Geschäftstätigkeit einklagbar sind, d.h. auch ein Ehemakler, dessen Maklerlohn nach § 656 I BGB nicht einklagbar ist, ist Gewerbebetreibender.<sup>56</sup>

## 2. Betreiber eines Gewerbes

- 41 Liegt also ein Gewerbe vor, ist zu klären, wer sein Betreiber ist, denn Kaufmann ist nur der **Betreiber** eines Gewerbes (**Unternehmensträger**). Wie oben bereits angesprochen, ist derjenige Betreiber (Unternehmensträger), in dessen Namen die abgeschlossenen Geschäfte getätigt werden und den die **Rechte und Pflichten** aus den geschlossenen Geschäften treffen, d.h. der persönlich für die Verbindlichkeiten haftet.<sup>57</sup>

Dabei kommt es allerdings nicht auf die eigentumsrechtliche Lage an: Unternehmensträger kann sowohl der ein Handelsgewerbe selbst betreibende **Eigentümer**, als auch derjenige sein, der ein fremdes Unternehmen eigenverantwortlich führt, wie z.B. der **Pächter**, denn bei der Unternehmenspacht wird allein der Pächter aus den Geschäften berechtigt oder verpflichtet, nicht hingegen der Verpächter.<sup>58</sup> Selbiges gilt für Unternehmensnießbrauch, sofern dem **Nießbraucher** die eigenverantwortliche Leitung des Unternehmens übertragen worden ist und dies auch nach außen erkennbar ist (nicht ausreichend ist z.B. Ertragsnießbrauch, da hier der Nießbrauch nur am Ertrag besteht und der ursprüngliche Betreiber den Gewerbebetrieb nach außen weiterführt).<sup>59</sup> Als Unternehmensträger (Gewerbebetreibende) kommen folgende Rechtssubjekte in Betracht:

- 42 **a. Natürliche Personen:** Natürliche Personen können ein (oder mehrere) Gewerbe betreiben und damit Kaufmann sein. Dabei kommt es nicht auf die Geschäftsfähigkeit,

<sup>53</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 24; Staub-Brüggemann, § 1 Rn 17.

<sup>54</sup> **Merke:** Gemeint sind z.B.: Rügeobliegenheit (§ 377 HGB), weitgehende Bedeutung von Schweigen (z.B. § 362 HGB), Buchführungspflichten (§§ 238 ff. HGB), Entbehrlichkeit des Schriftformerfordernisses (§ 350 HGB) usw.

<sup>55</sup> Vgl. Baumbach-Hopt, § 1 Rn 12, 21; K/R/M-Roth, § 1 Rn 11; Canaris, § 2 Rn 13; K. Schmidt, § 9 IV 2b; Oetker, § 2 Rn 17; Hübner, Rn 31.

<sup>56</sup> Vgl. MüKoHGB-K. Schmidt, § 1 Rn 21.

<sup>57</sup> Vgl. Baumbach-Hopt, § 1 Rn 30.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu auch Rn 191 ff.

<sup>59</sup> Vgl. BayObLG BB 1973, 956 f.; Baumbach-Hopt, § 1 Rn 30 ff.

## B. Handelskauf (§§ 373-381 HGB)

### 1. Anwendbarkeit

**587** Nachdem die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte ausführlich besprochen wurden, ist nunmehr auf den Handelskauf als ein „besonderes Handelsgeschäft“ einzugehen. Der Handelskauf ist in §§ 373-381 HGB geregelt, beruht aber im Kern auf den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zum Kaufvertrag, insbesondere dem Mängelgewährleistungsrecht der §§ 433 ff. BGB, und dem allgemeinen Schuldrecht.

Die Vorschriften der §§ 373-381 HGB beinhalten lediglich Sonderregeln für Annahmeverzug (vgl. Rn 589), Bestimmungskauf (vgl. Rn 603) und Fixhandelskauf (vgl. Rn 608). Die Anwendbarkeit dieser Sonderregeln setzt voraus, dass es sich um einen **Handelskauf** handelt, wofür folgende Voraussetzungen erfüllt sein müssen:

- **Kaufvertrag:** Erstens müssen die Vertragsparteien einen **Kaufvertrag** i.S.d. §§ 433 ff. BGB geschlossen haben. Dem gleichgestellt sind Verträge, auf die das Kaufrecht entsprechende Anwendung findet, wie dies etwa beim **Tausch** gem. § 480 BGB und beim **Werklieferungsvertrag** gem. § 651 BGB (vgl. auch § 381 II HGB) der Fall ist.
- **Waren oder Wertpapiere:** Zweitens muss der Vertrag Waren (oder Wertpapiere, vgl. § 381 I HGB) zum Vertragsgegenstand haben. **Waren** sind grundsätzlich alle bewegliche Sachen, nicht aber Gegenstände, die keine Sachen i.S.d. § 90 BGB sind (z.B. Rechte, Forderungen, Geschäftsanteile einer Gesellschaft), und unbewegliche Sachen (z.B. Grundstücke). Unerheblich ist, ob es sich um eine Stückschuld oder eine Gattungsschuld handelt, denn maßgebend ist nur, dass es eine bewegliche Sache ist.<sup>1080</sup> **Wertpapiere** sind alle marktgängigen Wertpapiere (z.B. Inhaberschuldverschreibungen, Orderpapiere, Aktien), nicht aber z.B. hypothekarisch gesicherte Forderungen, GmbH-Anteile).<sup>1081</sup>
- **Handelsgeschäft:** Drittens muss der Kaufvertrag zumindest für eine Partei ein Handelsgeschäft i.S.d. §§ 343, 344 HGB darstellen, d.h. mindestens eine Partei muss Kaufmann i.S.d. §§ 1-6 HGB<sup>1082</sup> und das Geschäft betriebszugehörig sein. Da also grundsätzlich ein einseitiges Handelsgeschäft genügt (§ 345 HGB), kann die andere Vertragspartei z.B. auch ein Verbraucher oder ein nichtgewerblicher Unternehmer (z.B. Freiberufler) sein. Insofern haben die Vorschriften der §§ 373 ff. HGB in der Praxis einen weiten Anwendungsbereich, denn regelmäßig kaufen Verbraucher von einem Kaufmann (z.B. Lebensmittel, Elektronik usw.). Zu beachten ist allerdings, dass es vor allem bei §§ 377-379 HGB nicht ausreicht, wenn lediglich ein einseitiges Handelsgeschäft vorliegt, denn dort fordert das Gesetz ausdrücklich einen beiderseitigen Handelskauf.

