

# § 7 Die allgemeinen Vorschriften für Handelsgeschäfte\*

## A. Überblick zu den allgemeinen Vorschriften für Handelsgeschäfte

In seinem Vierten Buch fasst das Handelsgesetzbuch wesentliche Bestimmungen für Handelsgeschäfte zusammen. Hierbei greift es wie das Bürgerliche Gesetzbuch auf die klassische Gesetzestchnik zurück und stellt die Vorschriften für alle Handelsgeschäfte oder zumindest eine Gruppe von ihnen in einem Allgemeinen Teil (Erster Abschnitt: §§ 343 bis 372 HGB) an den Anfang.<sup>1</sup> Mit dem Zweiten Abschnitt des Vierten Buches (§§ 373 ff. HGB) beginnt der „Besondere Teil“, der – vergleichbar dem „Besonderen Schuldrecht“ – für im Handelsverkehr weit verbreitete Vertragstypen spezielle Regelungen aufstellt. Sie gestalten insbesondere den Handelskauf (§§ 373 bis 382 HGB), das Kommissionsgeschäft (§§ 383 bis 406 HGB), das Frachtgeschäft (§§ 407 bis 452d HGB), das Speditionsgeschäft (§§ 453 bis 466 HGB) sowie das Lagergeschäft (§§ 467 bis 475h HGB) aus. 1

Die Vorschriften des „Allgemeinen Teils“ in dem Ersten Abschnitt des Vierten Buches weichen in zentralen Punkten von Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ab bzw. ergänzen und modifizieren diese im Hinblick auf die Besonderheiten des Handelsverkehrs. In Anlehnung an die Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches sind drei Gruppen zu unterscheiden: 2

Die erste Gruppe bilden Vorschriften zum Zustandekommen und dem Inhalt des Handelsgeschäfts. Neben der Sonderregelung zur rechtlichen Bedeutung des Schweigens im Handelsverkehr (§ 362 HGB) gehören hierzu die Bestimmung in § 346 HGB über Handelsbräuche sowie Lockerungen zu Formvorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch für einzelne Vertragstypen vorsieht (§ 350 HGB). 3

Zur zweiten Gruppe zählen Vorschriften, die in erster Linie die Regelungen des Allgemeinen Schuldrechts ergänzen und modifizieren. Neben den Bestimmungen zum Inhalt der Leistung (§§ 358 bis 361 HGB) und zu den Zinsen (§§ 352, 353 HGB) sind vor allem diejenigen über das Kontokorrent (§§ 355 bis 357 HGB) zu nennen. 4

Als dritte Gruppe treten Bestimmungen hinzu, die systematisch dem Sachenrecht zuzuordnen sind oder diesem zumindest nahestehen. Neben den Sonderregeln zum gutgläubigen Erwerb (§§ 366, 367 HGB) sind hierzu die Vorschriften über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 bis 372 HGB) zu rechnen. 5

\* **Zur Falllösung:** Hopt S. 163 ff. (Fall 9).

<sup>1</sup> Für internationale Handelsverträge s. UNIDROIT-Grundregeln 2004; abgedruckt in: ZEuP 2005, 470 ff.; dazu einführend Zimmermann ZEuP 2005, 264 ff.

nen, das dem Gläubiger ein dem Pfandrecht verwandtes Befriedigungsrecht gewährt (§§ 371, 372 HGB) und sich vor allem hierdurch von dem Zurückbehaltungsrecht in § 273 BGB unterscheidet.

- 6 Der Anwendungsbereich der Bestimmungen des Vierten Buches definiert sich über das Handelsgeschäft (§ 343 HGB). Ungeachtet der diesbezüglichen Einzelheiten<sup>2</sup> greifen die §§ 343 bis 372 HGB bei isolierter Betrachtung nur ein, wenn wenigstens für eine Vertragspartei die Kaufmannseigenschaft zu bejahen ist. Damit ist der Anwendungsbereich der allgemeinen Vorschriften indes nicht abschließend umschrieben. Sowohl für das Kommissionsgeschäft als auch für die Transportverträge legt das Gesetz fest, dass die Bestimmungen des Ersten Abschnitts bereits dann anwendbar sind, wenn zumindest eine Vertragspartei ein handelsrechtliches Gewerbe betreibt, selbst wenn dieses hinsichtlich Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und eine Eintragung in das Handelsregister (§ 2 HGB) unterblieben ist (s. § 383 Abs. 2 HGB sowie die §§ 407 Abs. 3 Satz 2, 453 Abs. 3 Satz 2, 467 Abs. 3 Satz 2 HGB).<sup>3</sup> Die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte sind auf die abgeschlossenen Verträge und deren Abwicklung gleichwohl anzuwenden. Ausgenommen sind von dieser Ausdehnung des Anwendungsbereichs der §§ 346 bis 372 HGB jeweils lediglich die §§ 348 bis 350 HGB.

## I. Allgemeines

- 7 Der Begriff des Handelsgeschäfts zählt neben dem Kaufmannsbegriff zu den wichtigsten Anknüpfungstatbeständen für die Sonderbestimmungen des Handelsrechts. Allerdings verwendet das Handelsgesetzbuch diesen nicht einheitlich.<sup>4</sup> So versteht das Firmenrecht unter einem Handelsgeschäft das Unternehmen des Kaufmanns, während das Vierte Buch des Handelsgesetzbuches einzelne, von Kaufleuten vorgenommene „Geschäfte“ als Handelsgeschäfte bezeichnet. Liegt ein Handelsgeschäft i.S. des Vierten Buches des Handelsgesetzbuches, also ein kaufmännisches „Geschäft“, vor, so gelten für dieses wichtige Abweichungen von den allgemeinen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.
- 8 Den Begriff des Handelsgeschäfts definiert § 343 Abs. 1 HGB: Hiernach sind dies alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Anknüpfungspunkte für das Vorliegen eines Handelsgeschäfts sind somit zunächst die Kaufmannseigenschaft der beteiligten Parteien und sodann die Betriebsbezogenheit des Geschäfts selbst.

<sup>2</sup> Näher hierzu unten § 7 Rn. 7 ff.

<sup>3</sup> Ausführlich dazu *Schmitt* Die Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden nach dem Handelsrechtsreformgesetz, 2003, S. 118 ff.

<sup>4</sup> S. auch *Hofmann* S. 171; *Oetker/Pamp* § 343 Rn. 1.

## II. Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff

Die Kaufmannseigenschaft richtet sich nach den §§ 1 bis 6 HGB<sup>5</sup> und muss im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts vorliegen.<sup>6</sup> Hieraus resultiert die zumeist theoretische Frage nach den Rechtsfolgen, wenn Abgabe und Zugang der auf ein solches Geschäft gerichteten Willenserklärungen zeitlich auseinander fallen und die Kaufmannseigenschaft zwischen beiden Zeitpunkten erworben wird oder verloren geht. Für den letztgenannten Fall bietet sich an, § 130 Abs. 2 BGB analog anzuwenden. Es genügt daher, wenn die Kaufmannseigenschaft bei Abgabe der Willenserklärung vorliegt, selbst wenn diese, gleich aus welchem Grunde, vor dem Zugang entfällt.<sup>7</sup> Streitig ist dagegen, ob es für die Anwendung der Vorschriften über Handelsgeschäfte genügt, wenn die Kaufmannseigenschaft zwischen Abgabe und Zugang der Willenserklärung erworben wird. Ausgehend von dem Wortlaut des § 343 Abs. 1 HGB ist auch in diesem Fall ein Handelsgeschäft anzunehmen.<sup>8</sup> Praktisch bedeutsam ist die Problematik indes nur bei Kannkaufleuten, wenn die von ihnen beantragte Eintragung in das Handelsregister (§§ 2 Satz 2, 3 Abs. 2 HGB) zwischen Abgabe und Zugang der Willenserklärung erfolgt.

Schließt ein *Stellvertreter* das Geschäft ab, so kommt es bezüglich der Kaufmannseigenschaft ausschließlich auf die Verhältnisse in der Person des Vertretenen an.<sup>9</sup> Demgegenüber ist es für das Vorliegen eines Handelsgeschäfts grundsätzlich bedeutungslos, ob auch der Vertreter Kaufmann ist. Eine Ausnahme gilt nur, wenn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte und nach § 179 Abs. 1 BGB seine Haftung auf Vertragserfüllung in Betracht kommt. In diesem Fall setzt die Anwendung der Vorschriften über Handelsgeschäfte voraus, dass auch der vermeintliche Vertreter Kaufmann ist.<sup>10</sup>

## III. Einseitige und beiderseitige Handelsgeschäfte

Die Vorschriften über Handelsgeschäfte kommen grundsätzlich für beide Parteien zur Anwendung. Das gilt in der Regel auch, wenn dies nur für eine Seite der Fall ist, da § 345 HGB ausdrücklich klarstellt, dass es für die Annahme eines Handels-

<sup>5</sup> So die ganz vorherrschende Ansicht, s. z.B. *Canaris* § 20 Rn. 3; *BH/Hopt* § 343 Rn. 2; *Heymann/Horn* § 343 Rn. 6; *Oetker/Pamp* § 343 Rn. 10; kritisch *K. Schmidt* § 18 I 1b, S. 516 f.; hierzu oben § 2 Rn. 1.

<sup>6</sup> BGH 24.3.1954, NJW 1954, 998; *Oetker/Pamp* § 343 Rn. 14; *KRM/Roth* § 343 Rn. 8.

<sup>7</sup> *Canaris* § 20 Rn. 4; *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rn. 27; *EBJS/Joost* § 343 Rn. 3; *Staub/Koller*<sup>4</sup> § 343 Rn. 9; *Oetker/Pamp* § 343 Rn. 14; *GK-HGB/B. Schmidt* § 343 Rn. 5.

<sup>8</sup> *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rn. 27; *Oetker/Pamp* § 343 Rn. 14; *GK-HGB/B. Schmidt* § 343 Rn. 5; a.A. *Canaris* § 20 Rn. 4; *EBJS/Joost* § 343 Rn. 3; *Staub/Koller*<sup>4</sup> § 343 Rn. 9.

<sup>9</sup> *Canaris* § 20 Rn. 5; *Heymann/Horn* § 343 Rn. 5; *EBJS/Joost* § 343 Rn. 4; *KRM/Roth* § 343 Rn. 2; *GK-HGB/B. Schmidt* § 343 Rn. 4; *MK-HGB/K. Schmidt* § 343 Rn. 9.

<sup>10</sup> So auch für die h.M. *Canaris* § 20 Rn. 5, 6; *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rn. 7; *EBJS/Joost* § 343 Rn. 4; *Oetker/Pamp* § 343 Rn. 13; *KRM/Roth* § 343 Rn. 2; a.A. *GK-HGB/B. Schmidt* § 343 Rn. 4.

geschäfts genügt, wenn eine der beteiligten Parteien Kaufmann ist und deshalb ein sog. *einseitiges* Handelsgeschäft vorliegt. Obwohl hierdurch von dem subjektiven System des Handelsgesetzbuches abgewichen wird, führt die Anerkennung einseitiger Handelsgeschäfte in den meisten Fällen zu einer rechtlichen Besserstellung der Nichtkaufleute. Eine Ausnahme stellt die Berechtigung zur Geltendmachung von Zinseszinsen in § 355 Abs. 1 HGB dar, da diese für die beteiligten Nichtkaufleute die allgemeine Regelung (§ 248 Abs. 1 BGB) verschlechtert.

- 12 Trotz der grundsätzlichen Anknüpfung an das einseitige Handelsgeschäft stellt § 345 HGB nur eine Regel auf, die stets unter dem Vorbehalt steht, dass andere Vorschriften ein *beiderseitiges* Handelsgeschäft voraussetzen. Als Beispiel ist § 352 HGB zu nennen, der bezüglich der Höhe der gesetzlichen Zinsen (abweichend von § 246 BGB 5%) und des Beginns der Verzinsungspflicht (Fälligkeit) Sonderregelungen aufstellt.
- 13 Aus den gesetzlichen Bestimmungen über Handelsgeschäfte lassen sich somit drei Gruppen bilden: Die erste Gruppe enthält keine von § 345 HGB abweichenden Regelungen, so dass die Vorschriften auch bei einseitigen Handelsgeschäften für beide Vertragsparteien gelten. Die Bestimmungen der zweiten Gruppe verlangen ausdrücklich ein beiderseitiges Handelsgeschäft und finden deshalb auf einseitige Handelsgeschäfte keine Anwendung (so z.B. §§ 352 Abs. 1, 353 HGB). Eine Sonderstellung nehmen Regelungen der dritten Gruppe ein. Sie gelten auch bei einseitigen Handelsgeschäften, jedoch nur für den Vertragspartner, der Kaufmann ist (so §§ 347, 348 HGB).

#### IV. Der Geschäftsbegriff

- 14 Damit die §§ 343 ff. HGB zur Anwendung gelangen, muss ein „Geschäft“ vorliegen. Aus dieser Formulierung darf indes nicht vorschnell auf eine Gleichsetzung mit dem „Rechtsgeschäft“ geschlossen werden. Dieses bildet lediglich den Begriffskern. Da § 343 HGB bewusst davon abgesehen hat, das Wort „Rechtsgeschäft“ in den Wortlaut aufzunehmen, ist der Anwendungsbereich weiter zu fassen. Er umfasst alle geschäftlichen Vorgänge, so dass auch geschäftsähnliche Handlungen, wie z.B. die Mahnung (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder sonstige rechtlich relevante Handlungen, wie z.B. die Bewirkung einer Zahlung, die Absendung einer Ware, die Anzeige von Mängeln oder die Erteilung von Weisungen einbezogen sind.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Für die allg. Ansicht *Brox/Henssler* Rn. 281; *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rn. 11; *BH/Hopt* § 343 Rn. 1; *Heymann/Horn* § 343 Rn. 8; *Hübner* Rn. 472; *EBJS/Joost* § 343 Rn. 13; *Oetker/Pamp* § 343 Rn. 4; *KRM/Roth* § 343 Rn. 3; *GK-HGB/B. Schmidt* § 343 Rn. 7; *K. Schmidt* § 18 I 1a, S. 515.

## V. Zurechnung des Geschäfts zum Betrieb des Handelsgewerbes

Neben der Kaufmannseigenschaft wenigstens eines der beteiligten Rechtssubjekte verlangt § 343 Abs. 1 HGB für ein „Handelsgeschäft“, dass dieses zum Betrieb des Handelsgewerbes des Kaufmanns gehört. Hierzu zählen auch sog. Hilfsge-  
 schäfte, die dieser zur Unterstützung der unternehmerischen Tätigkeit abschließt. Bezüglich der Betriebsbezogenheit ist zwischen Einzelkaufleuten und Handelsgesellschaften zu unterscheiden. Während diese bei den Erstgenannten das Privatge-  
 schäft von dem Handelsgeschäft des Kaufmanns trennen soll, steht bei den Handelsgesellschaften die Frage im Mittelpunkt, ob überhaupt ein Geschäft der Gesellschaft vorliegt und diese hierdurch berechtigt oder verpflichtet wird.<sup>12</sup>

Beim *Einzelkaufmann* erleichtert die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB die Feststellung, ob das Geschäft zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Das ist im Zweifel anzunehmen, wenn ein Kaufmann dieses vornimmt. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist trotz ihres Wortlauts („Rechtsgeschäfte“) weit zu ziehen und deckt sich aufgrund einer systematischen und teleologischen Auslegung nach allgemeiner Ansicht mit den in § 343 Abs. 1 HGB genannten „Geschäften“. <sup>13</sup> Die vom Gesetz aufgestellte Vermutung ist allerdings widerlegbar,<sup>14</sup> so dass Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns stets dann keine Handelsgeschäfte sind, wenn diese nicht zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören und dies für den Dritten erkennbar ist. Die Beweislast hierfür trifft den Kaufmann.<sup>15</sup> Umgekehrt obliegt der Gegenbeweis stets dem Dritten, wenn er das Vorliegen eines Handelsgeschäfts bestreitet.

Im Interesse des Rechtsgeschäftsverkehrs geht § 344 Abs. 2 HGB über die vorstehende Grundregel hinaus und schafft für *Schuldscheine* grundsätzlich eine unwiderlegbare Vermutung (keine Fiktion!).<sup>16</sup> Hiernach gelten alle von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine als zum Betrieb des Handelsgewerbes gehörig, wenn sich aus der Urkunde nicht das Gegenteil ergibt. Alle derartigen Erklärungen eines Kaufmanns sind daher Handelsgeschäfte, ohne dass er durch Umstände außerhalb der Urkunde einen Gegenbeweis führen kann.<sup>17</sup>

Bei *Handelsgesellschaften* treten keine vergleichbaren Abgrenzungsprobleme auf, da sie keine private Rechtssphäre haben.<sup>18</sup> Es genügt die Feststellung, dass

<sup>12</sup> S. K. Schmidt § 18 I 1d aa, S. 518 f.

<sup>13</sup> Statt aller Schlegelberger/Hefermehl § 344 Rn. 6; BH/Hopt § 344 Rn. 2; Heymann/Horn § 344 Rn. 5; EBJs/Joost § 344 Rn. 5; Oetker/Pamp § 344 Rn. 11; KRM/Roth § 344 Rn. 3; K. Schmidt § 18 I 1e aa, S. 522.

<sup>14</sup> Für die allg. Ansicht statt aller BH/Hopt § 344 Rn. 3; Hübner Rn. 475; EBJs/Joost § 344 Rn. 9; Oetker/Pamp § 344 Rn. 9; KRM/Roth § 344 Rn. 4; K. Schmidt § 18 I 1e aa, S. 522.

<sup>15</sup> S. BGH 10.6.1974, BGHZ 63, 32 (33); K. Schmidt § 18 I 1e aa, S. 522.

<sup>16</sup> So mit Recht EBJs/Joost § 344 Rn. 20; Oetker/Pamp § 344 Rn. 18; K. Schmidt § 18 I 1e bb, S. 523 f.

<sup>17</sup> Für den Ausschluss des Gegenbeweises mit der vorgenannten Einschränkung statt aller BH/Hopt § 344 Rn. 4; Heymann/Horn § 344 Rn. 12; EBJs/Joost § 344 Rn. 20; Oetker/Pamp § 344 Rn. 19.

<sup>18</sup> Bülow Rn. 352; Canaris § 20 Rn. 10; Hübner Rn. 473; EBJs/Joost § 343 Rn. 2; KRM/Roth § 343 Rn. 6.

15

16

17

18

ein Geschäft der Gesellschaft und nicht etwa ein solches der Gesellschafter oder ein Eigengeschäft des gesetzlichen Vertreters vorliegt.<sup>19</sup> Alle Geschäfte der Gesellschaft sind für diese stets Handelsgeschäfte.<sup>20</sup>

## C. Abschluss und Inhalt des Handelsgeschäfts

### I. Bedeutung des Schweigens für den Vertragsschluss

#### 1. Verhältnis zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre

- 19** Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist das Schweigen grundsätzlich keine Willenserklärung (*qui tacet consentire non videtur*).<sup>21</sup> Durch das Schweigen einer Partei auf einen Antrag zum Vertragsabschluss kommen Verträge in der Regel nicht zustande. Das gilt im Ausgangspunkt auch für Handelsgeschäfte.<sup>22</sup> Eine strikte Einhaltung dieses Grundsatzes würde aber im Handelsverkehr mit seinen typisierten und immer wieder zwischen den gleichen Parteien vorgenommenen Massengeschäften die Leichtigkeit der Geschäftsbeziehungen beeinträchtigen.
- 20** Gesetzgeber, Rechtsprechung und Lehre haben deshalb den Bedürfnissen des Handelsverkehrs Rechnung getragen und eine Typisierung bestimmter Situationen und Verhältnisse vorgenommen, in denen das Schweigen als Willenserklärung zu behandeln ist und insbesondere dazu führt, dass Verträge zustande kommen. Hierbei handelt es sich erstens um die Sonderregelung des § 362 HGB, die dem Schweigen des Kaufmanns auf einen Antrag zum Vertragsschluss unter bestimmten Voraussetzungen rechtliche Bedeutung beimisst,<sup>23</sup> sowie zweitens um die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben.<sup>24</sup> Ungeachtet dessen hat der Gesetzgeber aber bewusst davon abgesehen, dem Schweigen im Handelsverkehr durch eine allgemeine Vorschrift generell rechtliche Bedeutung beizulegen. Wegen dieser Systematik entfaltet das Schweigen außerhalb der vorgenannten Sonderfälle auch im Handelsverkehr grundsätzlich keine rechtlichen Wirkungen.

