



Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht



Teil 1, Abschnitt 5:
Handelsgeschäfte, §§ 343 ff HGB
Unterabschnitt 1.5.1: Allgemeines

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht
1.5.



- ◇ HGB als Sonderprivatrecht der Kaufleute
- ◇ enthält Sondervorschriften für die Abwicklung von Handelsgeschäften, die ergänzend zum BGB gelten oder das BGB modifizieren

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1.5.

- ◇ Die V Großhandels GmbH, vertreten durch den ordnungsgemäß bestellten und eingetragenen Prokuristen P, und Einzelhändler K eK schließen einen Kaufvertrag über einen Posten von 10 Korbstühlen zum Kaufpreis von 1.250,00 €. Die Ware wird am 06.11.2015 noch in Paketen originalverpackt und folienverschweißt bei K eK angeliefert. Da es bei K an diesem Tag etwas hektisch zugeht, bittet K den Angestellten A, die Ware auf Lager zu nehmen. K wollte sich die Pakete am Abend des Anlieferungstags ansehen, vergisst das aber. Auch in den Folgetagen denkt K nicht mehr an die Stühle und erst am 23.11.2015 sieht er sich die Ware an, weil er sie dann zum Abverkauf auspacken und auszeichnen wollte. Dabei stellt er schon beim Entfernen der Folie fest, dass die Stühle Nässeschäden aufweisen. K ruft erbost bei V an. Dort waren inzwischen schon Reklamationen von anderen Kunden eingetroffen. Es stellte sich heraus, dass schon der Vorlieferant der V beschädigte Ware geliefert und das so gut kaschiert hatte, dass es bei V angesichts der gelieferten Menge (1.500 Stück) bei den durchgeführten Stichproben nicht bemerkt worden war. Im Hinblick auf die zwischenzeitliche Insolvenz des Vorlieferanten verweigert der Geschäftsführer der V aber jede Gewährleistung und fordert K zur Bezahlung des Kaufpreises auf. K verweigert die Zahlung des Kaufpreises.
- ◇ Zu Recht?

Siehe gesonderte Lösungsskizze zum Einführungsfall.

◇ Definition Handelsgeschäfte:

- § 343: Alle Geschäfte
 - nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen oder auch reine (gewollte) Tathandlungen (str.), z.B. Leistungshandlungen, keine Delikte.
- eines Kaufmanns (§§ 1 ff. HGB),
- die zum Betrieb des Handelsgewerbes gehören
 - objektive Zugehörigkeit erforderlich und ausreichend, Erkennbarkeit ist nicht maßgeblich.
- Vermutungen:
 - nach § 344 I wird (widerleglich) vermutet, dass ein Geschäft eines Kaufmanns betriebsbezogen und damit Handelsgeschäft ist;
 - nach § 344 II wird vermutet, dass ein "Schuldschein" des Kaufmanns betriebsbezogen ist; Vermutung ist nur aus der Urkunde heraus widerleglich.

- Geschäftsähnliche Handlung: willentliche Vornahme einer Handlung oder Erklärung, bei der aber die Rechtsfolge unabhängig vom Willen des Handelnden kraft Gesetzes eintritt (*Wolf/Neuner* BGB AT, 10. A., München 2012, § 28 Rn. 8)

- Maßgeblicher Zeitpunkt, zu dem die Kaufmannseigenschaft vorliegen muss, ist derjenige des Geschäftsabschlusses. Aber: Vorbereitungsgeschäfte gehören ebenfalls hierher (ähnliche Problematik wie bei der Abgrenzung von § 13 und § 14 BGB, vgl. etwa BGHZ 162, 253 und die - allerdings verfehlt - Entscheidung BGH ZIP 2008, 27 = NJW 2008, 435 mit abl. Anmerkung H. Schmidt in LMK 2008, 261536, alles RÜ).


- Bei der Betriebsbezogenheit der Geschäfte wird teils zwischen Grund-, Hilfs- und Nebengeschäften unterschieden (zB *Lettl* HR § 9 Rn. 13 ff), ohne dass das allerdings mehr als begrifflich wäre. Unterschiede in den Rechtsfolgen gibt es nicht. Man muss sich nur merken, dass eben auch branchenfremde Geschäfte betriebsbezogen sein können (wie dies in dem 1998 weggefallenen Abs. 2 von § 343 HGB klargestellt war, wonach die im damaligen § 1 Abs. 2 genannten Geschäfte auch dann Handelsgeschäfte waren, wenn sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörten). Demnach sind Bürgschaften des Kaufmanns auch dann betriebliche, wenn der Kaufmann nicht Bank, sondern Elektrohändler ist.