**588** Neben den kaufrechtlichen Vorschriften der §§ 433 ff. BGB und den Sonderregeln der §§ 373 ff. HGB sind auch die **allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte** gem. §§ 343 ff. HGB zu berücksichtigen. Vgl. hierzu bereits ausführlich Rn 478 ff. Überdies ist das einheitliche **UN-Kaufrecht** als Rechtsquelle zu nennen, das das Kaufrecht mit Auslandsbezug prägt. So enthalten etwa Art. 85-88 CISG Vorschriften, die den Vorschriften der §§ 373, 374 HGB (i.V.m. §§ 372 ff., 383 ff. BGB) weitgehend entsprechen.<sup>1083</sup> Da das UN-Kaufrecht jedoch keine Prüfungsrelevanz besitzt, ist hierauf nicht näher einzugehen.

<sup>1080</sup> Vgl. Baumbach-*Hopt*, Vor § 373 Rn 8.

<sup>1081</sup> Vgl. K/R/M-*Roth*, § 381 Rn 1.

<sup>1082</sup> **Merke:** Dem gleichgestellt sind die in §§ 383 II, 407 III, 453 III, 467 III HGB genannten Personen.

<sup>1083</sup> Vgl. Heymann-*Emmerich/Hoffmann*, Vor § 373 Rn 17 ff.; §§ 373, 374 Rn 5.

**2. Annahmeverzug des Käufers (§§ 373 f. HGB)**

Die §§ 373 f. HGB erweitern die Befugnisse des Schuldners (Verkäufers) bei Annahmeverzug des Gläubigers (Käufers). Auszugehen ist von den Vorschriften des BGB. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Annahmeverzugs sind allgemein in §§ 293-304 BGB geregelt. Sie finden auch im Handelsrecht Anwendung (§ 374 HGB).

589

**Voraussetzungen des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB)**

1. Schuldverhältnis
2. Leistungsberechtigung des Schuldners (§ 271 BGB)
3. Ordnungsgemäßes Angebot der Leistung: tatsächlich (§ 294 BGB), wörtlich (§ 295 BGB), entbehrlich (§ 296 BGB)
4. Keine Unmöglichkeit der Leistung (§ 297 BGB)
5. Nichtannahme der ordnungsgemäßen Leistung (§ 293 BGB)
6. Kein Fall von vorübergehender Annahmeverhinderung (§ 299 BGB)

**Rechtsfolgen des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB)**

1. **§ 300 I BGB:** Schuldner haftet nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.
2. **§ 300 II BGB:** Leistungsgefahr für Gattungsschulden geht auf den Gläubiger über.
3. **§ 301 BGB:** Schuldner hat keine Zinsen zu entrichten.
4. **§ 302 BGB:** Schuldner muss nur gezogene Nutzungen (§ 100 BGB) herausgeben.
5. **§ 303 BGB:** Schuldner kann Besitz an einem Grundstück usw. „aufgeben“.<sup>1084</sup>
6. **§ 304 BGB:** Schuldner kann Mehraufwendungen ersetzt verlangen
7. **§ 326 II S. 1 BGB:** Schuldner (Verkäufer) behält seinen Anspruch auf die Gegenleistung (Kaufpreis), wenn er die Unmöglichkeit der Lieferung nicht zu vertreten hat und der Gläubiger (Käufer) im Annahmeverzug ist.
8. **§§ 372-382 BGB Hinterlegung von beweglichen Sachen (vgl. Rn 591)**
9. **§§ 383-386 BGB Versteigerung von beweglichen Sachen (vgl. Rn 596)**
10. Schließlich können auch die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs greifen, wenn neben dem Annahmeverzug auch die Voraussetzungen des § 286 BGB erfüllt sind.<sup>1085</sup>

§ 373 BGB erweitert die Befugnisse des Schuldners (Verkäufers), indem er die **Hinterlegung** und die **Versteigerung** von beweglichen Sachen unter erleichterten Voraussetzungen zulässt. Dass die Befugnisse des Verkäufers gerade in Bezug auf Hinterlegung und Versteigerung erweitert wurden, erklärt sich aus dem Umstand, dass gerade bewegliche Sachen Gegenstand des Handelsverkehrs sind und es der Einfachheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs dient, wenn sich der Verkäufer einfacher und schneller der verkauften Sache „entledigen“ und sich damit von der Gefahr- und Kostentragung befreien kann, wenn sich der Käufer im Annahmeverzug befindet und die Kaufsache pflichtwidrig nicht abnimmt.