<sup>19</sup> Zu der in diesem Zusammenhang bedeutsamen Figur des unternehmensbezogenen Geschäfts s. BGH 13.10.1994, NJW 1995, 43 (43 f.); Ahrens JA 1997, 895 ff.

<sup>20</sup> So für die h.M. *Canaris* § 20 Rn. 10; *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rn. 14; *BH/Hopt* § 344 Rn. 1; *KRM/Roth* § 344 Rn. 2; *K. Schmidt* § 18 I 1d aa, S. 518; a.A. *Heymann/Horn* § 343 Rn. 16.

<sup>21</sup> Stellvertretend *Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II, 15. Aufl. 1960, § 153 III, S. 944; *Larenz/Wolf* § 24 Rn. 20.

<sup>22</sup> Treffend BGH 4.4.1951, BGHZ 1, 353 (355); *Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II, 15. Aufl. 1960, § 153 III, S. 944.

<sup>23</sup> Hierzu nachfolgend § 7 Rn. 21 ff.

<sup>24</sup> Dazu § 7 Rn. 31 ff.

## 2. Schweigen des Kaufmanns auf Anträge (§ 362 HGB)

### a) Inhalt und Stellung der Vorschrift

Nach § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB, dessen Regelungsgehalt sich bis in das Preußische Allgemeine Landrecht zurückverfolgen lässt,<sup>25</sup> gilt das Schweigen eines Kaufmanns, zu dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere gehört, auf einen Antrag, welcher auf eine solche Besorgung gerichtet ist, als Annahme, wenn er mit dem Antragsteller in Geschäftsverbindungen steht. Gleiches gilt, wenn der Kaufmann dem Antragsteller die Übernahme der Geschäftsbesorgung angeboten hat (§ 362 Abs. 1 Satz 2 HGB). Unter diesen Voraussetzungen wird dem Schweigen kraft Gesetzes ausdrücklich die Bedeutung einer Willenserklärung zugeschrieben, die zum Vertragsschluss führt.

Allerdings begründet die Vorschrift keinen Kontrahierungszwang.<sup>26</sup> Durch eine unverzügliche Ablehnung des Antrages kann der Kaufmann das Zustandekommen eines Vertrages verhindern. Die Besonderheit des § 362 Abs. 1 HGB liegt darin, dass der Vertrag ohne Annahmeerklärung zustande kommt. Hierin unterscheidet sich die Regelung von § 151 Satz 1 BGB. Während dieser nur von dem Erfordernis eines Zugangs der Annahmeerklärung entbindet und ein Vertragsschluss unverändert die nach außen hervortretende Betätigung des Annahmewillens voraussetzt,<sup>27</sup> bedarf es nach § 362 HGB keines Annahmewillens – die gesetzlich festgelegte Rechtsfolge ersetzt diesen. Hierdurch weicht § 362 HGB auch von § 663 BGB ab, da das Schweigen dort nicht zum Vertragsschluss führt, sondern eine Verpflichtung des Schweigenden zum Schadensersatz begründet.<sup>28</sup>

### b) Normzweck und dogmatische Einordnung

Mit § 362 HGB bezweckt das Gesetz den Schutz der Verkehrssicherheit.<sup>29</sup> Während hierüber Einvernehmen herrscht, ist die dogmatische Einordnung der Vorschrift bislang nicht abschließend geklärt. Zum Teil wird das Schweigen als vom Gesetzgeber typisierte Erklärung oder als fingierte Willenserklärung<sup>30</sup> qualifiziert. Diesen Versuchen, das Schweigen i.S. des § 362 Abs. 1 HGB einer Willenserklärung gleichzusetzen, steht allerdings entgegen, dass das Schweigen auch dann als Annahme wirkt, wenn dem Schweigenden ein entsprechendes Erklärungsbewusst-

<sup>25</sup> Näher *K. Schmidt* § 19 II 2a, S. 550 f.

<sup>26</sup> Schlegelberger/*Hefermehl* § 362 Rn. 22.

<sup>27</sup> Statt aller BGH 14.10.2003, NJW 2004, 287 (288); EBS/*Eckert* § 362 Rn. 4; Schlegelberger/*Hefermehl* § 362 Rn. 3; BH/*Hopt* § 362 Rn. 1; *Larenz/Wolf* § 30 Rn. 3; KRM/*Roth* § 362 Rn. 2.

<sup>28</sup> Zum Vorstehenden s. auch EBS/*Eckert* § 362 Rn. 6; *Hofmann* S. 173; *K. Schmidt* § 19 II 2b, S. 551 f.; MK-HGB/*Welter* § 362 Rn. 5 ff.

<sup>29</sup> EBS/*Eckert* § 362 Rn. 2; Heymann/*Horn* § 362 Rn. 1; Oetker/*Maultzsch* § 362 Rn. 1; KRM/*Roth* § 362 Rn. 1; *K. Schmidt* § 19 II 2c, S. 553; MK-HGB/*Welter* § 362 Rn. 13.

<sup>30</sup> So *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II, 4. Aufl. 1992, § 10, 2, S. 120; *Hopt* AcP 183 (1983), 608 (613); *Kindler* § 7 Rn. 15; Oetker/*Maultzsch* § 362 Rn. 7; KRM/*Roth* § 362 Rn. 4; MK-HGB/*Welter* § 362 Rn. 15.

sein fehlt.<sup>31</sup> Selbst wenn er keine Kenntnis vom Zugang des Antrags hat, kommt – nach freilich bestrittener Ansicht – ein Vertrag zustande.<sup>32</sup> Deshalb ist eine Einordnung des § 362 HGB in das vom Gedanken der Privatautonomie geprägte System der Rechtsgeschäftslehre nicht möglich.

- 24 Angesichts dessen ist die Vorschrift der Rechtsscheinhaftung zuzurechnen.<sup>33</sup> Sie weist deutliche Parallelen zu der Duldungsvollmacht auf und zeichnet sich wie diese dadurch aus, dass der Untätige für seine Passivität einstehen muss. Zu rechtfertigen ist das für § 362 Abs. 1 HGB damit, dass dem Schweigen auf einen Antrag bei einer ständigen Geschäftsverbindung zwischen Kaufleuten im Handelsverkehr allgemein der Schein einer Annahmeerklärung anhaftet und in dieser Beziehung von einem Handelsbrauch gesprochen werden kann.<sup>34</sup> Die Vorschrift des § 362 HGB greift dieses allgemeine Verständnis für den Bereich des Geschäftsbesorgungsgewerbes auf und bindet den Schweigenden an den mit seinem Verhalten bzw. seiner Untätigkeit erzeugten Schein. Im Interesse der Verkehrssicherheit kann er diesen nicht widerlegen; § 362 HGB statuiert somit eine Haftung für das Setzen des Rechtsscheins in Form einer Zustimmung zu dem Antrag.

### c) Voraussetzungen

#### aa) Objektive Tatbestandsmerkmale

- 25 Das Gesetz knüpft die Haftung vor allem an objektive Voraussetzungen: 1. Der Schweigende muss Kaufmann sein,<sup>35</sup> 2. die Tätigkeit des Schweigenden muss in einer Geschäftsbesorgung bestehen, 3. der Kaufmann muss mit dem Antragenden in einer Geschäftsverbindung stehen oder sich zur Geschäftsbesorgung erboten haben, 4. dem Schweigenden muss ein Antrag zugegangen sein.
- 26 Die von § 362 HGB verlangte *Geschäftsbesorgung* des Kaufmanns umfasst jede selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art für einen anderen und in dessen Interesse.<sup>36</sup> Dabei ist es gleichgültig, ob diese rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Art ist.<sup>37</sup> Erfasst werden durch § 362 HGB Dienstleistungen im weitesten Sinne (z.B. Kommissionär, Spediteur, Treuhänder), nicht hingegen Austauschgeschäfte

<sup>31</sup> *Canaris* § 23 Rn. 1; *Heymann/Horn* § 362 Rn. 13.

<sup>32</sup> So *Canaris* § 23 Rn. 1, § 25 Rn. 4, 5; *KRM/Roth* § 362 Rn. 8; *K. Schmidt* § 19 II 2d dd, S. 558; a.A. *Schlegelberger/Hefermehl* § 362 Rn. 20; *Heymann/Horn* § 362 Rn. 11; näher unten § 7 Rn. 29.

<sup>33</sup> Hierfür vor allem *Canaris* § 23 Rn. 3; *Schlegelberger/Hefermehl* § 362 Rn. 16.

<sup>34</sup> Zur Rückführung des § 362 HGB auf einen Handelsbrauch bereits ROHG 29.10.1870, ROHGE I, 76 (80) sowie ferner MK-HGB/*Welter* § 362 Rn. 13.

<sup>35</sup> Für die enge Anlehnung an die Kaufmannseigenschaft auch *EBJS/Eckert* § 362 Rn. 9 f.; *Schlegelberger/Hefermehl* § 362 Rn. 8; *Heymann/Horn* § 362 Rn. 5; *Oetker/Maultzsch* § 362 Rn. 9 f.; weitergehend für eine entsprechende Anwendung auf Nichtkaufleute, wenn sie ähnlich wie Kaufleute am Rechts- und Handelsverkehr teilnehmen, *Canaris* § 23 Rn. 7; *BH/Hopt* § 362 Rn. 3; *KRM/Roth* § 362 Rn. 5; *Schmitt* Die Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden nach dem Handelsrechtsreformgesetz, 2003, S. 292 ff.; MK-HGB/*Welter* § 362 Rn. 17.

<sup>36</sup> *Brox/Henssler* Rn. 291; *Schlegelberger/Hefermehl* § 362 Rn. 9; *Heymann/Horn* § 362 Rn. 6; *Oetker/Maultzsch* § 362 Rn. 11; *KRM/Roth* § 362 Rn. 6; MK-HGB/*Welter* § 362 Rn. 19.

<sup>37</sup> BGH 11.7.1966, BGHZ 46, 43 (47); *EBJS/Eckert* § 362 Rn. 11; *BH/Hopt* § 362 Rn. 3; *Oetker/Maultzsch* § 362 Rn. 11; *KRM/Roth* § 362 Anm. 6; MK-HGB/*Welter* § 362 Rn. 19.



(z.B. Kauf, Darlehen), bei denen jede Vertragspartei ihre eigenen Interessen verfolgt.<sup>38</sup>

In einer *Geschäftsverbindung* stehen die Beteiligten bereits, wenn sie wiederholt miteinander Geschäfte getätigt haben. Für ein „Erbiten“ zur Besorgung eines Geschäfts müssen entsprechende Erklärungen gegenüber dem Antragenden abgegeben werden. Solche, die an die Öffentlichkeit gerichtet sind, reichen nicht aus.<sup>39</sup> Ob der Antrag bei dem Kaufmann zugegangen ist, beurteilt sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Kriterien (§ 130 BGB).<sup>40</sup> Deshalb genügt es bei Erklärungen gegenüber Abwesenden, wenn diese so in den Machtbereich des Empfängers gelangt sind, dass unter Zugrundelegung gewöhnlicher (normaler) Umstände mit deren Kenntnisnahme gerechnet werden kann.<sup>41</sup>

27

### **bb) Zur Berechtigung subjektiver Zurechnungskriterien**

Neben den vorstehenden objektiven Voraussetzungen stellt § 362 Abs. 1 HGB keine subjektiven Anforderungen auf. Diese sind jedoch aus Sicht der Privatautonomie unerlässlich; wegen der lückenhaften Gesetzesregelung blieb deren Herausarbeitung indes Rechtsprechung und Lehre vorbehalten. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass das Gesetz dem Schweigen nicht die Bedeutung einer konkludenten Willenserklärung beimisst. Aus diesem Grunde muss der Tatbestand einer solchen nicht erfüllt sein. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass der Schweigende bezüglich seines Verhaltens ein Erklärungsbewusstsein hat.<sup>42</sup> Deshalb berührt ein Irrtum über die Bedeutung des Schweigens nicht die Anwendbarkeit der Vorschrift.<sup>43</sup>

28

Für eine systemkonforme Einbettung des § 362 Abs. 1 HGB in die Privatautonomie wird verbreitet als Zurechnungskriterium die Kenntnis vom Zugang des Antrages verlangt. Fehlt diese, so schließt dies die Rechtsfolgen des § 362 Abs. 1 HGB allerdings nur aus, wenn den Kaufmann insoweit kein Verschuldensvorwurf trifft,<sup>44</sup> was sich auf die Obliegenheit zur „unverzüglichen“ Ablehnung des Antrages stützen lässt. Hiergegen verstößt der Empfänger, wenn er – wie sich aus der Legaldefinition in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt – mit seiner Antwort „schuld-

29

<sup>38</sup> S. EBJs/Eckert § 362 Rn. 13; Schlegelberger/Hefermehl § 362 Rn. 9 f.; Heymann/Horn § 362 Rn. 6; Hübner Rn. 482; Oetker/Maultzsch § 362 Rn. 12; K. Schmidt § 19 II 2d bb, S. 556.

<sup>39</sup> Für die allg. Ansicht EBJs/Eckert § 362 Rn. 16; Schlegelberger/Hefermehl § 362 Rn. 9; BH/Hopt § 362 Rn. 4; Heymann/Horn § 362 Rn. 9; Oetker/Maultzsch § 362 Rn. 18; KRM/Roth § 362 Rn. 7; MK-HGB/Welter § 362 Rn. 24.

<sup>40</sup> Statt aller EBJs/Eckert § 362 Rn. 18; Heymann/Horn § 362 Rn. 7; K. Schmidt § 19 II 2d dd, S. 558.

<sup>41</sup> BGH 3.11.1967, BGHZ 67, 271 (275); 26.11.1997, BGHZ 137, 205 (208); Larenz/Wolf § 26 Rn. 21.

<sup>42</sup> Canaris § 23 Rn. 3.

<sup>43</sup> BGH 27.10.1953, BGHZ 11, 1 (4 f.); Canaris § 23 Rn. 4; EBJs/Eckert § 362 Rn. 32; Schlegelberger/Hefermehl § 362 Rn. 19; Heymann/Horn § 362 Rn. 12; KRM/Roth § 362 Rn. 11; HK-HGB/Ruß § 362 Rn. 1; MK-HGB/Welter § 362 Rn. 42; ausführlich Mues Die Irrtumsanfechtung im Handelsverkehr, 2004, S. 94 ff.

<sup>44</sup> So z.B. Schlegelberger/Hefermehl § 362 Rn. 20; Heymann/Horn § 362 Rn. 11; Oetker/Maultzsch § 362 Rn. 28; KRM/Roth § 362 Rn. 8.

haft“ zögert. Selbst wenn entgegen dieser Ansicht die Zurechnung verschuldens-unabhängig beurteilt wird,<sup>45</sup> folgt aus dem mit § 362 Abs. 1 HGB bezweckten Schutz des Handelsverkehrs, dass nicht jede Unkenntnis vom Zugang des Antrages die Anwendung des § 362 Abs. 1 HGB ausschließt. Stets dann, wenn die Ursache der fehlenden Kenntnis den typischen Risiken eines kaufmännischen Betriebes zuzurechnen ist, fällt diese in den Risikobereich des Schweigenden, so dass ihn die Rechtsfolgen des § 362 Abs. 1 HGB treffen müssen. Unter dieser Voraussetzung rechtfertigt es der Normzweck, dem Schweigenden die Verantwortung für die Organisation seines kaufmännischen Geschäftsbetriebes zuzuweisen. Er hat diesen so einzurichten, dass er von eingehenden Anträgen Kenntnis erhält. Der Antragsteller kann hierauf keinen Einfluss nehmen und soll durch § 362 Abs. 1 HGB vor den hiermit verbundenen Unwägbarkeiten geschützt werden. Liegt der Grund für die mangelnde Kenntnis dagegen außerhalb dieses spezifischen (kaufmännischen) Risikobereiches, dann kommen ausschließlich die allgemeinen Regeln zur Anwendung, d.h., es ist eine Annahme des Antrages erforderlich.<sup>46</sup>

#### d) Rechtsfolgen

- 30 Da § 362 Abs. 1 HGB zum Vertragsschluss zwischen den Beteiligten führt, bleibt klärungsbedürftig, ob der Kaufmann dieser Rechtsfolge durch eine Berufung auf die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen entgehen kann. Besonders problematisch ist das für die Bestimmungen zur Anfechtung von Willenserklärungen. Obwohl der Vertrag kraft Gesetzes entsteht, ist dem so Gebundenen die Anfechtung in den Fällen zu gestatten, in denen diese auch bei einer Willenserklärung möglich gewesen wäre. Es besteht nach dem Zweck des § 362 Abs. 1 HGB keine Veranlassung, den Schweigenden schlechter zu stellen als denjenigen, der den Vertragsschluss durch eine ausdrückliche Erklärung herbeigeführt hat.<sup>47</sup> Da § 362 Abs. 1 HGB nach der hier befürworteten Ansicht die Annahmeerklärung nicht fingiert,<sup>48</sup> sind die §§ 119 ff. BGB entsprechend anzuwenden. Dies gilt allerdings nicht für einen Irrtum über die Rechtsfolgen des Schweigens, da diese kraft Gesetzes eintreten und insoweit ein unbeachtlicher Inhaltsirrtum vorliegt.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Hierfür *Canaris* § 23 Rn. 5.

<sup>46</sup> Dazu näher MK-HGB/*Welter* § 362 Rn. 30.

<sup>47</sup> Wie hier *Canaris* § 23 Rn. 6; *EBJS/Eckert* § 362 Rn. 33; *Hofmann* S. 168; *BH/Hopt* § 362 Rn. 6; *Heymann/Horn* § 362 Rn. 12; *Oetker/Maultzsch* § 362 Rn. 29; *KRM/Roth* § 362 Rn. 11; *K. Schmidt* § 19 II 2e bb, S. 562.

<sup>48</sup> S. oben § 7 Rn. 23.

<sup>49</sup> Ebenso BGH 27.10.1953, BGHZ 11, 1 (4f.); *Brox/Henssler* Rn. 305; *Canaris* § 23 Rn. 4; *EBJS/Eckert* § 362 Rn. 32; *Schlegelberger/Hefermehl* § 362 Rn. 19; *Hofmann* S. 174; *BH/Hopt* § 362 Rn. 6; *Heymann/Horn* § 362 Rn. 12; *Hübner* Rn. 486; *Oetker/Maultzsch* § 362 Rn. 30; *KRM/Roth* § 362 Rn. 11; *Wiedemann/Fleischer* S. 248; ausführlich *Mues* Die Irrtumsanfechtung im Handelsverkehr, 2004, S. 94 ff.

### 3. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben \*

#### a) Allgemeines

Enge Verwandtschaft mit § 362 Abs. 1 HGB weist die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben auf. Obwohl einschlägige Gesetzesbestimmungen fehlen, kommt nach der ständigen Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen ein Vertrag mit dem Inhalt eines Bestätigungsschreibens auch ohne entsprechendes Bewusstsein des Empfängers zustande, wenn dieser seinem Inhalt nicht unverzüglich widerspricht. Dieses in Rechtsprechung und Lehre entwickelte Rechtsinstitut bezweckt den Schutz der Verkehrssicherheit, insbesondere soll die schriftliche Abfassung Unklarheiten über den Vertragsinhalt vermeiden. Darüber hinaus erleichtert die Urkunde im Streitfall die Beweisführung für das Vorliegen einer bestimmten Vertragsabrede (§ 416 ZPO). Eine Parallele findet das kaufmännische Bestätigungsschreiben in der vom Handelsmakler erstellten Schlussnote (§ 94 HGB)<sup>50</sup> sowie im Hinblick auf die Beweiswirkung in der dem Handelsvertreter ausgestellten Vertragsurkunde<sup>51</sup> (§ 85 HGB) und dem Frachtbrief<sup>52</sup> (§ 409 HGB).

Von dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist die *Auftragsbestätigung* abzugrenzen, die im Handelsverkehr die Bestätigung eines Vertragsantrages bezeichnet und bei einer inhaltlichen Abweichung von diesem als neuer Antrag zu bewerten ist (§ 150 Abs. 2 BGB). Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass bei der Auftragsbestätigung noch kein Vertrag vorliegt und die Parteien deshalb auch nicht davon ausgehen, ein solcher sei bereits abgeschlossen worden.<sup>53</sup> Beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben nimmt dessen Verfasser hingegen an, der Vertrag sei bereits abgeschlossen und sein Schriftstück bestätige diesen lediglich.