590

<sup>1084</sup> **Merke:** Durch die Aufgabe des Besitzes kann sich der zur Übertragung des Besitzes an einem Grundstück, eingetragenen Schiff oder Schiffsbauwerk Verpflichtete von seiner Besitzübertragungspflicht befreien (eine etwaige Übereignungspflicht besteht allerdings fort). Überdies wird er hierdurch von der Haftung für das weitere Schicksal des Grundstücks frei. Bei beweglichen Sachen kommen Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf in Betracht. Vgl. Palandt-*Heinrichs*, § 303 Rn 1 f.

<sup>1085</sup> **Merke:** Grundsätzlich ist die Abnahme i.S.d. § 433 II BGB nur eine Nebenpflicht. Sie kann aber durch Parteivereinbarung zur Hauptpflicht „aufsteigen“. Dies ist etwa der Fall, wenn der Verkäufer ein Interesse an der Abnahme hat (Bsp.: Lager-/ Räumungsverkauf, durch den der Verkäufer Verkaufsräume und Lager leeren will). Eine Verletzung kann Schadensersatz neben der Leistung (§§ 280 I, II, 286 BGB), Rücktritt (§§ 346, 323 BGB) oder/und Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 BGB) zur Folge haben. Vgl. Baumbach-*Hopt*, § 374 Rn 7.

#### 4. Fixhandelskauf (§ 376 HGB)

Wurde ein Handelskauf geschlossen und als relatives Fixgeschäft ausgestaltet, wird § 376 HGB relevant. Da dieser aber wiederum Vorschriften des BGB modifiziert, sind zuerst einige allgemeine Erläuterungen zu Fixgeschäften im BGB erforderlich, um dann auf die Besonderheiten des § 376 HGB eingehen zu können.

##### Fixgeschäfte im BGB

**1. Relatives Fixgeschäft:** Ein relatives Fixgeschäft liegt vor, wenn der Vertrag mit der Einhaltung der Leistungszeit „stehen und fallen“ soll, d.h. die Einhaltung der Leistungszeit für die Parteien so wichtig ist, dass die verspätete Leistung eine „nicht ordnungsgemäße Leistung“ i.S.d. §§ 323 I, 281 I BGB darstellt. Ein relatives Fixgeschäft liegt also erst vor, wenn die Leistungszeit genau bestimmt ist **und** der Gläubiger sein Leistungsinteresse im Vertrag an die Rechtzeitigkeit der Leistung geknüpft hat. In dem Fall kommen Rücktritt oder/und (vgl. § 325 BGB) Schadensersatz statt der Leistung in Betracht: Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung setzen allerdings grundsätzlich den fruchtlosen Ablauf einer angemessenen **Nachfrist** voraus (vgl. §§ 323 I, 281 I BGB). Wann eine Nachfristsetzung **entbehrlich** ist, ist in §§ 323 II, 281 II BGB geregelt. Für den Rücktritt ordnet § 323 II Nr. 2 BGB im Falle eines relativen Fixgeschäfts ausdrücklich die Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung an. Da eine vergleichbare Regelung in § 281 II BGB fehlt, kann beim Schadensersatz statt der Leistung nur in engen Ausnahmefällen von der Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung ausgegangen werden, nämlich wenn besondere Umstände im Rahmen einer Interessenabwägung die Nachfristsetzung entbehrlich erscheinen lassen (so z.B. wenn der Schuldner ins Ausland zieht und dem Gläubiger seine neue Anschrift nicht mitteilt).<sup>1111</sup> Das bedeutet folgendes: Bei Vorliegen eines relativen Fixgeschäfts kann der Käufer stets ohne Nachfrist zurücktreten. Schadensersatz statt der Leistung kann er dagegen grundsätzlich nur nach Fristsetzung verlangen (außer es greift § 376 I HGB ein, siehe sogleich).

**2. Absolutes Fixgeschäft:** Ein absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn die Einhaltung der Leistungszeit derart wichtig ist, dass eine verspätete Leistung für den Gläubiger „wertlos“ ist. Das Interesse des Gläubigers an der Leistung entfällt hier also vollständig, wenn die Leistung nicht rechtzeitig erbracht wird. Die Leistungserbringung ist also unaufschiebbar und kann auch nach Ablauf der Leistungszeit nicht mehr nachgeholt werden. Daher führt ein absolutes Fixgeschäft zum Untergang der Leistungspflicht wegen **Unmöglichkeit** gem. § 275 I BGB. Typische Beispiele sind etwa die Lieferung des Weihnachtsbaums spätestens zu Heiligabend, die Lieferung des Hochzeitskleids spätestens zum Tag der Hochzeit oder der Verkauf von Losen bis zur Ziehung sowie die Hotelreservierung für eine termingebundene Veranstaltung.

**Sinn und Zweck** des § 376 HGB ist, die Rechte des Käufers zu erweitern und ihm eine rasche Abwicklung des Geschäfts zu ermöglichen, wenn ein relatives Fixgeschäft vorliegt und der Verkäufer die Leistung gleichwohl verspätet erbringt.<sup>1112</sup> Damit fördert § 376 HGB letztlich auch Schnelligkeit und Einfachheit des Handelsverkehrs. Diesen Normzweck erreicht § 376 HGB durch folgende Regelungen:

- **Schnelleres Erlöschen des Erfüllungsanspruchs:** Gemäß § 376 I S. 2 HGB bleibt der Erfüllungsanspruch nur bestehen, wenn der Gläubiger sofort nach Fristablauf auf Erfüllung besteht, d.h. der Erfüllungsanspruch erlischt, wenn er dies unterlässt. Nach Vorschriften des BGB würde er dagegen erst erlöschen, wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 281 IV BGB) oder zurücktritt (§ 323 I BGB).
- **Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung:** Weiterhin kann der Gläubiger zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Eine Nachfristsetzung ist hier also (auch für Schadensersatz statt der Leistung) nicht erforderlich.