---

\* **Schrifttum zur Ausbildung:** *Deckert*, Das kaufmännische und berufliche Bestätigungsschreiben, JuS 1998, S. 121 ff.; *Diederichsen*, Der „Vertragsschluß“ durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, JuS 1966, S. 129 ff.; *Lettl*, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, JuS 2008, S. 849 ff.; *Schärfl*, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, JA 2007, 567 ff.; *Wiedemann/Fleischer* S. 278 ff. **Zur Falllösung:** *Ensthaler/B. Schmidt* S. 94 ff. (Fall 11); *Hadding/Hennrichs* S. 88 ff. (Fall 14); *Hopt* S. 169 ff. (Fall 10); *Lettl* Fälle, S. 64 ff. (Fall 9); *Martinek/Bergmann* Fall 17–18; *Mertens*, Der verzeigte Bauunternehmer, JuS 1972, S. 201 ff.; *Saar/Müller* 8. Klausur; *Schwarz/Ernst*, Die verschweißten Silos, JuS 1991, 571 ff.; *Timm/Schöne* S. 104 ff. (Fall 8); *Wank* S. 146 ff. (Fall 17). **Zur Vertiefung:** v. *Dücker*, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, BB 1996, S. 3 ff.; *Moritz*, Vertragsfixierung durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, BB 1995, S. 420 ff.; *K. Schmidt*, Die Praxis zum sog. kaufmännischen Bestätigungsschreiben: ein Zankapfel der Vertragsrechtsdogmatik, Festschrift für H. Honsell, 2002, S. 99 ff.; *Thamm/Dezzer*, Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, DB 1997, S. 213 ff.

<sup>50</sup> Hierzu oben § 6 Rn. 70.

<sup>51</sup> Dazu oben § 6 Rn. 28.

<sup>52</sup> S. unten § 10 Rn. 4.

<sup>53</sup> S. z.B. BGH 29.9.1955, BGHZ 18, 212 (215); *Hofmann* S. 176 f.; *Oetker/Pamp* § 346 Rn. 40.

**b) Voraussetzungen**

- 33 Rechtsprechung und Lehre haben für das Vorliegen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens verschiedene objektive und subjektive Voraussetzungen entwickelt, ohne deren Vorliegen ein solches nicht angenommen werden kann.

**aa) Kaufmannseigenschaft**

- 34 Absender und Empfänger müssen nach herkömmlicher Auffassung grundsätzlich Kaufleute sein. Im Hinblick auf den Zweck des kaufmännischen Bestätigungsschreibens löst sich jedoch eine verbreitete Auffassung zunehmend von den Fesseln des Kaufmannsbegriffs und stellt ausschließlich darauf ab, ob der Schweigende (= Empfänger) wie ein Kaufmann am Geschäftsverkehr teilnimmt und deshalb von ihm die Beachtung kaufmännischer Verkehrssitten und eine entsprechende Betriebsorganisation erwartet werden kann.<sup>54</sup> Dieses extensive Verständnis wirkt sich vor allem aus, wenn der Schweigende Angehöriger eines freien Berufes (z.B. Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer) ist.<sup>55</sup> Auch er soll der Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben unterliegen.
- 35 Auf Seiten des Absenders ist der Kreis der erfassten Personen ebenfalls weiter als der Kaufmannsbegriff. Es genügt nach nahezu einhelliger Ansicht, dass der Verfasser wie ein Kaufmann am Handelsverkehr teilnimmt und sein Gegenüber erwarten kann, dass das Geschäft nach kaufmännischer Sitte abgewickelt werden soll.<sup>56</sup> Dieses extensive Verständnis überzeugt, da kein Grund besteht, den Empfänger wegen des nicht erkennbaren Fehlens der Kaufmannseigenschaft auf Seiten des Absenders besser zu stellen.
- 36 Die praktischen Konsequenzen einer vom Kaufmannsbegriff entkoppelten Festlegung des Absender- bzw. Adressatenkreises zeigen sich nicht nur bei Freiberuflern, sondern auch bei Personen, deren Gewerbe nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (Kleingewerbetreibende).<sup>57</sup> Da die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben auf die tatsächliche Teilnahme am Geschäftsverkehr abstellt, kann die Eintragung in das Handelsregister nicht als alleiniges Abgrenzungskriterium herangezogen werden.<sup>58</sup> Der Kleingewerbetreibende bekundet damit lediglich, dass er am kaufmännischen Geschäftsverkehr teilnehmen will, so dass er grundsätzlich in den Absender- und Adressatenkreis einzubeziehen ist. Bei nicht eingetragenen Kleingewer-

<sup>54</sup> So *Canaris* § 23 Rn. 46; *BH/Hopt* § 346 Rn. 18; *Hübner* Rn. 495; *EBJS/Joost* § 346 Rn. 76; *Oetker/Pamp* § 346 Rn. 51; ähnlich *K. Schmidt* § 19 III 2a, S. 568 f.; zurückhaltend *Hofmann* S. 180.

<sup>55</sup> Siehe RG 11.11.1930, JW 1931, 522 (524): Rechtsanwalt; ebenso OLG Hamm 15.11.1999, VersR 2001, 1240 (1241); BGH 28.6.1967, DB 1967, 1362: Wirtschaftsprüfer.

<sup>56</sup> BGH 26.6.1963, BGHZ 40, 42 (43 f.); *EBJS/Joost* § 346 Rn. 76; *Kindler* § 7 Rn. 19; *MK-HGB/K. Schmidt* § 346 Rn. 156; weitergehend *Canaris* § 23 Rn. 45; *BH/Hopt* § 346 Rn. 19; *Hübner* Rn. 496.

<sup>57</sup> Dazu näher *Schmitt* Die Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden nach dem Handelsrechtsreformgesetz, 2003, S. 282 ff.

<sup>58</sup> So aber wohl *Schmitt* Die Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden nach dem Handelsrechtsreformgesetz, 2003, S. 284.

betreibenden sind demgegenüber die Umstände des Einzelfalles maßgebend. Das gilt insbesondere auf Empfängerseite. Deshalb hängt die Einbeziehung des Kleingewerbetreibenden in die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben vor allem von seinem tatsächlichen Auftreten im Geschäftsverkehr ab.<sup>59</sup>

### **bb) Vorangehender Vertragsschluss**

Das Bestätigungsschreiben muss in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit den über den Vertrag geführten Verhandlungen und dem tatsächlichen oder vermeintlichen Vertragsschluss stehen.<sup>60</sup> Nur unter dieser Voraussetzung besteht für den Empfänger die Möglichkeit und der Anlass, dem Schreiben unverzüglich zu widersprechen, weil er entweder einen Vertragsschluss überhaupt in Abrede stellt oder aber mit einem solchen zu den im Bestätigungsschreiben genannten Konditionen nicht einverstanden ist. Die mit dem Schreiben verbundene Bitte um eine Gegenbestätigung steht einem in dem Bestätigungsschreiben wiedergegebenen Vertragsschluss nicht zwingend entgegen, da hiermit auch das Anliegen verfolgt werden kann, einen Beweis für den Zugang des Schreibens zu erlangen.<sup>61</sup>

Der Absender des kaufmännischen Bestätigungsschreibens muss davon ausgehen, dass bereits ein Vertrag geschlossen ist, dessen Inhalt sein Schreiben lediglich wiederholt. Handelt er nicht in diesem Glauben, ist er gegenüber dem Empfänger nicht schutzwürdig, und es liegt lediglich eine abweichende Auftragsbestätigung und damit gem. § 150 Abs. 2 BGB ein neuer Antrag vor. Das gilt auch, wenn die Parteien dabei bereits ausdrücklich vereinbarte Vertragspunkte wiederholen. Meint der Absender hingegen, über bestimmte Nebenpunkte eines Vertrages bestehe keine Vereinbarung, so kann er diese gleichwohl in sein Schreiben aufnehmen, ohne dass dieses seinen bestätigenden Charakter verliert. Das entspricht der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit, denen die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreibens dient.<sup>62</sup>

Eine wesentliche Änderung des Inhalts des tatsächlich oder vermeintlich geschlossenen Vertrages ist dem Absender des Bestätigungsschreibens nicht gestattet. Die Grenze zu einer derartigen Abweichung ist überschritten, wenn der Absender aufgrund der Diskrepanz zwischen seinem Schreiben und dem Ergebnis der Vertragsverhandlungen vernünftigerweise nicht mehr mit einer Zustimmung des Empfängers rechnen konnte.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Ebenso EBJS/*Joost* § 346 Rn. 77; Oetker/*Pamp* § 346 Rn. 52; MK-HGB/K. Schmidt § 346 Rn. 154.

<sup>60</sup> BGH 27.1.1965, NJW 1965, 965 (966); 8.2.2001, NJW-RR 2001, 680 (680); *Canaris* § 23 Rn. 18; *Hofmann* S. 176; BH/*Hopt* § 346 Rn. 20 f.; EBJS/*Joost* § 346 Rn. 71; Oetker/*Pamp* § 346 Rn. 46; K. Schmidt § 19 III 4b, S. 577 f.

<sup>61</sup> S. BGH 24.10.2006, NJW-RR 2007, 325 (327); Oetker/*Pamp* § 346 Rn. 43.

<sup>62</sup> *Canaris* § 23 Rn. 26; KRM/*Roth* § 346 Rn. 30.

<sup>63</sup> So seit RG 25.2.1919, RGZ 95, 48 (51); in neuerer Zeit z.B. BGH 30.1.1985, BGHZ 93, 338 (343); 8.2.2001, NJW-RR 2001, 680 (681); BH/*Hopt* § 346 Rn. 27; Oetker/*Pamp* § 346 Rn. 60; K. Schmidt § 19 III 5b, S. 581 f.

**cc) Redlichkeit des Absenders**

- 40 Der Absender des Schreibens muss redlich sein, d.h. in gutem Glauben handeln.<sup>64</sup> Diese subjektive Voraussetzung ist nicht mit dem objektiven Erfordernis der Wiedergabe des Vertragsinhalts zu verwechseln. Es dient in erster Linie dazu, einen Missbrauch der zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätze durch den Absender zu verhindern. Unredlich handelt z.B., wer den Empfänger des Schreibens in der Hoffnung, er werde es nicht lesen, zu einem von diesem nicht gewollten Vertragsschluss „überrumpeln“ will.<sup>65</sup> Eine hierauf beruhende Unrichtigkeit des Schreibens führt dazu, dass dieses nicht die Wirkung als Bestätigungsschreiben entfaltet. Das gilt auch, wenn die gewollte Abweichung nur einen Teil des Vertrages betrifft. Praktisch bedeutsam ist die Unredlichkeit des Absenders darüber hinaus, wenn auf der Gegenseite ein Vertreter ohne Vertretungsmacht die Verhandlungen führte und dem Absender diese Tatsache bekannt war oder ihm infolge Fahrlässigkeit unbekannt blieb.<sup>66</sup> Hatte der Absender bei den Vertragsverhandlungen einen Vertreter eingeschaltet, so wird ihm dessen Kenntnis zugerechnet.<sup>67</sup> Zu entscheiden sind diese Fälle nach den allgemeinen Grundsätzen über rechtsmissbräuchliches Verhalten.

**dd) Kein Widerspruch des Empfängers**

- 41 Der Empfänger des Schreibens<sup>68</sup> muss dem Bestätigungsschreiben unverzüglich widersprechen, wenn er verhindern will, dass die besonderen Rechtswirkungen des Rechtsinstituts eintreten.<sup>69</sup> Das Unterlassen des Widerspruches gehört deshalb zu den (negativen) Anwendungsvoraussetzungen. Schweigt der Empfänger, so gibt er damit zu verstehen, dass er ebenfalls von einem Vertragsschluss mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens ausgeht. Das gilt selbst dann, wenn für den Empfänger bei den Vertragsverhandlungen ein vollmachtsloser Vertreter aufgetreten ist.<sup>70</sup>
- 42 Ist er mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens nicht einverstanden, so muss er entsprechend § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB unverzüglich widersprechen, wobei dies i.S. des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB zu verstehen ist.<sup>71</sup> Der Empfänger darf sei-

<sup>64</sup> *Canaris* § 23 Rn. 40; *Hofmann* S. 177; *Hübner* Rn. 499; *EBJS/Joost* § 346 Rn. 85; *MKGHB/K. Schmidt* § 346 Rn. 162.

<sup>65</sup> RG 25.2.1919, RGZ 95, 48 (50 f.).

<sup>66</sup> *Canaris* § 23 Rn. 42.

<sup>67</sup> BGH 26.6.1963, BGHZ 40, 42 (45 ff.).

<sup>68</sup> Wie bei § 362 HGB ist auch bei der Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben erforderlich, dass dieses dem Schweigenden zugegangen ist. Hierzu näher BGH 3.3.1956, BGHZ 20, 149 (152); *Hofmann* S. 177; *BH/Hopt* § 346 Rn. 23; *Heymann/Horn* § 346 Rn. 53; *Oetker/Pamp* § 346 Rn. 45; *KRM/Roth* § 346 Rn. 29; *K. Schmidt* § 19 III 4b, S. 577 f.

<sup>69</sup> BGH 29.9.1955, BGHZ 18, 212 (213 f.); *BH/Hopt* § 346 Rn. 25; *Heymann/Horn* § 346 Rn. 54; *EBJS/Joost* § 346 Rn. 72; *Oetker/Pamp* § 346 Rn. 47; *K. Schmidt* § 19 III 4c, S. 578.

<sup>70</sup> BGH 10.1.2007, NJW 2007, 987 (988).

<sup>71</sup> So BGH 18.1.1978, BGHZ 70, 232 (233); OLG Hamm 15.11.1999, VersR 2001, 1240 (1241); *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rn. 130; *BH/Hopt* § 346 Rn. 25; *Heymann/Horn*

nen Widerspruch deshalb nicht schuldhaft verzögern. Ein verspäteter Widerspruch steht dem Schweigen gleich und bindet den Empfänger an den Inhalt des Bestätigungsschreibens.<sup>72</sup> Die Beweislast für die Unverzüglichkeit des Widerspruchs trägt der Widersprechende.<sup>73</sup> Den Zugang des Bestätigungsschreibens und dessen Zeitpunkt muss hingegen der Absender beweisen.<sup>74</sup>

### c) Rechtsfolgen

#### aa) *Deklaratorische und konstitutive Bestätigungsschreiben*

Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens für den Inhalt des tatsächlich oder vermeintlich geschlossenen Vertrages sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Grundsätzlich sind *deklaratorische* und *konstitutive* Bestätigungsschreiben zu trennen.<sup>75</sup> Den Regelfall bildet das deklaratorische Bestätigungsschreiben. Bei diesem ist der Vertrag tatsächlich oder vermeintlich bereits wirksam geschlossen und das Schreiben gibt dessen Inhalt nochmals wieder. Es dient der Klarheit im Rechtsverkehr und der Beweissicherung im Fall von Unsicherheiten. Das konstitutive Bestätigungsschreiben ist demgegenüber die Ausnahme. In diesem Fall liegt zwar ebenfalls bereits eine Einigung vor, die Parteien verabreden aber, dass das Vereinbarte erst mit einer schriftlichen Bestätigung gelten soll.<sup>76</sup>

Trotz dieser systematischen Zweiteilung kann auch das deklaratorische Bestätigungsschreiben konstitutive Wirkung entfalten. Das ist stets der Fall, wenn der vermeintliche Vertragsschluss tatsächlich noch nicht vorlag oder die Parteien über bestimmte Nebenbestimmungen des Vertrages noch keine Einigung erzielt hatten. In dieser Konstellation entfaltet auch das deklaratorische Bestätigungsschreiben konstitutive Wirkung, wenn der Empfänger nicht unverzüglich widersprochen hat, da der Vertrag als mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens abgeschlossen gilt.<sup>77</sup> Zu beachten ist allerdings, dass eine derartige konstitutive Wirkung bereits tatbestandlich ausgeschlossen ist, wenn der Inhalt des Schreibens vom Ergebnis der vorausgegangenen Verhandlungen so weit abweicht, dass der Absender vernünftigerweise nicht mit einer Zustimmung des Empfängers rechnen konnte oder die Verhandlungen noch nicht beendet waren.<sup>78</sup>

---

§ 346 Rn. 54; EBS/Jost § 346 Rn. 74; Oetker/Pamp § 346 Rn. 47; KRM/Roth § 346 Rn. 31; s. auch K. Schmidt § 19 III 4c, S. 578 f.

<sup>72</sup> Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rn. 130; Heymann/Horn § 346 Rn. 54; Oetker/Pamp § 346 Rn. 48; KRM/Roth § 346 Rn. 32; K. Schmidt § 19 III 4c, S. 578.

<sup>73</sup> RG 10.7.1926, RGZ 114, 282 (283); Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rn. 133; BH/Hopt § 346 Rn. 25; EBS/Jost § 346 Rn. 74; Oetker/Pamp § 346 Rn. 47; K. Schmidt § 19 III 4c, S. 578.

<sup>74</sup> BGH 18.1.1978, BGHZ 70, 232 (234); Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rn. 133; BH/Hopt § 346 Rn. 25; EBS/Jost § 346 Rn. 74.

<sup>75</sup> Näher K. Schmidt § 19 III 3, S. 571 f.

<sup>76</sup> K. Schmidt § 19 III 3, S. 571 f.

<sup>77</sup> BGH 26.6.1963, BGHZ 40, 42 (46); näher zu dieser Problematik K. Schmidt § 19 III 3b, S. 573 ff.

<sup>78</sup> S. oben § 7 Rn. 39.

**bb) Kreuzende Bestätigungsschreiben**

- 45 Einen besonderen Problemkreis bilden *kreuzende Bestätigungsschreiben*. Sie liegen vor, wenn beide Parteien der jeweiligen Gegenseite den Vertrag bestätigen, bevor sie selbst von dieser ein Bestätigungsschreiben erhalten. In der Praxis treten derartige Fälle insbesondere auf, wenn beide Seiten versuchen, nachträglich ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag einzubeziehen.
- 46 Die rechtliche Lösung hat von dem Zweck der Bestätigungsschreiben auszugehen. Da die mit ihnen verfolgte Gewährleistung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit mit sich zumindest teilweise widersprechenden Schreiben nicht zu erfüllen ist,<sup>79</sup> entfaltet keines der Schreiben die zgedachte Wirkung und der Vertrag ist jedenfalls dann nicht zustande gekommen, wenn die kreuzenden Bestätigungsschreiben wesentliche Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*) betreffen. Weichen die Schreiben dagegen nur bezüglich der Nebenbestimmungen, also der *accidentalialia negotii*, voneinander ab und ist aus den Gesamtumständen erkennbar, dass die Parteien gebunden bleiben wollen, dann kommt es zum bzw. bleibt es beim Vertragsabschluss. Der Vertrag hat den Inhalt der Bestätigungsschreiben, soweit diese übereinstimmen.<sup>80</sup> Die zu einem anderen Ergebnis gelangende sog. Theorie des letzten Wortes, die noch die ältere Rechtsprechung favorisiert hatte und die auf das jeweils letzte Schreiben abstellte,<sup>81</sup> wurde inzwischen mit Recht aufgegeben.<sup>82</sup> Verbleibende Lücken im Vertrag sind nach den allgemeinen Regeln zu schließen, also entweder mittels ergänzender Vertragsauslegung oder durch dispositives Gesetzesrecht.<sup>83</sup>

**II. Einfluss des Handelsbrauchs auf das Rechtsgeschäft****1. Bedeutung des Handelsbrauchs**

- 47 Eine Konkretisierung des § 157 BGB enthält § 346 HGB. Neben die Verkehrssitte (§ 157 BGB) treten als Auslegungsmaximen bei Handelsgeschäften die Gewohnheiten und Bräuche im Handelsverkehr hinzu. Sie präzisieren die Verkehrssitte und werden zusammenfassend als Handelsbräuche bezeichnet. Aufgrund der großen Anzahl und der damit im Zusammenhang stehenden weit reichenden Typisierungen der Handelsgeschäfte haben Handelsbräuche für die Auslegung von Handlungen und Unterlassungen im Handelsverkehr große Bedeutung. Obwohl § 346 HGB von Gewohnheiten spricht, sind diese nicht mit dem Gewohnheitsrecht zu verwechseln.<sup>84</sup> Im Gegensatz zu diesem sind Handelsbräuche keine Rechtsquel-

<sup>79</sup> K. Schmidt § 19 III 5c, S. 583.