<sup>1111</sup> Vgl. Palandt-*Heinrichs*, § 281 Rn 15.

<sup>1112</sup> Vgl. K/R/M-*Roth*, § 376 Rn 3.

- **Einfachere Berechnung des Schadens:** Schließlich erleichtert § 376 II-IV HGB die Schadensberechnung, wenn Schadensersatz statt der Leistung verlangt wird.

#### a. Voraussetzungen

610 Die Anwendbarkeit von § 373 HGB setzt wiederum einen **Handelskauf** voraus (vgl. Rn 587). Im Übrigen richten sich die **Voraussetzungen** nach § 376 I HGB:

- **Relatives Fixgeschäft:** Zunächst muss es sich um ein relatives Fixgeschäft handeln. Wie bereits angesprochen, setzt dies zweierlei voraus: **(1.)** Die Parteien müssen eine genaue Lieferzeit und Lieferfrist vereinbaren. Der zeitliche Rahmen muss also genau fixiert sein. Dies ist z.B. nicht der Fall, wenn die Leistung lediglich „prompt, schnell, schnellstmöglich oder sofort“ erfolgen soll, denn hier ist der Schuldner nur zu schneller, nicht aber zu termingenaue Lieferung verpflichtet. Die Frist kann auch von einem künftigen Ereignis abhängig gemacht werden (z.B. Abruf durch den Käufer oder Kündigung des Gläubigers). Die Lieferzeit bzw. Lieferfrist muss so bestimmt bzw. bestimmbar sein, dass der Schuldner keinen Spielraum hat.<sup>1113</sup> **(2.)** Weiterhin müssen die Parteien darüber einig sein, dass der Vertrag mit der Einhaltung der Lieferzeit /-frist stehen und fallen soll. Voraussetzung ist also, wie dies in § 323 II Nr. 2 BGB ausdrücklich geregelt ist, dass der Gläubiger sein Leistungsinteresse an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat. Obwohl § 376 I S. 1 HGB dieses Einigsein der Parteien nach seinem Wortlaut nicht voraussetzt, ist dies gleichwohl Voraussetzung für das Vorliegen eines Fixgeschäfts.<sup>1114</sup> Ob die Parteien sich hierüber einig sind, ist – wenn keine ausdrückliche Abrede vorliegt – durch Auslegung unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln. Klauseln und Formeln kann hierbei Indizwirkung zukommen (z.B. „genau“, „fix“, „präzise“, „spätestens“).<sup>1115</sup>
- **Kein absolutes Fixgeschäft:** Weiterhin darf kein absolutes Fixgeschäft vorliegen. Wie bereits erwähnt, liegt ein solches vor, wenn die Leistungszeit so wichtig ist, dass das Gläubigerinteresse nach Termin-/ Fristablauf gänzlich entfällt.
- **Verspätete Leistung:** Schließlich muss verspätet bzw. gar nicht geleistet sein.

#### b. Rechtsfolgen

##### aa. Erlöschen oder Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs

611 Gemäß § 376 I S. 2 HGB kann der Gläubiger nur (noch) Erfüllung vom Schuldner verlangen, wenn er sofort nach Ablauf der Lieferzeit oder Lieferfrist dem Schuldner anzeigt, dass er auf Erfüllung bestehe, d.h. der Erfüllungsanspruch (Primäranspruch) erlischt mit Ablauf der vereinbarten Lieferzeit bzw. Lieferfrist, es sei denn, der Gläubiger macht sofort durch eine entsprechende Anzeige deutlich, dass er trotz Verspätung der Leistung noch auf den Erhalt der Leistung bestehe. Die Anzeige ist eine empfangsbedürftige, formlos mögliche Willenserklärung. Es genügt nicht, wenn die Anzeige nur unverzüglich i.S.d. § 121 BGB (ohne schuldhaftes Zögern) erfolgt, sondern muss „sofort“ nach Ablauf der Leistungszeit oder Leistungsfrist erfolgen. Der Gläubiger soll nicht die Möglichkeit haben, die (Preis-) Entwicklung am Markt abzuwarten und sein Verhalten daran auszurichten. Zeigt der Gläubiger sein Begehren sofort an, wandelt sich der Fixhandelskauf in einen normalen Kaufvertrag um.<sup>1116</sup> Anderenfalls erlischt der Erfüllungsanspruch.<sup>1117</sup>

<sup>1113</sup> Vgl. Heymann-Emmerich/Hoffmann, § 376 Rn 5; K/R/M-Roth, § 376 Rn 4.

<sup>1114</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 185 f.; Heymann-Emmerich/Hoffmann, § 376 Rn 6.

<sup>1115</sup> Vgl. K/R/M-Roth, § 376 Rn 5 m.w.N.

<sup>1116</sup> Vgl. hierzu Baumbach-Hopt, § 376 Rn 9; K/R/M-Roth, § 376 Rn 7.

<sup>1117</sup> **Merke:** Nach BGB-Vorschriften erlischt der Erfüllungsanspruch dagegen erst mit dem Schadensersatzbegehren statt der Leistung (§ 281 IV BGB) oder der Erklärung des Rücktritts (§§ 323, 349 BGB).