<sup>80</sup> BGH 26.9.1973, BGHZ 61, 282 (288); Oetker/Pamp § 346 Rn. 49.

<sup>81</sup> So noch BGH 29.9.1955, BGHZ 18, 212 (215).

<sup>82</sup> S. ausdrücklich BGH 26.9.1973, BGHZ 61, 282 (288).

<sup>83</sup> S. BGH 26.9.1973, BGHZ 61, 282 (288).

<sup>84</sup> Canaris § 22 Rn. 12; EBS/Joost § 346 Rn. 5; Oetker/Pamp § 346 Rn. 16; MK-HGB/K. Schmidt § 346 Rn. 16.



le.<sup>85</sup> Beachtlich sind diese deshalb nur in Verbindung mit dem jeweiligen Rechtsgeschäft und den hieraus resultierenden Auslegungsfragen. Aus diesem Grunde bleibt die Einbeziehung der Handelsbräuche in das handelsrechtliche Normengefüge auch weit hinter der im internationalen Handelsrecht beheimateten „lex mercatoria“ zurück.<sup>86</sup>

Dem besonderen Stellenwert des Handelsbrauchs für die Handelsgeschäfte trägt auch das Gerichtsverfassungsrecht Rechnung. Es eröffnet in den §§ 93 ff. GVG die von den Bundesländern allgemein wahrgenommene Möglichkeit, an den Landgerichten spezielle Kammern für Handelssachen (KfH) zu bilden. Abweichend von der normalen Zusammensetzung (§ 75 GVG: drei Berufsrichter) gehören ihnen neben einem Berufsrichter zwei ehrenamtliche Richter an, bei denen aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit zu vermuten ist, dass sie über eine besondere Sachkunde zu den Gepflogenheiten im kaufmännischen Geschäftsverkehr verfügen (§ 109 Abs. 1 GVG). Dies rechtfertigt es, dass die Kammer für Handelssachen aufgrund eigener Sachkunde über das Bestehen von Handelsbräuchen entscheiden kann (§ 114 GVG).

48

## 2. Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Handelsbräuchen

Die Entstehung eines Handelsbrauches erfordert eine tatsächliche sowie allgemeine Übung von gewisser Zeitdauer aufgrund einer Zustimmung<sup>87</sup> der Beteiligten<sup>88</sup> und wird vom Gericht ggf. aufgrund von Gutachten der Industrie- und Handelskammer festgestellt.<sup>89</sup> Da der Handelsbrauch kein Gewohnheitsrecht begründet, kann sich das Gericht für das Bestehen eines solchen nicht auf § 293 ZPO stützen und von Amts wegen Ermittlungen anstellen.<sup>90</sup> Es ist vielmehr Aufgabe derjenigen Partei, die sich auf einen Handelsbrauch beruft, diesen darzulegen und ggf. zu

49

<sup>85</sup> BGH 29.11.1961, JZ 1963, 167 (169); Oetker/Pamp § 346 Rn. 6; KRM/Roth § 346 Rn. 1.

<sup>86</sup> Zur „lex mercatoria“ einführend Ehricke JuS 1990, 967 ff.; vertiefend Mertens Festschrift für Odersky, 1996, S. 857 ff.; U. Stein Lex mercatoria, 1995; Teubner Festschrift für Zöllner Bd. I, 1998, S. 565 ff.; Zumbansen RabelsZ Bd. 67 (2003), 637 ff. sowie Berger RIW 2002, 256 ff.

<sup>87</sup> Die einseitige Übung oder das Diktat einer Seite kann keinen Handelsbrauch begründen; s. BGH 21.12.1973, BGHZ 62, 71 (83); Bülow Rn. 358; Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rn. 10; Oetker/Pamp § 346 Rn. 10.

<sup>88</sup> RG 10.1.1925, RGZ 110, 47 (48 f.); BGH 25.11.1993, NJW 1994, 659 (660); 11.5.2001, NJW 2001, 2464 (2465); näher Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rn. 8 ff.; EBJS/Joost § 346 Rn. 10; Staub/Koller<sup>4</sup> § 346 Rn. 9 ff.; Oetker/Pamp § 346 Rn. 9.

<sup>89</sup> EBJS/Joost § 346 Rn. 25; Oetker/Pamp § 346 Rn. 28; MK-HGB/K. Schmidt § 346 Rn. 26; näher hierzu das Merkblatt des Deutschen Industrie- und Handelstages (DIHT) für die Feststellung von Handelsbräuchen, abgedruckt bei: MK-HGB/K. Schmidt § 346 Rn. 171 ff. Exemplarisch zu den „Tegernseer Gebräuchen“ für den Holzhandel ThürOLG 5.12.2002, OLG-NL 2003, 241 f. sowie für die kostenfreie Stornierung von Verträgen zwischen Event-Veranstaltern und Hotels LG Hamburg 21.11.2003, NJW-RR 2004, 699 ff.; zum Handelsbrauch einer „Nettopreisvereinbarung“ BGH 11.5.2001, NJW 2001, 2464 (2465) und eines verlängerten Eigentumsvorbehalts beim Handel mit Windkraftanlagen BGH 22.9.2003, NJW-RR 2004, 555 (555).

<sup>90</sup> Hierfür aber Oestmann JZ 2003, 285 (287 ff.).

beweisen.<sup>91</sup> Stets ist eine Gesamtschau vorzunehmen, so dass z.B. eine besonders große Zahl von Geschäften eine relativ kurze Zeitdauer der Übung ausgleichen kann.<sup>92</sup> Umgekehrt entsteht bei relativ seltenen Geschäften ein Handelsbrauch regelmäßig erst nach mehreren Jahren.<sup>93</sup>

**50** Widerspricht der Handelsbrauch objektivem Recht, dann ist zwischen zwingendem und dispositivem Recht zu unterscheiden. Zwingendes Recht kann von den Parteien nicht abbedungen werden und geht deshalb jedem Handelsbrauch vor.<sup>94</sup> Die Anwendbarkeit dispositiven Rechts können die Parteien hingegen ausschließen. Bildet sich daraus ein entsprechender Handelsbrauch, so geht dieser der gesetzlichen Regelung vor, sofern nicht ein entgegenstehender Handelsbrauch wegen des Zwecks der abbedungenen Gesetzesbestimmung unberücksichtigt bleiben soll.<sup>95</sup>

**51** § 346 HGB ist nur anwendbar, wenn das Rechtsgeschäft dem Handelsbrauch in zeitlicher, räumlicher und persönlicher Hinsicht unterfällt. Hieraus folgt zunächst, dass der Handelsbrauch bereits zum *Zeitpunkt* des Vertragsschlusses bestanden haben muss.<sup>96</sup> Da Handelsbräuche oftmals *lokalen oder regionalen* Charakter haben, ist für die Anwendbarkeit eines Handelsbrauchs ferner auf seine Geltung an dem Ort abzustellen, an dem das Geschäft seinen Schwerpunkt hat.<sup>97</sup> Ist dieser nicht feststellbar und liegt keine abweichende Vereinbarung vor, so gelten die am Erfüllungsort herrschenden Handelsbräuche,<sup>98</sup> was dem Rechtsgedanken des § 361 HGB entspricht, der für einen vergleichbaren Sachverhalt (Maß, Gewicht, Währung etc.) „im Zweifel“ ebenfalls auf den Erfüllungsort abstellt. Der *persönliche Anwendungsbereich* von Handelsbräuchen umfasst grundsätzlich nur Kaufleute. Ausnahmsweise können diese aber auch für die Auslegung der Handlungen von Nichtkaufleuten herangezogen werden, wenn sie wie Kaufleute am Handelsverkehr teilnehmen.<sup>99</sup> In einem derartigen Fall ist der Übergang von § 346 HGB

<sup>91</sup> BGH 29.11.1961, JZ 1963, 167 (169); BH/Hopt § 346 Rn. 13; EBJS/Joost § 346 Rn. 24; Oetker/Pamp § 346 Rn. 27; MK-HGB/K. Schmidt § 346 Rn. 25.

<sup>92</sup> RG 29.4.1919, LZ 1920, 439; Bülow Rn. 357; Canaris § 22 Rn. 6, 7; EBJS/Joost § 346 Rn. 6; Oetker/Pamp § 346 Rn. 9.

<sup>93</sup> BGH 1.12.1965, NJW 1966, 502 (503); GK-HGB/Achilles § 346 Rn. 12; Heymann/Horn § 346 Rn. 22; Oetker/Pamp § 346 Rn. 9; s. auch EBJS/Joost § 346 Rn. 6; Staub/Koller<sup>4</sup> § 346 Rn. 7; MK-HGB/K. Schmidt § 346 Rn. 13.

<sup>94</sup> BGH 21.12.1973, BGHZ 62, 71 (82); Canaris § 22 Rn. 34; BH/Hopt § 346 Rn. 10; Heymann/Horn § 346 Rn. 7; Hübner Rn. 521; EBJS/Joost § 346 Rn. 27; Oetker/Pamp § 346 Rn. 3; KRM/Roth § 346 Rn. 12; MK-HGB/K. Schmidt § 346 Rn. 37.

<sup>95</sup> BGH 1.12.1965, NJW 1966, 502 (504); BH/Hopt § 346 Rn. 10; Hübner Rn. 521; EBJS/Joost § 346 Rn. 28; Staub/Koller<sup>4</sup> § 346 Rn. 15; Oetker/Pamp § 346 Rn. 3; HK-HGB/Ruß § 346 Rn. 5; MK-HGB/K. Schmidt § 346 Rn. 38.

<sup>96</sup> Canaris § 22 Rn. 27.

<sup>97</sup> BGH 12.1.1976, BB 1976, 480 (480 f.); Canaris § 22 Rn. 40; Heymann/Horn § 346 Rn. 11; EBJS/Joost § 346 Rn. 12; Oetker/Pamp § 346 Rn. 22; KRM/Roth § 346 Rn. 8.

<sup>98</sup> BGH 2.5.1984, WM 1984, 1000 (1003); Canaris § 22 Rn. 42; BH/Hopt § 346 Rn. 7; EBJS/Joost § 346 Rn. 13; Oetker/Pamp § 346 Rn. 22.

<sup>99</sup> RG 6.4.1914, JW 1914, 673 (674); BGH 2.7.1980, WM 1980, 1122 (1123); näher Heymann/Horn § 346 Rn. 9; EBJS/Joost § 346 Rn. 18; MK-HGB/K. Schmidt § 346 Rn. 12;

zu § 157 BGB fließend und eine genaue Trennung zwischen einfacher Verkehrs-  
sitten und Handelsbrauch oftmals nur schwer möglich.

Subjektive Voraussetzungen sind für die Berücksichtigung des Handelsbrauchs  
nicht erforderlich. Bei Kaufleuten ist er deshalb auch dann für die Auslegung von  
Willenserklärungen heranzuziehen, wenn er einer oder beiden Parteien unbekannt  
ist.<sup>100</sup> Bedeutsam ist das insbesondere, wenn sich eine Vertragspartei über den  
rechtlichen Erklärungsgehalt einer Handelsklausel im Irrtum befindet. Nach all-  
gemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen müsste sich der Erklärende in diesem Fall  
eigentlich auf einen Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 1. Alt. BGB) in der Ausprägung  
des Verlautbarungsirrtums berufen können. Wegen des gesteigerten Vertrauens-  
tatbestandes beim Vorliegen eines Handelsbrauchs ist dem Erklärenden in dieser  
Konstellation gleichwohl das Recht zur Irrtumsanfechtung abgeschnitten.<sup>101</sup>

52

### 3. Rechtsfolgen

Liegt ein Handelsbrauch vor und unterfällt diesem die zu prüfende Handlung oder  
Unterlassung, so ist deren Bedeutung entsprechend dem Gebräuchlichen, dem Üb-  
lichen auszulegen. Aufgrund des Handelsbrauchs ist widerlegbar zu vermuten,  
dass die Parteien die Erklärungen im Sinne des Üblichen verwendet haben.<sup>102</sup> Be-  
sondere Beachtung verdient der Handelsbrauch als Auslegungskriterium bei der  
Verwendung standardisierter Klauseln, denen der Handelsverkehr üblicherweise  
einen bestimmten Bedeutungsgehalt beilegt.<sup>103</sup> Anhaltspunkte für einen interna-  
tionalen Handelsbrauch liefern die „Trade terms“ aus dem Jahre 1953<sup>104</sup> sowie die  
„Incoterms“ aus dem Jahre 2000.<sup>105</sup>

53

Weicht das übereinstimmende Verständnis der Parteien bezüglich der Bedeu-  
tung eines Verhaltens von dem nach dem Handelsbrauch beizumessenden Erklä-  
rungsgehalt ab, dann genießt wegen der Privatautonomie die Auffassung der Par-  
teien den Vorrang.<sup>106</sup> Da die Handelsbräuche nicht dem Drittschutz dienen, kön-

54

---

*Schmitt* Die Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden nach dem Handelsrechtsreformge-  
setz, 2003, S. 280 ff.

<sup>100</sup> BGH 7.3.1973, BB 1973, 635 (636); GK-HGB/*Achilles* § 346 Rn. 23; *Canaris* § 22 Rn. 28,  
29; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rn. 31; *BH/Hopt* § 346 Rn. 8; *Heymann/Horn* § 346  
Rn. 5; *Hübner* Rn. 521; *EBJS/Joost* § 346 Rn. 11; *Oetker/Pamp* § 346 Rn. 14; *KRM/Roth*  
§ 346 Rn. 11; *MK-HGB/K. Schmidt* § 346 Rn. 34.

<sup>101</sup> So *Canaris* § 22 Rn. 30, 31; *BH/Hopt* § 346 Rn. 9; *Oetker/Pamp* § 346 Rn. 15; *KRM/Roth*  
§ 346 Rn. 17; *MK-HGB/K. Schmidt* § 346 Rn. 35; im Grundsatz auch *Heymann/Horn* § 346  
Rn. 5; zurückhaltender *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rn. 32; *EBJS/Joost* § 346 Rn. 20;  
ausführlich zur Problematik *Mues* Die Irrtumsanfechtung im Handelsverkehr, 2004,  
S. 103 ff.

<sup>102</sup> *Canaris* § 22 Rn. 13 ff.

<sup>103</sup> S. z.B. die Auflistung bei *BH/Hopt* § 346 Rn. 40; *EBJS/Joost* § 346 Rn. 105 ff.

<sup>104</sup> Abgedruckt bei: *Heymann/Horn* § 346 Rn. 135.

<sup>105</sup> Abgedruckt bei: *BH/Hopt* S. 1691 ff.; *EBJS/Joost* § 346 Rn. 136; *MK-HGB/K. Schmidt*  
§ 346 Rn. 116; dazu im Überblick *Lehr* VersR 2000, 548 ff.; *Piltz* RIW 2000, 485 ff.; *Wer-  
tenbruch* ZGS 2005, 136 ff.

<sup>106</sup> BGH 22.1.1957, BGHZ 23, 131 (137); *Hübner* Rn. 521; *KRM/Roth* § 346 Rn. 13; *MK-  
HGB/K. Schmidt* § 346 Rn. 40.

nen die Parteien stets eine abweichende Bedeutung vereinbaren. Gleichzeitig verbietet die Anwendbarkeit des Handelsbrauchs für typische und wiederkehrende Klauseln eine ergänzende Vertragsauslegung, soweit diese dem üblichen Sinn zuwiderlaufen würde.<sup>107</sup> Der Handelsverkehr muss sich auf die klar abgegrenzte und bestimmte Bedeutung der Klauseln verlassen können.

### III. Formvorschriften

- 55** Die Formvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches leiten ihre Legitimation neben der Beweisfunktion oftmals aus dem Schutz des rechtlich Unerfahrenen ab, um ihn vor übereiltem Handeln zu schützen und die Folgen einer bestimmten Rechtshandlung zu verdeutlichen. Sie haben deshalb vornehmlich eine Warnfunktion.<sup>108</sup> Bei Kaufleuten kann hingegen überlegtes Handeln und eine gewisse Erfahrung in rechtlichen Angelegenheiten vorausgesetzt werden. Ihre Schutzbedürftigkeit vor den Folgen eigenen Handelns ist daher im Vergleich zu Nichtkaufleuten deutlich geringer. Soweit sich der Zweck der Formvorschriften in der Warnfunktion erschöpft, ist es deshalb folgerichtig, dass einzelne von diesen, die im Bürgerlichen Gesetzbuch normiert sind, nach § 350 HGB für Kaufleute nicht gelten.<sup>109</sup>
- 56** Allerdings beschränkt § 350 HGB die Befreiung von den Formvorschriften auf wenige risikoreiche Rechtsgeschäfte, die aber im Handelsverkehr verbreitet sind, so dass deren Risiken bei Kaufleuten erfahrungsgemäß bekannt sein dürften. Den Kreis der hiervon erfassten Rechtsgeschäfte zählt § 350 HGB abschließend auf: Es handelt sich um die Bürgschaft, das Schuldversprechen und das Schuldanerkennen; § 350 HGB durchbricht für diese die Formvorschriften der §§ 766, 780 und 781 BGB. Wegen des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke kann § 350 HGB nicht mittels eines Analogieschlusses auf weitere Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden.<sup>110</sup> Das gilt auch für das Erfordernis einer notariellen Beurkundung von Grundstückskaufverträgen (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB).<sup>111</sup>
- 57** Tatbestandlich genügt ein einseitiges Handelsgeschäft, sofern der von der Formvorschrift Geschützte Kaufmann ist;<sup>112</sup> bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft greift § 350 HGB erst recht ein. Die Kaufmannseigenschaft beurteilt sich

<sup>107</sup> BGH 15.6.1954, BGHZ 14, 61 (62).

<sup>108</sup> S. z.B. *Larenz/Wolf* § 27 Rn. 8.

<sup>109</sup> Näher zum Zweck des § 350 HGB *Canaris* § 24 Rn. 7 ff.; *EBJS/Hakenberg* § 350 Rn. 1; *Oetker/Pamp* § 350 Rn. 1; *MK-HGB/K. Schmidt* § 350 Rn. 1.

<sup>110</sup> Zu erwägen ist eine analoge Anwendung des § 350 HGB, wenn die dort genannten Formvorschriften auf andere Verträge entsprechend anzuwenden sind; konsequent deshalb *MK-HGB/K. Schmidt* § 350 Rn. 12.

<sup>111</sup> S. BGH 27.10.1967, BGHZ 48, 396 ff.

<sup>112</sup> Zu der Frage, ob § 350 HGB auch die Mitglieder von Handelsgesellschaften privilegiert, s. statt aller *Canaris* § 24 Rn. 11 f. sowie BGH 12.5.1986, NJW-RR 1987, 42 (43); 28.1.1993, BGHZ 121, 224 (228).

anhand der §§ 1 bis 6 HGB,<sup>113</sup> Kleingewerbetreibende (§ 1 Abs. 2 HGB) sind von den in § 350 HGB genannten Formvorschriften nur befreit, wenn sie in das Handelsregister eingetragen sind.<sup>114</sup> Maßgebend für die Anwendung von § 350 HGB ist stets der Zeitpunkt, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.<sup>115</sup> Wird die Kaufmannseigenschaft erst später erlangt, so tritt keine Heilung des Formmangels ein. Vielmehr bedarf es einer ggf. formlosen Bestätigung des Rechtsgeschäfts (§ 141 BGB), die gesondert zu prüfen ist.<sup>116</sup>

Die Freistellung durch § 350 HGB bezieht sich nur auf die jeweiligen Formerfordernisse des Rechtsgeschäfts. Alle anderen Voraussetzungen für dessen Rechtswirksamkeit gelten auch bei Handelsgeschäften uneingeschränkt.<sup>117</sup> So bleibt z.B. das Erfordernis der Bestimmtheit der Forderung, das für die bürgerlich-rechtliche Bürgschaft entwickelt wurde, auch dann zu beachten, wenn die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist.<sup>118</sup>

Von § 350 HGB bleibt die allgemeine Regel unberührt, dass die Berufung auf einen Formmangel gegen die Gebote von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen kann.<sup>119</sup> Diese kann auch bei Handelsgeschäften eingreifen und insbesondere solche Fallgestaltungen betreffen, in denen § 350 HGB wegen fehlender Kaufmannseigenschaft nicht anwendbar ist. Hat sich eine Vertragspartei als Kaufmann geriert und unter ausdrücklichem Hinweis auf ihren Standesethos sowie ihre Redlichkeit die Beachtung der in § 350 HGB genannten gesetzlichen Formvorschriften abgelehnt und durfte sich deren Gegenüber trotzdem auf die Erfüllung der Verpflichtungen verlassen, so ist eine spätere Berufung auf den so entstandenen Formmangel rechtsmissbräuchlich.<sup>120</sup> Die Rechtswirksamkeit des Vertrages scheitert in diesem Fall nicht an dem Verstoß gegen die Formvorschrift.