**bb. Rücktritt vom Vertrag**

Weiterhin kann der Gläubiger gem. § 376 I S. 1 HGB zurücktreten. Einer Nachfristsetzung bedarf es also nicht. Da aber bereits § 323 II Nr. 2 BGB eine solche entbehrlich macht, ergibt sich insoweit nichts Neues. Der Rücktritt ist also allein aufgrund der verspäteten Leistung des Schuldners möglich. Zu beachten ist allerdings, dass § 323 IV, V, VI BGB ebenfalls zur Anwendung kommen. Das Rücktrittsrecht entfällt also etwa, wenn der Gläubiger (Käufer) die Verspätung allein oder weit überwiegend zu vertreten hat oder wenn der Schuldner (Verkäufer) nur eine Teilleistung erbringt und der Käufer hieran kein Interesse hat oder wenn die Verspätung nur unerheblich ist.<sup>1118</sup> Darüber hinaus entfällt das Rücktrittsrecht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn z.B. der Käufer die verspätet gelieferte Leistung abnimmt und weiterverkauft.<sup>1119</sup> Grundsätzlich kann der Gläubiger (Käufer) erst nach Ablauf der Lieferzeit bzw. -frist zurücktreten, gem. § 323 IV BGB allerdings auch schon vorher, wenn offensichtlich ist, dass die Leistung nicht rechtzeitig erfolgen wird (z.B. weil der Verkäufer nicht rechtzeitig leisten kann oder will). Zur Ausübung des Rücktritts gelten die allgemeinen Vorschriften.

612

**cc. Schadensersatz statt der Leistung**

Schließlich kann der Gläubiger (Käufer) gem. § 376 I S. 1 HGB auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Dass der Wortlaut der Norm noch von „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ spricht, ist unerheblich und darin begründet, dass der Gesetzgeber § 376 HGB nicht an die neue, seit der Schuldrechtsmodernisierung geltende Terminologie des BGB angepasst hat. Die fehlende Anpassung im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung zeigt sich auch darin, dass der Wortlaut des § 376 I HGB noch von der Alternativität zwischen Rücktritt und Schadensersatz ausgeht („oder“), während § 325 BGB n.F. auch eine kumulative Geltendmachung zulässt.<sup>1120</sup>

613

Wie gesagt, kann der Gläubiger (Käufer) gem. § 376 I S. 1 HGB (anders als bei § 281 BGB) auch **ohne Nachfristsetzung** Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Dies setzt nach dem Wortlaut von § 376 I S. 1 HGB allerdings voraus, dass Schuldnerverzug vorliegt. Schuldnerverzug liegt aber regelmäßig vor, wenn auch die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung bestehen, da erstens eine Mahnung wegen der Bestimmtheit des Leistungszeitpunkts beim Fixgeschäft gem. § 286 II Nr. 1 BGB entbehrlich ist und zweitens Vertretenmüssen (§ 286 IV BGB) ohnehin eine Tatbestandsvoraussetzung des Schadensersatzanspruchs ist (§ 280 I S. 2 BGB). Insofern kommt es regelmäßig nicht darauf an, ob man den Schuldnerverzug dem Wortlaut des § 376 I S. 1 HGB folgend für erforderlich hält oder ihn mit dem Argument, dass Schadensersatz statt der Leistung durch die Schuldrechtsmodernisierung verzugsunabhängig ausgestaltet wurde, für nicht erforderlich hält.

614

Die **Höhe des Schadensersatzes** richtet sich grundsätzlich nach §§ 249 ff. BGB. Hierfür muss der Gläubiger seinen Schaden konkret darlegen (sog. konkrete Schadensberechnung). Typischerweise liegt der Schaden in den durch einen Deckungskauf entstehenden Mehrkosten. Nur für den Fall, dass die Ware einen **Börsen- oder Marktpreis** hat, ergeben sich aus § 376 II-IV BGB Erleichterungen für die Schadensberechnung:

615

- **Abstrakte Schadensberechnung:** Hat die Ware einen Börsen- oder Marktpreis, erhält der Gläubiger gem. § 376 II HGB die Möglichkeit (Wahlrecht), seinen Schaden abstrakt zu berechnen. Dabei kann der Gläubiger die Differenz zwischen dem Kauf-

<sup>1118</sup> Vgl. Heymann-Emmerich/Hoffmann, § 376 Rn 13.

<sup>1119</sup> Vgl. Baumbach-Hopt, § 376 Rn 10; Heymann-Emmerich/Hoffmann, § 376 Rn 13.

<sup>1120</sup> Vgl. K/R/M-Roth, § 376 Rn 8 f.

preis und dem aktuellen am Ort und zur Zeit der geschuldeten Leistung bestehenden Börsen- oder Marktpreis verlangen, weil davon ausgegangen wird, dass er diesen Preis bei einem hypothetischen Deckungskauf erzielt hätte. Der Schuldner hat hier keine Möglichkeit des Gegenbeweises, d.h. auch wenn der tatsächliche Schaden geringer ist, kann der Gläubiger diese Differenz fordern.<sup>1121</sup>

- **Konkrete Schadensberechnung:** Der Gläubiger kann seinen Schaden aber auch konkret berechnen, selbst dann, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktwert hat. Anknüpfungspunkt der Schadensberechnung ist dann nicht ein hypothetisches, sondern ein tatsächliches Deckungsgeschäft. Hier muss der Gläubiger – wie bei §§ 249 ff. BGB – seinen Schaden konkret darlegen und ggf. beweisen.<sup>1122</sup> Hat die Sache aber einen Börsen- oder Marktwert, sind die Beschränkungen des § 376 III, IV HGB zu beachten: Erstens kann das Deckungsgeschäft nur zur Schadensberechnung herangezogen werden, wenn es „sofort“ nach Ablauf der Leistungszeit oder –frist vorgenommen wurde, und zweitens muss es in öffentlicher Versteigerung oder aus freier Hand zum laufenden Preis erfolgen (§ 376 III S. 2 HGB). Drittens sind die in § 376 IV HGB genannten Benachrichtigungspflichten zu beachten.

## 5. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (§ 377 HGB)

**617** Gemäß § 377 I HGB hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer zu untersuchen, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, und dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen, wenn sich dabei ein Mangel zeigt. Unterlässt der Käufer diese Anzeige (sog. Mängelrüge), gilt die Ware gem. § 377 II HGB grundsätzlich als genehmigt, es sei denn, dass es sich um einen Mangel handelt, der auch bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht erkennbar gewesen wäre. In diesem Fall muss die Anzeige gem. § 377 III HGB unverzüglich nach der Entdeckung des Mangels gemacht werden, da die Ware anderenfalls auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt gilt.

Die Ware gilt also als genehmigt, wenn der Käufer den Mangel nicht ordnungsgemäß rügt. Nach § 377 HGB wird das Einverständnis des Käufers mit der Mangelhaftigkeit der Ware also fingiert (sog. **Genehmigungsfiktion**). Dies hat vor allem zur Folge, dass der Käufer alle Gewährleistungsrechte, die er grundsätzlich aufgrund der Mangelhaftigkeit der Ware nach §§ 434 ff. BGB hätte, verliert, aber gleichwohl den vollen Kaufpreis zahlen muss. Die mangelhafte Ware gilt dann nämlich als mangelfreie Ware.

**618** **Sinn und Zweck** der Norm ist, dass der Verkäufer möglichst rasch über die Mangelhaftigkeit der von ihm gelieferten Ware in Kenntnis gesetzt werden soll. Er soll frühzeitig Gewissheit darüber haben, ob das Geschäft endgültig abgeschlossen ist, d.h. die Frage der Vertragsmäßigkeit der Ware soll frühzeitig außer Streit gestellt werden. Damit schützt § 377 HGB allein den Verkäufer, was sich aber aus dem Bedürfnis des Handelsverkehrs nach Schnelligkeit und Einfachheit der Geschäftsabwicklung rechtfertigt.

**619** Zu beachten ist schließlich, dass die Untersuchungs- und Rügebelastung gem. § 377 HGB **keine Pflicht**, sondern nur eine **Obliegenheit** ist, d.h. der Käufer macht sich nicht schadenersatzpflichtig, wenn er dem nicht nachkommt, sondern riskiert lediglich den Verlust seiner Ansprüche aufgrund der Genehmigungsfiktion des § 377 HGB.

<sup>1121</sup> Vgl. Heymann-Emmerich/Hoffmann, § 376 Rn 16 f.

<sup>1122</sup> Vgl. Baumbach-Hopt, § 376 Rn 12.

**Hinweis zur Fallbearbeitung:** In Klausuren ist § 377 HGB als Ausschlussgrund im Tatbestand der jeweiligen Anspruchsgrundlage zu prüfen. Es ist also wie folgt vorzugehen: Ausgehend vom Begehren des Käufers ist der Tatbestand des ersten in Betracht kommenden Anspruchs komplett zu prüfen und – sofern dieser vorliegt – die Frage aufzuwerfen, ob er mglw. nach § 377 II, III HGB ausgeschlossen ist. Greift § 377 HGB ein, scheidet der Anspruch des Käufers. Sodann sind die übrigen Ansprüche zu prüfen, insbesondere solche, die § 377 HGB nicht ausschließt (vgl. Rn 637).

## a. Voraussetzungen

### aa. Beiderseitiger Handelskauf

Zunächst muss ein beiderseitiger Handelskauf vorliegen. Wann ein Handelskauf vorliegt, wurde bereits bei Rn 587 erläutert. Im Unterschied zu den dortigen Ausführungen muss es sich hier allerdings um einen beiderseitigen Handelskauf handeln, d.h. der Kauf muss für beide Parteien ein Handelsgeschäft i.S.d. §§ 343, 344 HGB sein (sog. **beiderseitiges Handelsgeschäft**). Dies ist der Fall, wenn der Kauf ein **betriebszugehöriges Geschäft** i.S.d. §§ 343, 344 HGB ist und Käufer sowie Verkäufer **Kaufleute** i.S.d. §§ 1-6 HGB oder Kleingewerbetreibende i.S.d. §§ 383 II, 407 III, 453 III, 467 III HGB sind. Auch zulasten des **Scheinkaufmanns** findet § 377 HGB Anwendung, nicht aber zu seinen Gunsten. Das bedeutet, dass § 377 HGB bei Beteiligung eines Scheinkaufmanns nur dann anwendbar ist, wenn er die Position des Käufers einnimmt, da § 377 HGB, wie gesagt, den Käufer belastet und den Verkäufer begünstigt. Im Übrigen findet § 377 HGB auf **Nichtkaufleute** (z.B. Freiberufler, Kleingewerbetreibende ohne Handelsregistereintragung) keine Anwendung.<sup>1123</sup> Auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, da der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien bewusst in Kauf genommen hat, dass die Anwendungsbereich von § 377 HGB auf Kaufleute beschränkt bleibt, und es daher an der für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke fehlt.<sup>1124</sup> Auch wenn dies rechtspolitisch zweifelhaft ist, weil auch von kaufmannsähnlich am Geschäftslebenden teilnehmenden Nichtkaufleuten erwartet werden kann, dass sie die gelieferten Waren untersuchen und ggf. die Mangelhaftigkeit rügen, stehen die Gesetzesmaterialien einer Analogiebildung eindeutig entgegen.<sup>1125</sup>