<sup>113</sup> Problematisch ist die Anwendung auf Scheinkaufleute außerhalb des Anwendungsbereichs des § 5 HGB. Verbreitet wird angenommen, dass ihnen die Berufung auf den Formmangel versagt ist. So z.B. LG Oldenburg 9.5.1995, NJW-RR 1996, 286 (287); Schlegelberger/*Hefermehl* § 350 Rn. 18; Heymann/*Horn* § 350 Rn. 5. Für Freiberufler wird die analoge Anwendung des § 350 HGB vereinzelt erwogen, wenn ihr Geschäftsbetrieb nach Art und Umfang „kaufmännischer“ Einrichtungen bedarf (hierfür MK-HGB/K. Schmidt § 350 Rn. 7; ablehnend jedoch *Canaris* § 24 Rn. 10; EBJs/*Hakenberg* § 350 Rn. 13; Staub/*Koller*<sup>4</sup> § 350 Rn. 6).

<sup>114</sup> Für die allg. Ansicht Staub/*Koller*<sup>4</sup> § 350 Rn. 5; MK-HGB/K. Schmidt § 350 Rn. 4.

<sup>115</sup> RG 13.1.1908, JW 1908, 148; EBJs/*Hakenberg* § 350 Rn. 15; Schlegelberger/*Hefermehl* § 351 Rn. 19; Oetker/*Pamp* § 350 Rn. 15; KRM/*Roth* § 350 Rn. 4; MK-HGB/K. Schmidt § 350 Rn. 4.

<sup>116</sup> S. EBJs/*Hakenberg* § 350 Rn. 15 m.w.N.

<sup>117</sup> Oetker/*Pamp* § 350 Rn. 2; MK-HGB/K. Schmidt § 350 Rn. 2.

<sup>118</sup> BGH 31.5.1978, WM 1978, 1065 (1066).

<sup>119</sup> Zu den allg. Grundlagen statt aller *Larenz/Wolf* § 27 Rn. 67 ff.

<sup>120</sup> Exemplarisch BGH 12.5.1986, NJW-RR 1987, 42. Der berühmte Fall des „königlichen Kaufmanns“ (BGH 27.10.1967, BGHZ 48, 396 ff.) geht noch einen Schritt weiter, da die Anwendung des § 350 HGB nicht nur wegen der fehlenden Kaufmannseigenschaft, sondern auch deshalb ausschied, weil § 350 HGB die verletzte Formvorschrift (§ 313 Satz 1 BGB a.F.) nicht erfasst.

#### IV. Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen

- 60** Handelsrechtliche Besonderheiten, die im Hinblick auf die im kaufmännischen Geschäftsverkehr eingesetzten Geschäftsbedingungen zu beachten sind, haben nicht im Handelsgesetzbuch, sondern in den §§ 305 ff. BGB ihre Ausgestaltung erfahren. Früher fand die auf das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gestützte Inhaltskontrolle nach § 24 AGBG a.F. nur eingeschränkt Anwendung, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Kaufmann verwendet wurden und der Vertrag zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörte.
- 61** In personeller Hinsicht weicht die Bereichsausnahme in § 310 Abs. 1 BGB jedoch von der subjektiven Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff ab und stellt ausschließlich darauf ab, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Nach § 14 Abs. 1 BGB zählen hierzu alle Personen, die bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handeln. Hierdurch geht die Bereichsausnahme<sup>121</sup> über den Kaufmannsbegriff der §§ 1 bis 6 HGB hinaus. Insbesondere erfasst diese auch Personen, die nicht die Voraussetzungen des handelsrechtlichen Gewerbebegriffs erfüllen (insbesondere Freiberufler), sowie Kleingewerbetreibende (§ 1 Abs. 2 HGB), die nicht die Option des § 2 Satz 2 HGB ausgeübt haben.<sup>122</sup> Für die Frage, ob der Vertragspartner in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt hat, ist auf § 343 HGB sowie die Vermutung in § 344 Abs. 1 HGB zurückzugreifen.
- 62** Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt, so entfällt eine Inhaltskontrolle nicht vollständig; lediglich die §§ 305 Abs. 2 und 3, 308 und 309 BGB finden keine Anwendung. Uneingeschränkt gelten damit im kaufmännischen Geschäftsverkehr insbesondere § 305c Abs. 1 BGB (überraschende Klauseln), § 305c Abs. 2 BGB (Unklarheitenregel) und § 306 BGB (Rechtsfolgen der Nichteinbeziehung bzw. Unwirksamkeit). Im Hinblick auf die Inhaltskontrolle ist zu beachten, dass diese über die Vorschrift des § 307 BGB vermittelt wird, wobei zumindest in weiten Teilen auch die absoluten Klauselverbote in § 309 BGB als Leitgedanken auf die Konkretisierung der Generalklauseln in § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB ausstrahlen;<sup>123</sup> § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB deutet dies bereits an, da er ausdrücklich klarstellt, dass die Nennung einer Klausel in den §§ 308 und 309 BGB keine Sperrwirkung für eine Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB entfaltet.

<sup>121</sup> Näher hierzu *Schubel* JZ 2001, 1113 ff. sowie *Pfeiffer* NJW 1999, 169 ff., allerdings noch zu § 24 AGBG.

<sup>122</sup> Dazu z.B. *Schmitt* Die Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden nach dem Handelsrechtsreformgesetz, 2003, S. 129 f.

<sup>123</sup> S. allg. BGH 8.3.1984, BGHZ 90, 273 (278); 13.3.1996, BGHZ 132, 175 (180); weiterführend *Lutz* AGB-Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote, 1991 sowie jüngst *K.P. Berger* NJW 2010, 465 ff.; *Dauner-Lieb/Axer* ZIP 2010, 309 ff.

## D. Modifikationen und Ergänzungen des Allgemeinen Schuldrechts

### I. Inhalt der Leistung

Am Beginn des Allgemeinen Schuldrechts stehen im Bürgerlichen Gesetzbuch Vorschriften zu Inhalt und Modalitäten der Leistung. Auch insoweit enthalten die allgemeinen Vorschriften des Handelsgesetzbuches über Handelsgeschäfte einige Sonderregelungen, deren praktische Bedeutung allerdings gering ist. Da es sich um dispositive Normen handelt, treten regelmäßig Abreden der Vertragsparteien bzw. dem Vertrag zugrunde liegende Allgemeine Geschäftsbedingungen an deren Stelle. Zudem ist deren eigenständige rechtliche Bedeutung zweifelhaft, da eine zweckgerechte Anwendung der parallelen BGB-Vorschriften regelmäßig zu denselben Ergebnissen führen würde. Deren gesonderte Aufnahme in das Vierte Buch ist deshalb nur historisch zu erklären. Sie waren bereits im ADHGB enthalten und wurden bei der Schaffung des Handelsgesetzbuches als „handelsrechtliches Urgestein“ fortgeschrieben.<sup>124</sup> Obwohl ihre Daseinsberechtigung heute mit guten Gründen in Frage gestellt werden kann, sind sie als *leges speciales* gegenüber den vergleichbaren BGB-Vorschriften vorrangig anzuwenden.

Im Einzelnen sind folgende Besonderheiten zu beachten:

- Während § 243 Abs. 1 BGB für die Gattungsschuld festlegt, dass eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten ist, konkretisiert § 360 HGB diese Verpflichtung auf das Handelsgut mittlerer Art und Güte. Eine substantielle sachliche Abweichung ist hiermit nicht verbunden.
- Ergänzend sieht § 361 HGB vor, dass Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernung im Zweifel nach dem Ort zu bestimmen sind, an dem der Vertrag erfüllt werden soll.
- Hinsichtlich der Leistungszeit beschränkt sich § 271 Abs. 1 BGB auf die mangels einer vertraglichen Festlegung eingreifende Regel, dass der Gläubiger die Leistung sofort verlangen und der Schuldner diese sofort bewirken kann. § 358 HGB engt dies durch die Begrenzung auf die „gewöhnliche Geschäftszeit“ für Handelsgeschäfte ausdrücklich ein. Ergänzend enthält § 359 HGB zwei Zweifelsregelungen, wenn die Vertragsparteien die Leistungszeit durch die Jahreszeit (Frühjahr, Herbst) bestimmen oder eine Frist von acht Tagen vereinbaren.<sup>125</sup> Im Zweifel sind unter der letztgenannten Frist acht volle Tage zu verstehen (§ 359 Abs. 2 HGB). Damit stellt das Gesetz klar, dass – entgegen einem verbreiteten Sprachgebrauch – die Angabe „acht Tage“ nicht mit „einer Woche“ identisch ist.<sup>126</sup> Für eine „vierzehntägige“ Frist fehlt eine vergleichba-

<sup>124</sup> Kritisch mit Recht K. Schmidt § 18 III 1, S. 526 ff.

<sup>125</sup> Vergleichbare Bestimmungen enthalten die §§ 189, 191 und 192 BGB.

<sup>126</sup> EBJS/Eckert § 359 Rn. 5; BH/Hopt § 359 Rn. 2; Heymann/Horn § 359 Rn. 3; KRM/Roth § 359 Rn. 4; GK-HGB/Weber § 359 Rn. 2; MK-HGB/Welter § 359 Rn. 5.

63

64

re Regelung. Aufgrund des Rechtsgedankens in § 359 Abs. 2 HGB sind hierunter 14 volle Tage zu verstehen.<sup>127</sup>

## II. Zinsbestimmungen

- 65** Sofern kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts eine Verzinsung geschuldet ist, legt § 246 BGB den Zinssatz auf 4% p.a. fest. Diese Regel durchbricht das Handelsgesetzbuch mit § 352 Abs. 1 Satz 1 und erhöht den gesetzlichen Zinssatz für beiderseitige Handelsgeschäfte auf 5%, sofern es sich nicht um Verzugszinsen handelt. In diesem Fall ist im Handelsverkehr bei beiderseitigen Handelsgeschäften vor allem § 288 Abs. 2 BGB (acht Prozentpunkte p.a. über dem Basiszinssatz) einschlägig. Auch im Übrigen ist der Zinssatz von 5% p.a. maßgeblich, wenn das Handelsgesetzbuch eine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen begründet (§ 352 HGB).
- 66** Während das Allgemeine Schuldrecht, vorbehaltlich abweichender Abreden, eine Pflicht zur Verzinsung grundsätzlich nur für den Verzug (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB) und die Rechtshängigkeit (§ 291 Satz 1 BGB) festlegt, enthält das Handelsgesetzbuch zwei Sonderbestimmungen. Von größerer Bedeutung ist § 353 Satz 1 HGB, der für *beiderseitige* Handelsgeschäfte den Zeitpunkt der Verzinsungspflicht vorverlegt. Bei diesen können Kaufleute bereits vom Tag der *Fälligkeit* an Zinsen verlangen (sog. Fälligkeitszinsen). Eine ähnliche Regelung trifft § 354 Abs. 2 HGB für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen: für diese können Zinsen vom Tag der Leistung an berechnet werden. Allerdings ergibt sich aus der systematischen Stellung der Vorschrift, dass hierzu nur diejenigen Kaufleute berechtigt sind, die in Ausübung ihres Handelsgewerbes für andere Personen Geschäfte besorgen oder Dienste leisten (s. § 354 Abs. 1 HGB).
- 67** Bedeutsam sind die vorgenannten Sonderbestimmungen nur für den Zeitraum zwischen Fälligkeit und Verzug, da die §§ 353, 354 Abs. 2 HGB i.V. mit § 352 Abs. 2 HGB für diesen Zeitraum einen Zinsanspruch in Höhe von 5% p.a. begründen, der andernfalls nur bei einer entsprechenden vertraglichen Regelung (z.B. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen) bestehen würde. Für die Zeit ab Eintritt des Verzugs (s. auch § 286 Abs. 3 BGB) hat § 352 HGB hingegen keine praktische Bedeutung, da § 288 Abs. 2 BGB bei Rechtsgeschäften, an denen kein Verbraucher (i.S. des § 13 BGB) beteiligt ist, einen Zinssatz von acht Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz (s. § 247 BGB) festlegt;<sup>128</sup> selbst bei einem Rechtsgeschäft mit einem Verbraucher beträgt der Zinssatz fünf Prozentpunkte p.a. über dem Basiszinssatz.

<sup>127</sup> Schlegelberger/*Hefermehl* § 359 Rn. 3; Oetker/*Maultzsch* § 359 Rn. 3.

<sup>128</sup> S. dazu Art. 3 Abs. 1 lit. d) der Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr v. 29.6.2000, ABl. EG Nr. L 200 v. 8.8.2000, S. 35; speziell zur Umsetzung dieser Richtlinie *Huber JZ* 2000, 957 ff.



### III. Sorgfaltsmaßstab

Nach § 276 Abs. 2 BGB handelt derjenige fahrlässig, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Diesen Maßstab konkretisiert § 347 Abs. 1 HGB und erhebt die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zum maßgeblichen Kriterium.<sup>129</sup> Durch eine zweckgerechte Auslegung des Merkmals „Verkehr“ in § 276 Abs. 2 BGB könnte dieser Sorgfaltsmaßstab indes auch aus der vorgenannten Vorschrift abgeleitet werden.<sup>130</sup> Allerdings trifft dieser präzisierte Haftungsmaßstab für die Sorgfaltspflicht nur denjenigen, für den das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Zudem bleiben die Haftungsbeschränkungen des Bürgerlichen Gesetzbuches auf grobe Fahrlässigkeit (z.B. § 300 Abs. 1 BGB) oder die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (z.B. § 708 BGB) unberührt (§ 347 Abs. 2 HGB).<sup>131</sup>

68

### IV. Das Kontokorrent\*

#### 1. Allgemeine Grundlagen

Das Kontokorrent zählt zu denjenigen Instituten, die trotz ihrer Zugehörigkeit zum Bürgerlichen Recht in der Ausbildung regelmäßig dem Handelsrecht zugewiesen werden. Zu erklären ist dies allenfalls historisch, da ein Kontokorrent im 19. Jahrhundert vornehmlich im Handelsverkehr zur Erleichterung der Zahlungsabwicklung vereinbart wurde. Dementsprechend verzichtet das Bürgerliche Gesetzbuch auf Regelungen zum Kontokorrent, die dünnen Bestimmungen in den §§ 355 bis 357 HGB sind gleichwohl nur verständlich, wenn Klarheit über die bürgerlich-rechtliche Einordnung des Kontokorrents besteht. Allerdings liegen auch in diesem Bereich die Hauptschwierigkeiten; die handelsrechtlichen Sonderbestimmungen werfen demgegenüber vergleichsweise wenige Zweifelsfragen auf.<sup>132</sup>

69

Eine systematische Darstellung des Kontokorrents wird dadurch erschwert, dass es – nicht zuletzt wegen der unzureichenden Strukturierung durch den Gesetzgeber – die Quelle für eine Vielzahl unterschiedlicher theoretischer Konzeptionen ist, bei denen sich Rechtsprechung und Lehre teilweise unversöhnlich ge-

70

<sup>129</sup> Näher MK-HGB/K. Schmidt § 347 Rn. 6 ff.

<sup>130</sup> Ebenso Brox/Henssler Rn. 371; Hübner Rn. 525; kritisch deshalb mit Recht K. Schmidt § 18 III 1a, S. 526: „die Regelung . . . ist . . . eine schlichte Banalität“; zustimmend EBS/Joost § 347 Rn. 1; Oetker/Pamp § 347 Rn. 1.

<sup>131</sup> Statt aller Hofmann S. 180; Oetker/Pamp § 347 Rn. 24 f., 26.

\* **Schrifttum zur Ausbildung:** Blaurock, Das Kontokorrent, JA 1980, S. 691 ff.; Maier, Das Kontokorrent, JuS 1988, S. 196 ff.; Pfeiffer, Die laufende Rechnung (Kontokorrent), JA 2006, S. 105 ff.; Wiedemann/Fleischer S. 289 ff. **Zur Falllösung:** Fezer S. 210 ff. (Fall 17); Lettl Fälle, S. 109 ff. (Fall 14); Maier, Das Kontokorrent, JuS 1987, S. 812 ff.; Martinek/Bergmann Fall 19. **Zur Vertiefung:** Canaris, Funktionen und Rechtsnatur des Kontokorrents, Festschrift für Hämmerle, 1972, S. 55 ff.; ders., Die Verrechnung beim Kontokorrent, DB 1972, S. 421 ff., 469 ff.; Hefermehl, Grundfragen des Kontokorrents, Festschrift für H. Lehmann, 1956, S. 547 ff.

<sup>132</sup> Zu diesen unten § 7 Rn. 91 f.

genüberstehen. Deshalb zählt die rechtliche Aufarbeitung des Kontokorrents zu den schwierigsten Teilen des Handelsrechts. Gleichwohl bleibt die nachfolgende Darstellung auf dessen Grundstrukturen beschränkt.<sup>133</sup>

- 71 Dabei erleichtert es die Erfassung des Kontokorrents, zunächst dessen wirtschaftliche Grundstruktur zu verdeutlichen. Regelmäßig liegt dem Kontokorrent eine auf längere Dauer angelegte Geschäftsverbindung mit einem vielfältigen wechselseitigen Leistungsaustausch zugrunde. Als Beispiel aus dem Handelsverkehr kann die Lieferbeziehung eines Großhändlers zu einem Lebensmittel-einzelhändler dienen. Ausgehend von dem Grundmodell des Bürgerlichen Gesetzbuches stünde dem Lieferant für jede einzelne Lieferung eine eigenständige Forderung zu, die der Abnehmer selbständig erfüllen müsste. Das hätte indes in der Praxis eine Vielzahl von Zahlungsvorgängen zur Folge. Um dies zu verhindern, vereinbaren die Parteien oftmals, dass die Forderungen aus den Lieferungen zunächst lediglich „Rechnungsposten“ sind und der Abnehmer ausschließlich verpflichtet ist, den zu einem bestimmten Zeitpunkt ermittelten Saldo zu begleichen.<sup>134</sup>
- 72 Hieraus lassen sich in Anlehnung an *Canaris* vier rechtsgeschäftliche Vorgänge herausfiltern, die im Kern auch in der Definition des § 355 Abs. 1 HGB wiederkehren:<sup>135</sup>
- Am Beginn steht der sog. „Geschäftsvertrag“, den die Parteien als schuldrechtliche Basis für die Vereinfachung ihres Zahlungsverkehrs abschließen; er bildet die Grundlage für die späteren Verträge bei der Durchführung des Kontokorrents.
  - In Ausführung des „Geschäftsvertrages“ schließen die Parteien eine Kontokorrentabrede ab.<sup>136</sup> Sie umfasst die Berechtigung der Parteien, die aus ihrer Geschäftsverbindung erwachsenden „Ansprüche und Leistungen“ in Rechnung zu stellen.
  - Den dritten Schritt bildet die Verrechnung; sie gleicht die Ansprüche und Leistungen aus, soweit sich diese decken.
  - Am Ende steht die „Feststellung“ des Überschusses, die § 355 Abs. 1 Satz 1 HGB deutlich von der Verrechnung trennt („Verrechnung und Feststellung“).
- 73 Im Zentrum der Streitfragen um das Kontokorrent befinden sich die drei letztgenannten rechtsgeschäftlichen Vorgänge: die Kontokorrentabrede (in Rechnung stellen), die Verrechnung sowie die Feststellung. Der „Geschäftsvertrag“ wirft demgegenüber keine Sonderprobleme auf. Zu beachten ist allerdings, dass es sich

<sup>133</sup> Zu weiteren Detailproblemen, insbesondere im Hinblick auf die Anwendung des Insolvenzrechts, statt aller *Canaris* § 25 Rn. 1 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>134</sup> Anschaulich OLG Köln 19.4.2004, NZI 2004, 668 (669). Als weiteres Beispiel ist die Führung eines Girokontos zu nennen.