620

### bb. Ablieferung der Ware

Sodann ist erforderlich, dass die Ware beim Käufer abgeliefert wurde, denn die Ablieferung ist der maßgebende Zeitpunkt, ab dem die Zeit für die unverzügliche Untersuchung zu laufen beginnt, was letztlich auch für den Fristbeginn der Rügefrist relevant ist. Die Ablieferung setzt voraus, dass die Leistung am rechten Ort, zur rechten Zeit und grundsätzlich auch vollständig erbracht wird.<sup>1126</sup> Die Ablieferung ist ein äußerlich erkennbarer, **tatsächlicher Vorgang**, durch den der Käufer die Verfügungsmöglichkeit über die Ware und damit auch die entsprechende **Untersuchungsmöglichkeit** erlangt.<sup>1127</sup> Ablieferung i.S.d. § 377 HGB liegt also spätestens mit Übergabe, d.h. Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Käufer vor, in einigen Fällen allerdings schon vorher (siehe sogleich). Zu beachten ist allerdings, dass die Ablieferung streng vom Gefahrübergang zu trennen ist, auch wenn beides häufig zusammenfällt.

621

<sup>1123</sup> Vgl. K/R/M-Roth, § 377 Rn 4; Baumbach-Hopt, § 377 Rn 3; a.A. K. Schmidt, § 28 III 2 b: Unternehmer.

<sup>1124</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 30; Baumbach-Hopt, § 377 Rn 3.

<sup>1125</sup> Vgl. Hübner, Rn 583.

<sup>1126</sup> **Merke:** Bei Teilleistungen kann der Käufer die Leistung ablehnen (§ 266 BGB). Nimmt er sie aber an, liegt auch Ablieferung vor mit der Folge, dass er die Minderleistung rügen muss (vgl. Rn 623).

<sup>1127</sup> Vgl. K/R/M-Roth, § 377 Rn 6a.

- **Holschuld:** Liegt eine Holschuld vor (vgl. § 269 I BGB), muss der Käufer die Ware beim Wohn- oder Geschäftssitz des Verkäufers abholen oder abholen lassen. In dem Fall liegt die Ablieferung i.S.d. § 377 HGB erst mit Abholung (Übergabe an den Käufer) vor, denn erst dann hat der Käufer die zur Untersuchung erforderliche Einwirkungs- und Untersuchungsmöglichkeit. Dasselbe gilt, wenn der Käufer die Ware durch eine von ihm beauftragte Transportperson abholen lässt.<sup>1128</sup> **Anders** verhält es sich, wenn der Käufer laut Kaufvertrag die Ware nicht beim Verkäufer, sondern bei einem Dritten abholen soll (z.B. Lagerhalter). In dem Fall genügt es bereits, dass der Käufer die Ware dort ohne Mitwirkung des Verkäufers abholen kann, da der Käufer dann bereits die Möglichkeit der Abholung (und Untersuchung) hat und der Verkäufer sich seiner Verfügungsmacht entledigt hat.<sup>1129</sup>
- **Schickschuld:** Wurde eine Schickschuld (Versendungskauf) vereinbart, muss der Verkäufer die Ware an einen anderen Ort als dem Erfüllungsort versenden. Nach § 447 BGB geht die Gefahr bereits über, wenn er die Ware der Transportperson (z.B. Post) übergibt, d.h. noch bevor sie dem Käufer übergeben wird. Ablieferung i.S.d. § 377 HGB liegt dann allerdings noch nicht vor. Sie ist erst gegeben, wenn die Transportperson die Ware an den Käufer übergibt. **Anders** verhält es sich nur, wenn der Käufer die Ware, nachdem sie i.R.d. Versendungskaufs an den Erfüllungsort versendet wurde, von der Transportperson abholen soll und die Transportperson den Käufer hierzu auffordert. In dem Fall liegt Ablieferung bereits vor Übergabe vor, weil der Käufer die Ware ohne Mitwirkung des Verkäufers von der Transportperson abholen kann und er damit die Möglichkeit zur Untersuchung hat.<sup>1130</sup>
- **Bringschuld:** Wurde eine Bringschuld vereinbart, muss der Verkäufer die Ware an den Wohn- oder Geschäftssitz des Käufers liefern. Auch hier liegt Ablieferung i.S.d. § 377 HGB grundsätzlich erst vor, wenn die Ware dem Käufer übergeben ist (§ 446 S. 1 BGB). **Anders** verhält es sich allerdings, wenn der Käufer die Annahme vertragswidrig ablehnt. Auch hier liegt bereits Ablieferung vor, obwohl sich die Sache noch beim Verkäufer oder dem Frachtführer befindet, da die Ware dem Käufer angeboten wurde und die Inbesitznahme nur noch von ihm abhängt.<sup>1131</sup>

**Hinweis zum Streckengeschäft:** Eine in der Praxis häufige Erscheinung ist das sog. Streckengeschäft. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass der Käufer (Zwischenhändler) vom Verkäufer Ware kauft, diese sodann an einen Dritten (Abnehmer) weiterverkauft (oder z.B. verleast) und den Verkäufer anweist, die Ware direkt an den Abnehmer zu liefern. In dem Fall gilt die Ware als beim Käufer (Zwischenhändler) abgeliefert, wenn sie dem Dritten (Abnehmer) übergeben wird, da die Ablieferung auf Geheiß beim Abnehmer erfolgte und dieser die tatsächliche Möglichkeit zur Untersuchung der Ware hat.<sup>1132</sup>

<sup>1128</sup> **Merke:** In diesem Fall muss u.U. die Transportperson oder ein anderer Beauftragter des Käufers die Ware unverzüglich untersuchen und ggf. rügen. Eine Untersuchung nach Transport zum Käufer kann bereits zu spät sein. Vgl. Heymann-Emmerich/Hoffmann, § 377 Rn 41.