<sup>135</sup> S. *Canaris* § 27 Rn. 4; ebenso *Brox/Henssler* Rn. 241 ff.; *Bülow* Rn.407; *Hofmann* S. 184; *Kindler* § 7 Rn. 41; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 7; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 2 ff.

<sup>136</sup> Diese kann ggf. bereits in den „Geschäftsvertrag“ integriert sein; s. *Heymann/Horn* § 355 Rn. 8. Ferner kann die Kontokorrentabrede formfrei abgeschlossen werden und u.U. auch konkludent zustande kommen, s. BGH 10.7.1986, NJW-RR 1986, 1495 (1496); 18.6.1991, NJW-RR 1991, 1251 (1251); *Staub/Canaris*<sup>4</sup> § 355 Rn. 59; *EBJS/Grundmann* § 355 Rn. 7; *BH/Hopt* § 355 Rn. 5; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 18 f..

bei diesem nicht um einen eigenständigen Geschäftsbesorgungsvertrag handelt. Da er die schuldrechtliche Basis für spätere Abreden bei der Durchführung des Kontokorrents bildet, kommt prinzipiell jeder Vertragstyp als „Geschäftsvertrag“ in Betracht. Insbesondere bei langfristig angelegten Lieferbeziehungen besteht zwischen den Parteien regelmäßig ein dem Kaufrecht unterliegender Dauerlieferungsvertrag.

## 2. Die Kontokorrentabrede („in Rechnung stellen“)

### a) Rechtswirkungen der Kontokorrentabrede

Die rechtliche Bedeutung der Kontokorrentabrede erschließt sich vor allem aus den von den Parteien gewollten Rechtswirkungen. Aufgrund des Zwecks der Abrede verliert die Forderung zunächst ihre Selbständigkeit;<sup>137</sup> infolge der Kontokorrentabrede ist diese nach einer verbreiteten Formulierung „gelähmt“.<sup>138</sup> Nur mit dieser Rechtswirkung kann die Kontokorrentabrede das Ziel der Parteien erreichen, den Zahlungsverkehr auf den Ausgleich eines Überschusses zu beschränken. Da die Forderung nach dem Parteiwillen ihre Selbständigkeit verliert, kann ihr Inhaber diese nicht mehr isoliert durchsetzen. Einer Leistungsklage kann der Schuldner deshalb die Kontokorrentabrede – vergleichbar einer Stundungsvereinbarung – als Einrede entgegenhalten.<sup>139</sup>

Hieraus ergeben sich weitere wesentliche Rechtsfolgen: Da die in das Kontokorrent einbezogenen Forderungen mit einer Einrede behaftet sind, kommt eine einseitige Aufrechnung nicht in Betracht;<sup>140</sup> § 390 Satz 1 BGB schließt die Aufrechnung mit einer Forderung ausdrücklich aus, wenn dieser eine Einrede entgegensteht. In gleicher Weise verhindert das Bestehen der Einrede einen Verzug des

74

75

<sup>137</sup> RG 18.10.1922, RGZ 105, 233 (234); BGH 9.12.1971, WM 1972, 283 (287); OLG Köln 19.4.2004, NZI 2004, 668 (670).

<sup>138</sup> So z.B. EBJs/*Grundmann* § 355 Rn. 10; *Hofmann* S. 185; *BH/Hopt* § 355 Rn. 7; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 18; *Hübner* Rn. 701; *KRM/Koller* § 355 Rn. 6; *K. Schmidt* § 21 III 1, S. 621.

<sup>139</sup> So für die h.M. BGH 19.12.1969, NJW 1970, 560 (560); *Bülow* Rn. 408; EBJs/*Grundmann* § 355 Rn. 12; *BH/Hopt* § 355 Rn. 7; weitergehend im Sinne einer Berücksichtigung von Amts wegen die wohl h.L., s. *Staub/Canaris*<sup>4</sup> § 355 Rn. 104; *GK-HGB/Herget* § 355 Rn. 31; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 18; *KRM/Koller* § 355 Rn. 6; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 56; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 37. Eine Feststellungsklage widerspricht demgegenüber nicht dem Zweck des Kontokorrents; s. RG 3.10.1929, RGZ 125, 411 (416); *Staub/Canaris*<sup>4</sup> § 355 Rn. 104; *Schlegelberger/Hefermehl* § 355 Rn. 32, m.w.N.

<sup>140</sup> BGH 7.3.1991, NJW-RR 1991, 995 (996); *Brox/Henssler* Rn. 346; *Bülow* Rn. 409; *Canaris* § 25 Rn. 8; *GK-HGB/Herget* § 355 Rn. 33; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 37; *K. Schmidt* § 21 III 1, S. 621.

Schuldners.<sup>141</sup> Ferner ist die Verjährung der Forderung nach § 205 BGB gehemmt.<sup>142</sup>

- 76 Die Kontokorrentabrede führt jedoch nicht dazu, dass der Gläubiger seine Forderungsinhaberschaft verliert. Im Verhältnis zu Dritten folgt aber aus deren Zweck, dass eine Abtretung der Forderung ausgeschlossen ist (§ 399 2. Alt. BGB).<sup>143</sup> Das schließt zwar nach § 851 Abs. 2 ZPO an sich nicht deren Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung aus, insoweit ist aber für die in das Kontokorrent eingestellten Forderungen der speziell für die Pfändung des Saldos vorgesehene § 357 HGB *lex specialis* und verdrängt die allgemeine Vorschrift in § 851 Abs. 2 ZPO.<sup>144</sup> Das gilt jedoch stets dann nicht, wenn – wie beim Girokonto – ein vertraglicher Anspruch auf Auszahlung des jeweiligen Tagesguthabens besteht. In dieser Konstellation unterliegt der Anspruch auf Auszahlung des Tagesguthabens der Pfändung nach § 829 Abs. 2 ZPO.<sup>145</sup>

### b) Kontokorrentzugehörigkeit der Forderungen

- 77 Aus den vorgenannten Rechtsfolgen der Kontokorrentabrede erschließt sich unschwer, dass die präzise Festlegung ihrer inhaltlichen Reichweite von entscheidender Bedeutung ist. Aus ihr lassen sich nicht nur die Rechtswirkungen ableiten, sondern zugleich steckt sie den inhaltlichen Umfang des Kontokorrents ab. Ausschließlich aus der Kontokorrentabrede ergibt sich, welche Forderungen in das Kontokorrent einbezogen sind. Insbesondere im Verhältnis zu Gläubigern des Forderungsinhabers zeigt sich die besondere Bedeutung einer präzisen Festlegung der in das Kontokorrent einbezogenen Forderungen: Da die Kontokorrentzugehörigkeit einer Forderung deren Pfändung und Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 829, 835 ZPO) ausschließt,<sup>146</sup> werden außerhalb des Kontokorrents stehende Gläubiger naturgemäß auf eine restriktive Auslegung der Konto-

<sup>141</sup> *Canaris* § 25 Rn. 8; *Schlegelberger/Hefermehl* § 355 Rn. 34; *GK-HGB/Herget* § 355 Rn. 33; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 20; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 58; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 37.

<sup>142</sup> *Bülow* Rn. 408; *Hofmann* S. 185; *KRM/Koller* § 355 Rn. 6; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 58; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 37; so auch noch zu § 202 BGB a.F. BGH 2.11.1967, BGHZ 49, 24 (27).

<sup>143</sup> BGH 7.12.1977, BGHZ 70, 86 (92 f.); 7.2.1979, BGHZ 73, 259 (263); *EBJS/Grundmann* § 355 Rn. 14; *Schlegelberger/Hefermehl* § 355 Rn. 33; *GK-HGB/Herget* § 355 Rn. 34; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 19; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 61; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 39; *K. Schmidt* § 21 III 2, S. 622 f. § 354a HGB steht dem Abtretungsverbot nicht entgegen, da es sich bei diesem um eine für das Kontokorrent wesentliche Funktionsvoraussetzung handelt und § 354a HGB nicht das in § 355 HGB vorausgesetzte Kontokorrent schwächen soll. Im Ergebnis wie hier *Canaris* § 26 Rn. 22; *GK-HGB/Herget* § 354a Rn. 7; *BH/Hopt* § 354a Rn. 1; *KRM/Koller* § 354a Rn. 2 a.E.; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 64; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 39; *EBJS/Wagner* § 354a Rn. 7.

<sup>144</sup> *Canaris* § 25 Rn. 10; *Schlegelberger/Hefermehl* § 355 Rn. 33; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 65; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 44; wie hier auch BGH 13.3.1981, BGHZ 80, 172 (175 f.).

<sup>145</sup> Grundlegend BGH 30.6.1982, BGHZ 84, 325 (328 ff.); ausführlich zu dieser Problematik z.B. *Müller-Laube* S. 38 ff.

<sup>146</sup> S. vorstehend § 7 Rn. 76.

korrentabrede favorisieren. Umgekehrt kann der Schuldner mit Rücksicht auf die störungsfreie Durchführung einer Geschäftsverbindung (z.B. mit seinem Hauptlieferanten) an einer möglichst extensiven Auslegung der Kontokorrentabrede interessiert sein.

Für die inhaltliche Reichweite einer Kontokorrentabrede und damit für die Kontokorrentzugehörigkeit einer Forderung ist die Auslegung der Abrede maßgebend, so dass der übereinstimmende Wille der Parteien zu erforschen ist, ggf. ist bei einer Lückenhaftigkeit mittels einer ergänzenden Vertragsauslegung auf den mutmaßlichen Parteiwillen abzustellen. Diesem entspricht am ehesten die verbreitet anzutreffende Zweifelsregel, dass alle aus der Geschäftsverbindung entspringenden Geldforderungen in das Kontokorrent einbezogen sind.<sup>147</sup> Allerdings kann die Auslegung der Kontokorrentabrede aufgrund der Umstände des Einzelfalles auch zu einem abweichenden Ergebnis führen.

Darüber hinaus wird der Kreis der kontokorrentfähigen Forderungen indirekt durch die weiteren Rechtswirkungen des Kontokorrents beschränkt. Da die Verrechnung zu einer mit der Aufrechnung vergleichbaren Tilgungswirkung führt,<sup>148</sup> sind solche Forderungen nicht kontokorrentfähig, über die ein Gläubiger nicht im Wege der Aufrechnung verfügen darf.<sup>149</sup> Das betrifft vor allem unpfändbare Forderungen (§ 394 BGB).<sup>150</sup>

### 3. Die Verrechnung

Von der Einbeziehung der Forderungen in das Kontokorrent, dem „in Rechnung stellen“, ist die Verrechnung zu trennen. Während das „in Rechnung stellen“ den Kreis der in das Kontokorrent einbezogenen Forderungen festlegt, bewirkt die Verrechnung einen notwendigen rechtlichen Zwischenschritt, damit aufgrund des rechnerisch ermittelten Saldos eine Forderung auf den Überschuss entsteht. Die wesentliche rechtliche Bedeutung der Verrechnung besteht in der Tilgungswirkung, soweit sich die Forderungen der Höhe nach decken.<sup>151</sup> Hierbei handelt es sich um einen dem Aufrechnungsvertrag ähnlichen Verfügungsvertrag.<sup>152</sup> Nach

<sup>147</sup> So z.B. BGH 27.1.1982, NJW 1982, 1150 (1151); OLG Köln 19.4.2004, NZI 2004, 668 (670); *Canaris* § 25 Rn. 13; *EBJS/Grundmann* § 355 Rn. 8; *Schlegelberger/Hefermehl* § 355 Rn. 21; *GK-HGB/Herget* § 355 Rn. 25; *BH/Hopt* § 355 Rn. 14; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 10; *KRM/Koller* § 355 Rn. 3; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 40; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 30.

<sup>148</sup> Hierzu nachfolgend § 7 Rn. 80.

<sup>149</sup> *Canaris* § 25 Rn. 11; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 16; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 24 ff.

<sup>150</sup> S. z.B. die Sonderregelungen für Sozialleistungen in § 55 Abs. 1 Satz 1 SGB I.

<sup>151</sup> So *Beitzke* Festschrift für Julius v. Gierke, 1950, S. 1 (10 ff.); *Brox/Henssler* Rn. 350; *Canaris* § 25 Rn. 15; *EBJS/Grundmann* § 355 Rn. 16; *GK-HGB/Herget* § 355 Rn. 38; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 21; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 73; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 48; *K. Schmidt* § 21 IV 1, S. 624 f.; in diesem Sinne auch BGH 4.2.1992, BGHZ 117, 135 (141): „antizipierte kontokorrentrechtliche Aufrechnungsvereinbarung“, auch in dem Urteil vom 24.1.1985 erkannte der Bundesgerichtshof an, dass die Verrechnung die Rechtswirkung einer die Einzelforderungen tilgenden Aufrechnung besitzt, s. BGHZ 93, 307 (314).

<sup>152</sup> *Bülow* Rn. 411; *Canaris* § 25 Rn. 15; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 74; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 48; ähnlich *Heymann/Horn* § 355 Rn. 21.

vorherrschendem Verständnis müssen die Parteien diesen nicht mit Ablauf jeder Rechnungsperiode neu, sondern können ihn auch antezipiert bei Begründung des Kontokorrents abschließen,<sup>153</sup> so dass die Tilgungswirkung automatisch mit der Verrechnung eintritt.

**81** Die Verrechnung ist stets periodengebunden, da die Periodizität zumindest nach überwiegender Ansicht Voraussetzung für ein Kontokorrent ist.<sup>154</sup> Insoweit nennt § 355 Abs. 2 HGB zwar einen einjährigen Rechnungsabschluss, zwingend ist dieser Zeitraum aber nicht. Saldenermittlungen während der Verrechnungsperiode (Tagessaldo) stehen der Periodizität nicht entgegen, wenn diese nach dem Parteiwillen nicht über eine tatsächliche Bedeutung hinausgehen sollen.<sup>155</sup> Gegenteiliges können die Parteien jedoch vereinbaren, so dass ein Staffeltkontokorrent (sofortige Verrechnung bei jedem kontokorrentpflichtigen Vorgang) vorliegt, das zumindest nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 355 ff. HGB erfüllt. Diese Vorschriften erfassen bei unmittelbarer Gesetzesanwendung lediglich das Periodenkontokorrent.<sup>156</sup>

**82** Schwierige Rechtsfragen wirft die Verrechnung auf, wenn die sich normalerweise anschließende Feststellung des Saldos (hierzu unten Rn. 83 ff.) unterbleibt und derjenige, zu dessen Gunsten ein Saldo besteht, diesen einklagen will, die zum Saldo führenden Forderungen sich aber hinsichtlich Verjährung, Erfüllungsort und Gerichtsstand unterscheiden. Die Rechtsprechung plädiert in derartigen Fällen für eine „verhältnismäßige Gesamtaufrechnung“.<sup>157</sup> Bei dieser wird der Saldo entsprechend dem Verhältnis der zum Saldo führenden Forderungen aufgeteilt, so dass diese anteilig in dem Saldo fortleben. Bei diesem Verständnis tritt die Tilgungswirkung hinsichtlich der jeweils in das Kontokorrent einbezogenen Forderungen lediglich teilweise ein, so dass bei der Geltendmachung des Saldos jede Forderung in Höhe des noch nicht getilgten Anteils geltend gemacht wird. Praktikel ist dieser Ansatz jedoch allenfalls, wenn das Kontokorrent aus wenigen Forderungen besteht. Vorzuziehen ist deshalb die in der Literatur favorisierte analoge Anwendung der §§ 366 f., 396 BGB,<sup>158</sup> da diese am ehesten dem mutmaßli-

<sup>153</sup> *Canaris* § 25 Rn. 16; *EBJS/Grundmann* § 355 Rn. 16; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 21; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 74; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 48; *K. Schmidt* § 21 IV 1, S. 624 f.; wohl auch BGH 4.2.1992, BGHZ 117, 135 (141); ablehnend gegenüber der damit verbundenen Aufspaltung von Saldoermittlung und Aufrechnung jedoch BGH 24.1.1985, BGHZ 93, 307 (314).

<sup>154</sup> So bereits RG 13.4.1927, RGZ 117, 34 (39 f.) sowie stellvertretend für die h.L. *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 24; *K. Schmidt* § 21 II 2e, S. 620 f., m.w.N.

<sup>155</sup> Siehe BGH 28.6.1968, BGHZ 50, 277 (280).

<sup>156</sup> Näher zum Staffeltkontokorrent *K. Schmidt* § 21 VII, S. 640. Zur Problematik, ob der Anspruch auf den Tagessaldo der Pfändung unterliegt, s. BGH 30.6.1982, BGHZ 84, 325 (328 ff.).

<sup>157</sup> So z.B. RG 14.11.1903, RGZ 56, 20 (23); BGH 2.11.1967, BGHZ 49, 24 (29); 4.2.1992, BGHZ 117, 135 (141); 11.3.1999, BGHZ 141, 116 (120).

<sup>158</sup> Hierfür z.B. *Canaris* § 25 Rn. 20 ff.; *Gernhuber* Die Erfüllung und ihre Surrogate, 1983, S. 133; *Schlegelberger/Hefermehl* § 355 Rn. 56; *GK-HGB/Herget* § 355 Rn. 40; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 24; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 82 ff.; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 60; *K. Schmidt* § 21 IV 2, S. 625 f.; a.A. jedoch *EBJS/Grundmann* § 355 Rn. 21.

chen Parteiwillen entspricht und dazu führt, dass der infolge der Verrechnung ermittelte Saldo die Forderungen in der nach den §§ 366 f., 396 BGB zu bestimmenden Reihenfolge vollständig tilgt. Allerdings sind auch bei diesem Ansatz die praktischen Probleme unübersehbar, wenn sich die Verrechnungsperioden auf längere Zeiträume erstrecken.

#### 4. Die Feststellung

##### a) Inhalt der Feststellung

Abgesehen von dem vorstehend skizzierten Sonderfall bildet nicht die Ermittlung des Saldos, sondern dessen „Feststellung“ den Abschluss. Alleine die Errechnung eines Saldos würde den Zweck der Kontokorrentabrede, den Zahlungsverkehr zu erleichtern, nur unvollständig verwirklichen, da hierdurch lediglich eine „kausale“ Saldoforderung entstünde. Es entspricht deshalb bei der Vereinbarung eines Kontokorrents dem Willen der Parteien, dem ermittelten Saldo rechtliche Selbständigkeit i.S. einer „abstrakten“ Saldoforderung zu verleihen. Diesen Parteiwillen bringt § 355 Abs. 1 Satz 1 HGB mit der gesonderten Hervorhebung der „Feststellung“ zum Ausdruck.

83

##### b) Rechtsfolgen der Feststellung

Bezüglich der rechtlichen Einordnung sowie der Rechtsfolgen der „Feststellung“ gehen die Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur auseinander. Am weitesten geht die höchstrichterliche Rechtsprechung. Sie erblickt in der Feststellung eine Schuldumwandlung (Novation), deren Zulässigkeit sich aus der Vertragsfreiheit ergibt.<sup>159</sup> Hierdurch erlöschen die bisherigen Forderungen und werden durch eine neue abstrakte Forderung ersetzt, die durch den Saldo gebildet wird. Zur Klarstellung ist hervorzuheben, dass auch die Rechtsprechung die Feststellung des Saldos als ein abstraktes Schuldanerkennntnis bewertet; insoweit besteht keine Divergenz zu den abweichenden Ansichten im Schrifttum. Umstritten ist lediglich die Rechtswirkung der Feststellung auf die zum Saldo führenden Forderungen. Diesbezüglich geht die Rechtsprechung sehr weit und nimmt eine Novation an.

84

Die letztgenannte Konsequenz kann nicht überzeugen und stößt im Schrifttum weitgehend auf Ablehnung.<sup>160</sup> Neben § 356 HGB, der den Fortbestand der für die Forderungen bestellten Sicherungen anordnet, steht vor allem der Parteiwille einer Novation entgegen. Diesen bestätigt unter anderem § 364 Abs. 2 BGB, der für die Leistung an Erfüllung statt die Zweifelsregel aufstellt, dass eine Novation nicht dem Willen der Parteien entspricht, wenn der Schuldner zur Befriedigung des

85

<sup>159</sup> So z.B. RG 1.2.1887, RGZ 18, 246 (248 f.); 17.6.1913, RGZ 82, 400 (404); BGH 24.1.1985, BGHZ 93, 307 (313); ebenso *Hofmann* S. 185; allg. zur Novation z.B. *Fikentscher/Heinemann* Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 346; *Larenz* Schuldrecht Bd. I, 14. Aufl. 1987, § 7 III, S. 91 ff.