<sup>1129</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 3381; E/B/J-Müller, § 377 Rn 21; Baumbach-Hopt, § 377 Rn 7; a.A. Tiedtke, JZ 1996, 549, 550 f.

<sup>1130</sup> Vgl. E/B/J-Müller, § 377 Rn 22 m.w.N.

<sup>1131</sup> Vgl. Baumbach-Hopt, § 377 Rn 11; a.A. Tiedtke, JZ 1996, 549, 551.

<sup>1132</sup> Vgl. Baumbach-Hopt, § 377 Rn 9.

**cc. Mangelhaftigkeit der Ware**

Weiterhin muss die abgelieferte Ware mangelhaft sein. Grundsätzlich ist dabei der Mängelbegriff des BGB zugrunde zu legen, jedoch sind hierbei einige Besonderheiten zu beachten. Nach dem Mängelbegriff des BGB liegt in folgenden Fällen ein Mangel vor:

622

<b>Mängelbegriff des BGB</b>
------------------------------

- |  |
|--|
| <p><b>§ 434 I S. 1 BGB:</b> Mangel wegen Fehlens der vereinbarten Beschaffenheit</p> <p><b>§ 434 I S. 2 Nr. 1 BGB:</b> Mangel wegen Fehlens der vertraglich vorausgesetzten Verwendungseignung</p> <p><b>§ 434 I S. 2 Nr. 2 BGB:</b> Mangel wegen Fehlens der gewöhnlichen Verwendungseignung (ergänzt durch § 434 I S. 3 BGB bei öffentlichen Äußerungen von Verkäufer, Hersteller, Gehilfen)</p> <p><b>§ 434 II BGB:</b> Mangel wegen fehlerhafter Montage oder Montageanleitung</p> <p><b>§ 434 III Var. 1 BGB:</b> Mangel wegen Falschlieferung</p> <p><b>§ 434 III Var. 2 BGB:</b> Mangel wegen Lieferung einer zu geringen Menge</p> <p><b>§ 435 BGB:</b> Mangel wegen (nicht übernommener) Rechte Dritter an der Sache (Rechtsmangel)</p> |
|--|

**a.) Sachmangel (§ 434 BGB)**

Ein Mangel i.S.d. § 377 HGB liegt jedenfalls vor, wenn die Ware einen Sachmangel gem. § 434 BGB hat. An dieser Stelle soll aber noch auf einiges speziell hingewiesen werden:

623

- **Schlechtlieferung:** Ein Qualitätsmangel liegt vor, wenn die Soll- von der Ist-Beschaffenheit abweicht. Die Soll-Beschaffenheit ergibt sich aus Vereinbarung (§ 434 I S. 1 BGB) oder aus der vorausgesetzten oder gewöhnlichen Verwendung (§ 434 I S. 2, 3 BGB). Selbiges gilt bei § 377 HGB.
- **Falschlieferung:** Der Schlechtlieferung steht gem. § 434 III Var. 1 BGB die Falschlieferung gleich. Ein Sachmangel liegt also auch vor, wenn eine andere als die geschuldete Sache oder aus einer anderen Gattung geliefert wird (sog. aliud [lat.: „etwas anderes“]). Hat der Käufer die Ware nicht als falsch zurückgewiesen, sondern angenommen, ist sein Lieferanspruch aus § 433 I S. 1 BGB erfüllt, auch wenn es sich offensichtlich nicht um die geschuldete Sache handelt (z.B. Pferd statt Rind, PKW statt LKW). Dann kann er nur Sekundäransprüche geltend machen (§ 437 BGB).<sup>1133</sup> Dasselbe gilt bei § 377 HGB, allerdings greift die Rügelast nur, wenn beim Stückkauf der Verkäufer die Leistung mit Erfüllungswillen erbringt und sich diese Leistung aus Sicht des Käufers auch als Leistung auf den Kaufvertrag darstellt.<sup>1134</sup>
- **Minderlieferung:** Weiterhin liegt ein Sachmangel gem. § 434 III Var. 2 BGB vor, wenn der Verkäufer zu wenig liefert, also die Lieferung nach Zahl, Maß oder Gewicht hinter den geschuldeten Größen zurückbleibt (z.B. 90 Stück statt 100 Stück, 450 kg statt 500 kg, zu kurz geschnittene Bretter). Dasselbe gilt bei § 377 HGB. Nimmt er die Minderlieferung an, kann er Sekundäransprüche (z.B. Nachlieferung, § 439 I BGB) nur geltend machen, wenn er unverzüglich rügt. Anders ist es jedoch, wenn der Verkäufer eine zu geringe Stückzahl als bloße Teilleistung deklariert, denn hier fehlt bereits der Wille des Verkäufers zur (vollen) Erfüllung. Eine Rüge ist in dem Fall nicht erforderlich, um (neben dem Rest-Erfüllungsanspruch) etwaige Sekundäransprüche geltend machen zu können, denn die Annahme der Minderlieferung ohne Rüge führt lediglich zu einer konkludenten Vertragsänderung dergestalt, dass dem Verkäufer die Leistung in Teilen gestattet ist.<sup>1135</sup>

<sup>1133</sup> Vgl. Palandt-*Putzo*, § 434 Rn 52 ff.

<sup>1134</sup> Vgl. MüKoHGB-*Grunewald*, § 377 Rn 49 m.w.N.; K/R/M-*Roth*, § 377 Rn 5a m.w.N.

<sup>1135</sup> Vgl. K/R/M-*Roth*, § 377 Rn 5b.