<sup>160</sup> Ablehnend z.B. *Brox/Henssler* Rn. 355; *Bülow* Rn. 413; *Canaris* § 25 Rn. 29 f.; *Hefermehl* Festschrift für H. Lehmann, 1956, S. 547 (549 ff.); *BH/Hopt* § 355 Rn. 7; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 27; *Hübner* Rn. 720; *Kindler* § 7 Rn. 51; *MK-HGB/Langenbucher* § 355 Rn. 92 f.; *Oetker/Maultzsch* § 355 Rn. 71; *K. Schmidt* § 21 V 1b, S. 628 f.

Gläubigers eine neue Verbindlichkeit übernimmt. Eine Novation geht zudem regelmäßig über den mit der Kontokorrentabrede verfolgten Zweck hinaus. Mit dieser wollen die Parteien den Zahlungsverkehr erleichtern, nicht jedoch den ermittelten Überschuss (Saldo) vor Einwendungen aus den kontokorrentzugehörigen Forderungen abschirmen. Einer derartigen Absicht der Parteien stehen zwar keine Rechtsgründe entgegen, für diese bedarf es wegen ihrer rechtlichen Tragweite jedoch eindeutiger Anhaltspunkte. Da insoweit keine Gesichtspunkte erkennbar sind, die es rechtfertigen, von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen, ist es überzeugender, der „Feststellung“ mit der vorherrschenden Ansicht im Schrifttum lediglich die Rechtsnatur eines abstrakten Schuldanerkenntnisses beizumessen, das neben die Saldoforderung tritt.<sup>161</sup> Hierdurch wird sowohl dem Zweck der Zahlungserleichterung als auch dem Willen nach Verselbständigung des Saldo Rechnung getragen, ohne zugleich die neu entstandene Forderung vollständig vor Einwendungen zu schützen.<sup>162</sup>

**86** Bei den sich unversöhnlich gegenüberstehenden Positionen handelt es sich allerdings nicht um gesetzesgleiche Theorien, sondern sie sind stets „nur“ das aufgrund einer Generalisierung erzielte Ergebnis einer Auslegung des Parteiwillens. Aus diesem Grunde lässt sich weder für die weit reichende Annahme einer Novation noch für die Beschränkung auf ein abstraktes Schuldanerkenntnis aus dem Gesetz eine abschließende und zwingende Begründung ableiten. Die unterschiedlichen konstruktiven Ansätze geben dem Rechtsanwender lediglich eine Hilfestellung für die Ermittlung des Parteiwillens. Der Streit um die dogmatische Einordnung der „Feststellung“ lässt sich deshalb im konkreten Einzelfall zumeist dadurch vermeiden, indem der mit der „Feststellung“ verbundene Bedeutungsgehalt auf eine präzise Auslegung der Willenserklärungen sowie eine Ermittlung der Parteiinteressen gestützt wird. Selbst wenn – im Sinne der vorherrschenden Ansicht im Schrifttum – die „Feststellung“ regelmäßig lediglich als ein abstraktes Schuldanerkenntnis zu qualifizieren ist, schließen es deshalb die besonderen Umstände des Einzelfalles und der hierdurch zu Tage getretene Parteiwille nicht aus, der „Feststellung“ die weitergehende Rechtsnatur einer Novation zuzusprechen. Die Parteiautonomie hat stets den Vorrang vor der rechtsdogmatischen Konstruktion.

**87** Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Streitfrage um die dogmatische Einordnung der „Feststellung“ nur dann praktische Bedeutung hat, wenn im Rahmen einer Rechtsfrage zu prüfen ist, ob die in das Kontokorrent eingestellten Forderungen noch bestehen, da nach beiden Konzeptionen durch die Feststellung – un-

<sup>161</sup> So insbesondere *Canaris* § 25 Rn. 30; zustimmend z.B. *BH/Hopt* § 355 Rn. 7; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 25; *K. Schmidt* § 21 V 1b, S. 628 f. Schwächer hingegen die Lehre vom „kausalen Feststellungsvertrag“, die jedoch im Widerspruch zu dem von den Parteien verfolgten Zweck des Kontokorrents steht; für diese z.B. *Kübler* Feststellung und Garantie, 1967, S. 157 ff., 162 f.; ebenso *Hübner* Rn. 720.

<sup>162</sup> Sprachlich wird dieser dogmatischen Würdigung z.T. dadurch Rechnung getragen, dass nicht von einer „Feststellung“, sondern von einem „Saldoanerkenntnis“ gesprochen wird; so z.B. *K. Schmidt* § 21 V, S. 627.



streitig – eine neue Forderung entsteht,<sup>163</sup> die nach den §§ 195, 199 BGB mit Ablauf von drei Jahren nach Schluss des Jahres verjährt, in dem die Forderung entstanden ist.<sup>164</sup> Ferner kann der Schuldner einer Inanspruchnahme aus der neuen Forderung die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) entgegenhalten.<sup>165</sup> Das gilt unabhängig davon, ob in der „Feststellung“ ein abstraktes Schuldanerkennnis oder eine Novation liegt. Beide Ansätze führen dazu, dass die neu entstandene Forderung nicht mehr mit Einreden aus den bisherigen Forderungen belastet ist, ohne dass dies die Bereicherungseinrede ausschließt.

### c) Auswirkungen der Feststellung auf Sicherungsrechte

Praktische Bedeutung hat der Meinungsstreit zu den Rechtsfolgen der Feststellung vor allem bei der Anwendung des § 356 HGB. Nach diesem setzen sich Sicherungen für die in das Kontokorrent eingestellten Forderungen nach der „Feststellung“ an dem Überschuss fort, soweit sich dieser und die vormals gesicherten Forderungen decken. Das bedeutet z.B., dass die Bürgschaft für eine in das Kontokorrent eingestellte Forderung mit der „Feststellung“ nicht erlischt, sondern nunmehr den Überschuss absichert. Allerdings begrenzt § 356 HGB die Einstandspflicht des Bürgen der Höhe nach auf die kontokorrentzugehörige Forderung, für die die Sicherung gewährt wurde. Die Sicherheit entfällt deshalb nur, wenn und soweit ein Saldo niedriger ist als die kontokorrentzugehörige Forderung, für die die Sicherheit bewilligt wurde.

Diese Theorie von der Haftung für den niedrigsten anerkannten Saldo, die namentlich die höchstrichterliche Rechtsprechung befürwortet,<sup>166</sup> ist als eine konsequente Durchbrechung der Novationstheorie zu bewerten, die davon ausgeht, dass die in das Kontokorrent eingestellten Forderungen erlöschen. Damit müssten an sich auch alle akzessorischen Sicherheiten untergehen.<sup>167</sup> § 356 HGB ordnet indes bewusst das Gegenteil an. Der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung favorisierte Ansatz einer Novation leidet indes nicht nur an diesem systematischen Widerspruch,<sup>168</sup> sondern führt in der Konsequenz zudem dazu, dass der Sicherungsgeber für eine Saldoforderung einzustehen hat, obwohl die kontokorrentzugehörige Forderung aufgrund der Verrechnung bereits ganz oder teilweise getilgt ist.

<sup>163</sup> Auch der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung favorisierte Ansatz einer Novation leugnet nicht, dass die „Feststellung“ die Rechtsnatur eines abstrakten Schuldanerkennnisses hat. Der Streit betrifft ausschließlich die Frage, ob der „Feststellung“ die darüber hinausgehende Wirkung einer Novation beizumessen ist.

<sup>164</sup> So noch zu § 195 BGB a.F. BGH 17.2.1969, BGHZ 51, 346 (349); ferner EBS/Grundmann § 355 Rn. 24; BH/Hopt § 355 Rn. 11; Oetker/Maultsch § 355 Rn. 74.

<sup>165</sup> Statt aller *Canaris* § 25 Rn. 35; zum Bereicherungsanspruch BGH 17.2.1969, BGHZ 51, 346 (348); EBS/Grundmann § 355 Rn. 25; BH/Hopt § 355 Rn. 10; Heymann/Horn § 355 Rn. 28; MK-HGB/Langenbucher § 355 Rn. 103 f.; Oetker/Maultsch § 355 Rn. 77 ff.

<sup>166</sup> S. z.B. RG 30.5.1911, RGZ 76, 330 (333 f.); BGH 28.6.1968, BGHZ 50, 277 (284).

<sup>167</sup> So noch das Reichsgericht vor Inkrafttreten des § 356 HGB; s. RG 21.9.1881, RGZ 10, 53 (55 f.).

<sup>168</sup> Treffend insoweit auch Schlegelberger/Hefermehl § 356 Rn. 1.

- 90 Eine systematisch überzeugende Integration des § 356 HGB lässt sich jedoch erreichen, wenn mit der herrschenden Lehre von einem Fortbestand der Saldoforderungen ausgegangen wird. Eine sachgerechte Problemlösung zur Reichweite der Sicherungsrechte lässt sich sodann durch eine genaue Betrachtung der zuvor erfolgten Verrechnung erzielen. Lehnt man insoweit die Lehre von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung ab, dann kann die stattdessen befürwortete analoge Anwendung der §§ 366 f., 396 BGB<sup>169</sup> dazu führen, dass die gesicherte Forderung infolge der Verrechnung erlischt und damit das für diese begründete Sicherungsrecht nicht mehr fortbesteht.<sup>170</sup> Die Sicherung für eine Forderung setzt sich somit nur an dem Saldo fort, solange und soweit die Forderung noch nicht infolge der Verrechnung erloschen ist.

## 5. Handelsrechtliche Besonderheiten

- 91 Die Grundsätze zur rechtlichen Erfassung des Kontokorrents gelten aufgrund ihrer Ableitung aus den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts unabhängig davon, ob das Kontokorrent als Handelsgeschäft zu qualifizieren ist. Deshalb findet die vorstehend in ihrer Grundstruktur dargestellte Vorschrift des § 356 HGB<sup>171</sup> auch auf das zwischen Nichtkaufleuten vereinbarte Kontokorrent entsprechende Anwendung.<sup>172</sup>
- 92 Als handelsrechtliche Besonderheit verbleibt die Zinsregelung in § 355 Abs. 1 HGB, da diese tatbestandlich ein mit einem Kaufmann begründetes Kontokorrent voraussetzt;<sup>173</sup> sie durchbricht den allgemeinen (§ 248 Abs. 1 BGB) und in § 353 Satz 2 HGB wiederkehrenden Ausschluss von Zinseszinsen. Abweichend davon legt § 355 Abs. 1 HGB fest, dass dann, wenn auf den Überschuss Zinsen geschuldet werden, sich diese auf den gesamten Überschuss beziehen, selbst dann, wenn das Kontokorrent bereits einzelne Zinsforderungen enthält. Hierzu kann es insbesondere wegen § 353 Satz 1 HGB kommen, der für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften einen Anspruch auf Fälligkeitszinsen begründet. Anders als für den Verzug verhindert die Kontokorrentabrede nicht die Fälligkeit einer Forderung.<sup>174</sup>

<sup>169</sup> S. oben § 7 Rn. 82.

<sup>170</sup> Ebenso *Canaris* § 25 Rn. 39 ff.; GK-HGB/*Herget* § 356 Rn. 8; MK-HGB/*Langenbucher* § 355 Rn. 13; *Oetker/Maultzsch* § 356 Rn. 16 f.; *K. Schmidt* § 21 V 2b, S. 629 f.; ausdrücklich ablehnend aber BGH 11.6.1980, BGHZ 77, 256 (261 f.); abweichend auch *Heymann/Horn* § 356 Rn. 7, der § 356 HGB die Kraft beimisst, die Tilgungswirkung der Verrechnung einzuschränken.

<sup>171</sup> S. § 7 Rn. 88 ff.

<sup>172</sup> So *Canaris* Rn. 56.

<sup>173</sup> Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf das von Nichtkaufleuten vereinbarte Kontokorrent scheidet nach allg. Ansicht aus; s. *Canaris* § 25 Rn. 56; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 6.

<sup>174</sup> *Canaris* § 25 Rn. 8; *Schlegelberger/Hefermehl* § 355 Rn. 36; GK-HGB/*Herget* § 355 Rn. 32; *Heymann/Horn* § 355 Rn. 20.

## E. Sachenrechtliche Ergänzungen

### I. Gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen\*

#### 1. Normzweck des § 366 HGB

Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen hängt nach § 932 Abs. 2 BGB von dem guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers ab. Es genügt nicht, wenn der Erwerber lediglich bezüglich der Verfügungsmacht des Veräußerers im guten Glauben ist.<sup>175</sup> Im Handelsverkehr würde diese Beschränkung des gutgläubigen Erwerbs allerdings die schnelle Abwicklung zahlreicher Geschäfte erheblich behindern, da der Erwerber häufig weiß, dass der Veräußernde nicht Eigentümer der beweglichen Sachen ist, ihn aber als berechtigt ansieht, über das Eigentum zu verfügen.<sup>176</sup> Diese Konstellation ist charakteristisch für einen ganzen Typ von Handelsgeschäften, die Kommissionsgeschäfte.<sup>177</sup> Auch die im Handelsverkehr weit verbreitete Praxis des Verkaufs unter Eigentumsvorbehalt lässt in vielen Fällen einen guten Glauben an das Eigentum des Veräußernden nicht zu. Aus der Kaufmannseigenschaft des Veräußernden ergibt sich aber eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Befugnis, über die fremde Sache zu verfügen.<sup>178</sup> 93

Um den in dieser Hinsicht redlichen Erwerber zu schützen und ihm langwierige Erkundigungen über die Eigentumsverhältnisse zu ersparen, legt § 366 Abs. 1 HGB fest, dass unter bestimmten Voraussetzungen der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis für einen gutgläubigen Erwerb ausreicht. Aus der Funktion der Vorschrift ergibt sich, dass sie diesen auch dann ermöglichen will, wenn der gute Glaube an das Eigentum des Verfügenden fehlt oder nicht sicher feststeht. Andererseits will § 366 HGB nicht ausschließen, dass ein Eigentumserwerb nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 932 ff. BGB) eintritt. 94

Deshalb ist eine Prüfung des § 366 HGB stets erforderlich, wenn der gute Glaube an das Eigentum des Verfügenden verneint wird, andernfalls tritt der Eigentumserwerb bereits nach den §§ 932 ff. BGB ein.<sup>179</sup> In dem Fall des § 366 HGB muss sich der gute Glaube des Erwerbers darauf beziehen, dass der Veräu- 95

\* **Schrifttum zur Ausbildung:** Petersen, Der gute Glaube an die Verfügungsmacht im Handelsrecht, Jura 2004, S. 247 ff.; Wiegand, Fälle des gutgläubigen Erwerbs außerhalb der §§ 932 ff. BGB, JuS 1974, S. 545 ff. **Zur Falllösung:** Fezer S. 222 ff. (Fall 18); Hopt S. 206 ff. (Fall 11); Lettl Fälle, S. 146 ff. (Fall 18); Martinek/Bergmann Fall 20. **Zur Vertiefung:** Reinicke, Schützt § 366 Abs. 1 HGB den guten Glauben an die Vertretungsmacht?, AcP Bd. 189 (1989), S. 79 ff.; K. Schmidt, Schützt § 366 HGB auch das Vertrauen auf die Vertretungsmacht im Handelsverkehr?, JuS 1987, S. 936 ff.

<sup>175</sup> Siehe BH/Hopt § 366 Rn. 2; K. Schmidt § 23 I 1, S. 682; Staudinger/Wiegand (2004) § 932 BGB Rn. 39.

<sup>176</sup> Heymann/Horn § 366 Rn. 1.

<sup>177</sup> Näher unten § 9 A, S. 249 ff.

<sup>178</sup> Treffend Canaris § 27 Rn. 2.

<sup>179</sup> S. aber BGH 18.6.1980, BGHZ 77, 274 (276), wonach § 932 BGB und § 366 HGB nebeneinander angewendet werden können; ebenso BH/Hopt § 366 Rn. 2; MK-HGB/Welter § 366 Rn. 62.

Berer trotz seines fehlenden Eigentums (= Nichtberechtigter) nach § 185 BGB zur Verfügung über den Gegenstand ermächtigt ist. Die Vorschrift bewirkt somit, dass der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis für den Eigentumserwerb selbst dann ausreicht, wenn dieser hinsichtlich der Eigentümerstellung des Verfügenden fehlt. Aufgrund dieser systematischen Stellung des § 366 HGB ist die Vorschrift stets im Anschluss an die Feststellung zu prüfen, dass § 932 BGB die fehlende Berechtigung des Verfügenden nicht überwindet.

## 2. Voraussetzungen

### a) Kaufmannseigenschaft

- 96 Für die Anwendung des § 366 HGB ist zunächst erforderlich, dass der Verfügende Kaufmann ist.<sup>180</sup> Da die Vorschrift einschränkungslos für alle Kaufleute gilt, greift diese unabhängig von Art oder Umfang des Unternehmens ein – auch Verfügungen eines in das Handelsregister eingetragenen Kannkaufmanns i.S. von § 2 HGB werden durch § 366 HGB privilegiert.<sup>181</sup> Hat der Kleingewerbetreibende sein Optionsrecht (§ 2 Satz 2 HGB) hingegen nicht ausgeübt, ist auf seine Verfügungen § 366 HGB grundsätzlich nicht anwendbar.<sup>182</sup> Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Gesetzgeber die entsprechende Anwendung des § 366 HGB ausdrücklich angeordnet hat, wie dies insbesondere in § 383 Abs. 2 Satz 2 HGB für den Kleinkommissionär geschehen ist.<sup>183</sup> Auf den Scheinkaufmann findet § 366 Abs. 1 HGB nach vorherrschender Ansicht keine Anwendung,<sup>184</sup> Demgegenüber soll § 15 HGB nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht die fehlende Kaufmannseigenschaft überwinden.<sup>185</sup> Ergänzend können bei derartigen Sachver-

<sup>180</sup> Die Kaufmannseigenschaft des Erwerbers ist nach einhelliger Ansicht nicht erforderlich; s. Schlegelberger/Hefermehl § 366 Rn. 26; Heymann/Horn § 366 Rn. 4; Hübner Rn. 540; EBJS/Lettl § 366 Rn. 3; Oetker/Maultzsch § 366 Rn. 12.

<sup>181</sup> EBJS/Lettl § 366 Rn. 3.

<sup>182</sup> Für eine großzügige Analogie jedoch Schmitt Die Rechtsstellung der Kleingewerbetreibenden nach dem Handelsrechtsreformgesetz, 2003, S. 296 ff.

<sup>183</sup> Für die Anwendung des § 366 HGB auf den „Kleinkommissionär“ BH/Hopt § 366 Rn. 4; KRM/Koller § 366 Rn. 2; EBJS/Lettl § 366 Rn. 3; Oetker/Maultzsch § 366 Rn. 10; RvW/Wagner § 366 Rn. 3a; MK-HGB/Welter § 366 Rn. 30 sowie unten § 9 Rn. 9.

<sup>184</sup> So RG 26.1.1929, LZ 1929, 778; OLG Düsseldorf 18.11.1998, DB 1999, 89 f.; Brox/Henssler Rn. 310; Bülow Rn. 439; Schlegelberger/Hefermehl § 366 Rn. 26; BH/Hopt § 366 Rn. 4; Heymann/Horn § 366 Rn. 4; EBJS/Lettl § 366 Rn. 4; HK-HGB/Ruß § 366 Rn. 2; K. Schmidt § 23 II 1a, S. 674 f.; GK-HGB/Weber § 366 Rn. 7; a.A. jedoch Canaris § 27 Rn. 5; Hübner Rn. 543; KRM/Koller § 366 Rn. 2; Oetker/Maultzsch § 366 Rn. 9; offengelassen von BGH 9.11.1998, NJW 1999, 425 (426). Anwendbar ist § 366 HGB aber auf den Kaufmann kraft Eintragung i.S. des § 5 HGB; s. z.B. Schlegelberger/Hefermehl § 366 Rn. 26; EBJS/Lettl § 366 Rn. 3.

<sup>185</sup> So Canaris § 27 Rn. 5; Heymann/Horn § 366 Rn. 4; HK-HGB/Ruß § 366 Rn. 2; K. Schmidt § 23 II 1a, S. 686; a.A. Brox/Henssler Rn. 310; Schlegelberger/Hefermehl § 366 Rn. 26; Hübner Rn. 543.

halten die allgemeinen Grundsätze zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht eingreifen.<sup>186</sup>

## b) Verfügungsgegenstand

Die durch § 366 HGB geschützte Verfügung muss zum Betrieb des Handelsgewerbes des Verfügenden gehören, wobei zur Beweiserleichterung die Vermutung in § 344 Abs. 1 HGB eingreift.<sup>187</sup> Gegenstand der Verfügung können nur bewegliche Sachen sein; bei einem Erwerb von Grundstücken ist § 366 Abs. 1 HGB ebenso wenig anwendbar wie bei einem Forderungserwerb. Auch eine entsprechende Anwendung des § 366 HGB auf die vorgenannten Erwerbstatbestände kommt nicht in Betracht. Sowohl § 892 BGB (Grundstückserwerb) als auch § 405 BGB (Forderungserwerb) bleiben von § 366 HGB jedoch unberührt. Da § 366 Abs. 1 HGB lediglich die Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs im System der §§ 932 ff. BGB erweitert, müssen stets die allgemeinen Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs (Einigung und Übergabe bzw. Übergabesurrogat) vorliegen.<sup>188</sup> Bei abhanden gekommenen Sachen (§ 935 Abs. 1 BGB) ermöglicht deshalb auch § 366 Abs. 1 HGB keinen gutgläubigen Erwerb.<sup>189</sup>

97

## c) Gutgläubigkeit des Erwerbers

Der gute Glaube des Erwerbers muss sich auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers beziehen.<sup>190</sup> Er ist bei Kaufleuten grundsätzlich zu vermuten, einzelne Anhaltspunkte (z.B. berufliche Stellung des Verfügenden als Kommissionär oder Warenkaufmann) können diesen zusätzlich bekräftigen.<sup>191</sup> Andere Tatsachen, die gegen eine Verfügungsbefugnis sprechen, können die Vermutung der Gutgläubigkeit des Erwerbers indes auch widerlegen, so z.B. die Veräußerung zu einem erheblich unter dem üblichen Niveau liegenden Preis.<sup>192</sup> Erhöhte Anforderungen an den guten Glauben sind bei Veräußerungsgeschäften außerhalb des gewöhnlichen oder ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs zu stellen (z.B. Verkauf mehrerer hochwertiger Maschinen durch Baumaschinenvermieter).<sup>193</sup> Ebenso kann der Erwerber nicht gutgläubig auf die Verfügungsbefugnis vertrauen, wenn der Verfü-

98

<sup>186</sup> S. *Canaris* § 27 Rn. 8; ebenso *KRM/Koller* § 366 Rn. 1.

<sup>187</sup> *Schlegelberger/Hefermehl* § 366 Rn. 28; *Heymann/Horn* § 366 Rn. 6; *KRM/Koller* § 366 Rn. 2; *EBJS/Lettl* § 366 Rn. 6; *Oetker/Maultzsch* § 366 Rn. 14; *MK-HGB/Welter* § 366 Rn. 34.

<sup>188</sup> Ausführlich *Heymann/Horn* § 366 Rn. 8 ff.; so auch *Hübner* Rn. 551; *KRM/Koller* § 366 Rn. 2.

<sup>189</sup> Allg. Ansicht, s. *Bülow* Rn. 436; *Canaris* § 27 Rn. 11; *Schlegelberger/Hefermehl* § 366 Rn. 30 a.E.; *Hofmann* S. 190; *Hübner* Rn. 551; *EBJS/Lettl* § 366 Rn. 1; *Oetker/Maultzsch* § 366 Rn. 22; *HK-HGB/Ruß* § 366 Rn. 5; *K. Schmidt* § 23 II 1e, S. 677.

<sup>190</sup> Statt aller BGH 2.7.1992, BGHZ 119, 75 (92); *K. Schmidt* § 23 II 1f, S. 678.

<sup>191</sup> S. *Canaris* § 27 Rn. 19.

<sup>192</sup> *BH/Hopt* § 366 Rn. 6; zurückhaltender aber *Canaris* § 27 Rn. 23. S. auch BGH 22.9.2003, NJW-RR 2004, 555 (555 f.): Erwerber musste mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt des Vorlieferanten rechnen und wusste, dass die Vorausabtretung ins Leere ging.

<sup>193</sup> BGH 9.11.1998, NJW 1999, 425 (426).

gende offensichtlich und eindeutig gegen die Interessen des Eigentümers handelt (z.B. Verkauf zu Schleuderpreisen).<sup>194</sup> In dieser Konstellation ist der Erwerber nicht schutzwürdig.<sup>195</sup> Ferner kann die berufliche Stellung des Verfügenden Anlass geben, den guten Glauben in Zweifel zu ziehen. Insbesondere bei Verfügungen von Spediteuren, Frachtführern und Lagerhaltern ist § 366 HGB zwar dem Wortlaut nach anwendbar, bei diesem Personenkreis fehlt aber jeglicher Rechtschein, dass sie zu Verfügungen über die ihnen anvertrauten Gegenstände berechtigt sind. Wenn nicht bereits aus diesem Grunde eine teleologische Reduktion der Vorschrift zu befürworten ist, so spricht zumindest eine tatsächliche Vermutung für die Bösgläubigkeit des Verfügenden.<sup>196</sup>

### 3. Guter Glaube und fehlende Vertretungsmacht des Verfügenden

- 99** Die Vorschrift des § 366 HGB betrifft nach ihrem Wortlaut nur den Fall, in dem der Verfügende das (dingliche) Verfügungsgeschäft im *eigenen* Namen abschließt. Äußerst umstritten ist, ob § 366 Abs. 1 HGB über seinen Wortlaut hinaus auf die fehlende Vertretungsmacht auszudehnen ist, wenn der Verfügende bei Abschluss des Verfügungsgeschäfts nicht im *eigenen*, sondern im *fremden* Namen handelt.<sup>197</sup> Praktisch relevant ist diese Problematik bei Handelsvertretern, da sie die Rechtsgeschäfte im Namen des Unternehmers abschließen.
- 100** Ein beachtlicher Teil des Schrifttums befürwortet die Anwendung des § 366 Abs. 1 HGB auch in dieser Konstellation,<sup>198</sup> wobei innerhalb dieser Ansicht umstritten ist, ob die Vorschrift aufgrund einer extensiven Auslegung<sup>199</sup> oder mittels eines Analogieschlusses<sup>200</sup> anzuwenden ist. Ungeachtet dessen verbleibt das Manko, dass auch die ggf. analoge Anwendung des § 366 HGB lediglich zu einem Eigentumserwerb führt, dem jedoch ein Rechtsgrund fehlt, wenn dem Verfügenden auch für das Verpflichtungsgeschäft die Vertretungsmacht fehlt. Die hieraus folgende Konsequenz, dass sich der Erwerber einem Bereicherungsanspruch ausgesetzt sieht,<sup>201</sup> vermeidet indes *K. Schmidt*, der über die Annahme, § 366 HGB regle auch das Behaltendürfen und schaffe damit einen eigenständigen (gesetzlichen) Rechtsgrund, zu einem kondiktionsfreien Eigentumserwerb gelangt.<sup>202</sup>
- 101** Die praktische Bedeutung des Streits wird indes dadurch abgeschwächt, dass oftmals die Vertretungsmacht, über die bewegliche Sache im fremden Namen ver-

<sup>194</sup> So OLG Hamburg 5.3.1970, MDR 1970, 506.

<sup>195</sup> Näher *Canaris* § 27 Rn. 21 ff.

<sup>196</sup> Im Ergebnis auch *Canaris* § 27 Rn. 19; ähnlich *Oetker/Maultzsch* § 366 Rn. 35.

<sup>197</sup> Zum Streitstand s. auch *Müller-Laube* S. 43 ff.

<sup>198</sup> So *Brox/Henssler* Rn. 313; *Schlegelberger/Hefermehl* § 366 Rn. 32; *BH/Hopt* § 366 Rn. 5; *Heymann/Horn* § 366 Rn. 16; *K. Schmidt* § 23 II 1a, S. 681 f.; *ders.* JuS 1987, 936 ff.; *RvW/Wagner* § 366 Rn. 16; *MK-HGB/Welter* § 366 Rn. 42.

<sup>199</sup> So vor allem *K. Schmidt* § 23 III 1a, S. 682; ebenso *MK-HGB/Welter* § 366 Rn. 42.

<sup>200</sup> Hierfür *Schlegelberger/Hefermehl* § 366 Rn. 32.

<sup>201</sup> *BH/Hopt* § 366 Rn. 5; *G.H. Roth* § 30, 3, S. 363 f.

<sup>202</sup> S. *K. Schmidt* § 23 III 2, S. 685 f.; ebenso *Hübner* Rn. 550; ablehnend jedoch *Oetker/Maultzsch* § 366 Rn. 30.

fügen zu können, aus einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht folgt.<sup>203</sup> In den verbleibenden Fallgestaltungen sprechen beachtliche Gründe für die namentlich von *Canaris* formulierte Gegenposition, die eine Anwendung des § 366 HGB auf die fehlende Vertretungsmacht zur Vornahme des Verfügungsgeschäfts ablehnt.<sup>204</sup> Sie kann sich darauf stützen, dass der vom Gesetz vorausgesetzte Rechts-scheintatbestand zwar anzuerkennen ist, wenn der Kaufmann im *eigenen* Namen verfügt, ein vergleichbarer Sachverhalt aber nicht vorliegt, wenn der Kaufmann zu erkennen gibt, dass er im *fremden* Namen über eine bewegliche Sache verfügt.

## II. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 ff. HGB)

### 1. Besonderheiten gegenüber § 273 BGB

Im Handelsverkehr besteht wegen der Vornahme von Massengeschäften und der Vielfältigkeit der Geschäftsbeziehungen ein Sicherungsbedürfnis, dem die Vorschriften zum bürgerlich-rechtlichen Zurückbehaltungsrecht (§§ 273 f. BGB) nicht ausreichend Rechnung tragen. Deshalb begründet das Handelsgesetzbuch in den §§ 369 ff. ein besonderes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, das in zentralen Punkten von den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften abweicht. 102

Der wichtigste Unterschied zu § 273 BGB ist auf der Ebene des Tatbestandes angesiedelt und betrifft den Verzicht auf die Konnexität der Forderungen.<sup>205</sup> Diese wird im Rahmen von § 369 Abs. 1 HGB durch die Voraussetzung ersetzt, dass die Gegenstände aufgrund eines Handelsgeschäfts in den Besitz gelangt sind. Die Verpflichtung und der zu sichernde Anspruch müssen jedoch nicht aus demselben rechtlichen Verhältnis stammen. Auf der Rechtsfolgenebene sind zwei Besonderheiten hervorzuheben: Erstens besteht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht anders als bei § 273 BGB nur hinsichtlich der in § 369 Abs. 1 HGB genannten Gegenstände (bewegliche Sachen und Wertpapiere). Zweitens ist mit dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ein Befriedigungsrecht verbunden (§ 371 Abs. 1 HGB), das den pfandrechtlichen Vorschriften angenähert ist und diesem sachenrechtsähnliche Züge verleiht.<sup>206</sup> 103

### 2. Voraussetzungen

Nach § 369 Abs. 1 HGB entsteht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur, wenn Gläubiger und Schuldner jeweils Kaufleute sind.<sup>207</sup> Ist der Schuldner lediglich Scheinkaufmann, so hindert dies den Gläubiger nicht an der Ausübung seines 104

<sup>203</sup> S. Oetker/Maultzsch § 366 Rn. 29 m.w.N.

<sup>204</sup> S. *Canaris* § 27 Rn. 16 f.; ebenso *Bülow* Rn. 441; *Hofmann* S. 190; *Kindler* § 7 Rn. 59; *KRM/Koller* § 366 Rn. 2; *EBJS/Lettl* § 366 Rn. 11; *Oetker/Maultzsch* § 366 Rn. 28; *Petersen* Jura 2004, 247 (249 f.) sowie ausführlich *Reinicke* AcP Bd. 189 (1989), 79 ff.

<sup>205</sup> S. Oetker/Maultzsch § 369 Rn. 2; *K. Schmidt* § 22 IV 2b, S. 660; *MK-HGB/Welter* § 369 Rn. 3.

<sup>206</sup> *Canaris* § 28 Rn. 2; *K. Schmidt* § 22 IV 1d, S. 656; s. auch *Oetker/Maultzsch* § 369 Rn. 4.

<sup>207</sup> Weitergehend *K. Schmidt* § 22 IV 2a, S. 657 f.

Rechts, da der Schuldner für diesen Rechtsschein verantwortlich ist.<sup>208</sup> Die Forderung muss nach § 369 Abs. 1 HGB aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft stammen (sog. Unmittelbarkeitserfordernis)<sup>209</sup> und fällig sein.<sup>210</sup> Nur an beweglichen Sachen und Wertpapieren kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden. Sie müssen sich im Besitz des Gläubigers befinden, wobei dessen Erlangung seinen Grund in einem Handelsgeschäft haben und dem Willen des Schuldners entsprechen muss.<sup>211</sup> Die Erlangung des Mitbesitzes i.S. des § 1206 BGB genügt.<sup>212</sup> Mittelbarer Besitz kann ebenfalls ausreichen, solange ein Dritter Besitztmitter ist; analog § 1205 Abs. 2 BGB verlangt die h.M. in diesem Fall jedoch eine Anzeige.<sup>213</sup> Schließlich muss der Schuldner Eigentümer der Sachen oder Wertpapiere sein. Ein „gutgläubiger Erwerb“ des Zurückbehaltungsrechts ist nicht möglich.<sup>214</sup>

### 3. Rechtsfolgen

#### a) Allgemeines

- 105** Das Zurückbehaltungsrecht begründet eine Einrede, die der Gläubiger in einem Prozess geltend machen kann, in dem der Schuldner von ihm die in § 369 Abs. 1 HGB genannten Gegenstände herausverlangt.<sup>215</sup> Die berechtigte Geltendmachung führt zur Verurteilung des Gläubigers zur Leistung Zug um Zug (§ 274 BGB analog).<sup>216</sup> Zugleich begründet die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts für den Gläubiger ein Recht zum Besitz i.S. des § 986 Abs. 1 BGB.<sup>217</sup>
- 106** Besonderen Schutz genießt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gegenüber Dritten: Einwendungen gegenüber einem Herausgabeanspruch des Schuld-

<sup>208</sup> So für die h.L. *Canaris* § 28 Rn. 3; *Schlegelberger/Hefermehl* § 366 Rn. 13; *BH/Hopt* § 369 Rn. 3; *Heymann/Horn* § 369 Rn. 7; *Oetker/Maultzech* § 369 Rn. 6; *MK-HGB/Welter* § 369 Rn. 16.

<sup>209</sup> Problematisch ist die Einhaltung des Unmittelbarkeitserfordernisses, wenn der Gläubiger die Forderung durch Zession oder Erbfolge erworben hat. Die h.L. befürwortet für diese Fälle eine teleologische Reduktion des Unmittelbarkeitserfordernisses; s. *Canaris* § 28 Rn. 15; *Heymann/Horn* § 369 Rn. 11 ff.; *EBJS/Lettl* § 369 Rn. 9; *MK-HGB/Welter* § 369 Rn. 22 ff.

<sup>210</sup> Ausnahme: § 370 HGB.

<sup>211</sup> Statt aller *Canaris* § 28 Rn. 7 f.; *Schlegelberger/Hefermehl* § 369 Rn. 37, 40; *Oetker/Maultzech* § 369 Rn. 28 f.

<sup>212</sup> So auch BGH 1.4.1963, WM 1963, 560 (561); *Canaris* § 28 Rn. 6; *Schlegelberger/Hefermehl* § 369 Rn. 35; *Heymann/Horn* § 369 Rn. 20; *EBJS/Lettl* § 369 Rn. 23; *MK-HGB/Welter* § 369 Rn. 49.

<sup>213</sup> So *KRM/Koller* §§ 369–372 Rn. 2; *Oetker/Maultzech* § 369 Rn. 24; *MK-HGB/Welter* § 369 Rn. 49; a.A. *Heymann/Horn* § 369 Rn. 20; *EBJS/Lettl* § 369 Rn. 23.

<sup>214</sup> RG 29.5.1908, RGZ 69, 13 (17); *Bülow* Rn. 400; *Canaris* § 28 Rn. 10; *Schlegelberger/Hefermehl* § 369 Rn. 29; *Heymann/Horn* § 369 Rn. 24; *KRM/Koller* §§ 369–372 Rn. 3; *EBJS/Lettl* § 369 Rn. 21; *Oetker/Maultzech* § 369 Rn. 32.

<sup>215</sup> *Bülow* Rn. 402; *Canaris* § 28 Rn. 22; *Heymann/Horn* § 369 Rn. 30; *KRM/Koller* §§ 369–372 Rn. 7; *EBJS/Lettl* § 369 Rn. 27; *Oetker/Maultzech* § 369 Rn. 50; *MK-HGB/Welter* § 369 Rn. 65.

<sup>216</sup> *Canaris* § 28 Rn. 22; *Schlegelberger/Hefermehl* § 369 Rn. 50; *HK-HGB/Ruß* § 369 Rn. 12; *MK-HGB/Welter* § 369 Rn. 66.

<sup>217</sup> BGH 14.7.1995, NJW 1995, 2627; *Canaris* § 28 Rn. 23; *KRM/Koller* §§ 369–372 Rn. 7.



ners können auch dem Dritten entgegengehalten werden (§ 369 Abs. 2 HGB); es ist zudem ein „sonstiges Recht“ i.S. des § 823 Abs. 1 BGB<sup>218</sup> und gewährt in der Insolvenz ein Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 3 InsO). Anders als das Pfandrecht begründet es indes keinen dinglichen Herausgabeanspruch; § 1007 BGB mildert dieses Defizit jedoch ab.<sup>219</sup>

## b) Befriedigungsrecht des Gläubigers

Der dingliche Charakter des Zurückbehaltungsrechtes zeigt sich in dem Befriedigungsrecht, das § 371 HGB hinsichtlich der zurückbehaltenen beweglichen Sachen oder Wertpapiere begründet. Das Recht des Gläubigers zur Befriedigung aus den Gegenständen ist zwar an das Pfandrecht angelehnt (§ 371 Abs. 2 HGB), weicht aber für die Verwertung von den hierfür geltenden Bestimmungen ab. Stattdessen gilt eine für das Hypothekenrecht (s. § 1147 BGB) charakteristische Regelung: Außerhalb der Zwangsvollstreckung ist der Gläubiger erst zur Befriedigung berechtigt, wenn er im Besitz eines hierauf gerichteten vollstreckbaren Titels ist. Der Gläubiger muss den Schuldner deshalb auf Gestattung der Befriedigung verklagen (§ 371 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 HGB). 107

## c) Forderungsabtretung

Trotz der in § 371 Abs. 2 HGB für die Befriedigung gewählten Anlehnung an das Pfandrecht fehlt im Handelsgesetzbuch eine ausdrückliche Regelung, die den Fortbestand des Zurückbehaltungsrechts anordnet, wenn die hierdurch abgesicherte Forderung an einen Dritten abgetreten wird. Ausgehend von der Regelung im Pfandrecht (§§ 401, 1250 BGB) liegt es nahe, die dortigen Bestimmungen zumindest in den Fällen analog anzuwenden, in denen der Zedent die Einrede bereits geltend gemacht hat.<sup>220</sup> Die herrschende Lehre lässt dies nicht ausreichen und verlangt zusätzlich die Übergabe der betreffenden Sache, damit sich der Neugläubiger auf ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht stützen kann.<sup>221</sup> 108

<sup>218</sup> *Canaris* § 28 Rn. 31; *EBJS/Lettl* § 369 Rn. 27; *Oetker/Maultzsch* § 369 Rn. 56; *K. Schmidt* § 22 IV 3d, S. 670; *MK-HGB/Welter* § 369 Rn. 72.

<sup>219</sup> *Canaris* § 28 Rn. 32; *Oetker/Maultzsch* § 369 Rn. 55; *MK-HGB/Welter* § 369 Rn. 72.

<sup>220</sup> So *Canaris* § 28 Rn. 33; generell ablehnend *KRM/Koller* §§ 369–372 Rn. 4.

<sup>221</sup> *S. Schlegelberger/Hefermehl* § 369 Rn. 67; *EBJS/Lettl* § 369 Rn. 40; *Oetker/Maultzsch* § 369 Rn. 42 f.; wohl auch *K. Schmidt* § 22 IV 2b, S. 660 f.