- Str. ist, ob die Vermutung des § 344 HGB auch im Bereich von § 13 und § 14 BGB gilt. In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH allerdings nicht auf die Vorschrift verwiesen, sondern nur auf die objektive Zwecksetzung des Geschäfts, gegen die nur dann eine abweichende Zuordnung erfolgen könne, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei auf einen Zusammenhang mit der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit hindeuten (BGH NJW 2009, 3780 -RÜ). Der BGH spricht in dieser Entscheidung von einer Vermutung für Verbraucherhandeln, wenn mit einer natürlichen Person kontrahiert wird, weist aber andererseits dem Verbraucher die Beweislast für seine Verbrauchereigenschaft zu (Rn. 11).

- Schuldschein im Sinn von § 344 II ist jede Urkunde, die vom Schuldner zum Zweck des Beweises für das Bestehen der Schuld errichtet wurde, unabhängig davon, ob die Schuld begründet oder bestätigt wird (*Baumbach/Hopt* HGB, § 344 Rn. 4), wozu auch eine Bürgschaftsurkunde gehören kann (wichtig für § 349 HGB).

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1.5.



- § 345:
- Sonderregeln gelten für Kaufleute grds. unabhängig davon, ob beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt, soweit das Gesetz nichts Abweichendes (zB § 377 HGB) regelt.

◇ Allgemeine Regeln:

- § 346: Beachtlichkeit von Handelsbräuchen in beiderseitigen Handelsgeschäften unabhängig von der Kenntnis (einer) der Parteien
 - Handelsbrauch ist
 - keine Norm im Sinne einer gesetzlichen Regelung,
 - sondern eine kaufmännische Verkehrssitte, die in einem Handelsbereich oder in einer Region
 - über einen längeren Zeitraum
 - von den Beteiligten als Regel freiwillig akzeptiert und angewendet wurde.
 - Handelsbrauch wird vor allem bei der Auslegung von Rechtsgeschäften und Erklärungen bedeutsam;
 - er wird angewendet, wenn es keine entgegenstehende höherrangige Normen gibt (v.a. zwingendes Recht) und keine abweichenden Parteivereinbarungen. Dispositives Recht wird vom Handelsbrauch verdrängt.

BGH NJW 1994, 659:

Ein Handelsbrauch liegt vor, wenn es sich bei der Übung um eine im Verkehr der Kaufleute untereinander verpflichtende Regel handelt, die auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen tatsächlichen Übung beruht, die sich innerhalb eines angemessenen Zeitraumes für vergleichbare Geschäftsvorfälle gebildet hat und der eine einheitliche Auffassung der Beteiligten zugrunde liegt (st. Rspr.; vgl. [BGH, Urteil vom 2. Mai 1984 - VIII ZR 38/83](#) = LM § 346 (B) HGB Nr. 9). (RÜ)

Soweit ein Handelsbrauch vorliegt, wird die Regelung nicht nach AGB-rechtlichen Vorschriften kontrolliert.

Feststellung von Handelsbrauch ist Tatsachenfeststellung. D.h. ein einschlägiger Handelsbrauch ist von dem, der daraus Rechte herleiten will, vorzutragen und bei Bestreiten der anderen Seite auch zu beweisen (vgl. die oben genannte Entscheidung). Die Ermittlung kann durch ein Gutachten (etwa der IHK) erfolgen, die KfH kann aber ggf. auch aufgrund eigener Kenntnis und Wissenschaft entscheiden, wie es wörtlich in § 114 GVG heißt.

Problem: Anfechtbarkeit einer WE, die durch den Handelsbrauch eine von den Vorstellungen des Erklärenden abweichende Bedeutung erlangt. Bsp.: Die Klausel cif (cost, insurance and freight - bedeutet, dass der Verkäufer die drei genannten Kostenpositionen zu tragen hat, allerdings geht die Gefahr auf den Käufer mit der Übergabe an den Transporteur über, siehe *Schmidt in Wolf/Lindacher/Pfeiffer* Klausel H 69) wird falsch verstanden und verwendet. Hier hatte das RG die Anfechtbarkeit verneint (RGZ 42, 143, 146). Insgesamt ist das Bild zur Anfechtbarkeit von Willenserklärungen aufgrund Irrtums im Zusammenhang mit einem Handelsbrauch allerdings zumindest in den Randbereichen schillernd, wenn es etwa heißt (MünchKomm/K. *Schmidt* § 346 Rn. 35), dass eine Irrtumsanfechtung in Betracht komme, wenn ein Externer durch Vertrag an einen Handelsbrauch gebunden sein könne (widersprüchlich, wenn es zuvor - Rn. 14 (, richtig dann wieder Rn. 34, wo darauf abgehoben wird, dass der Verkehrskreisbeteiligte ohne seine konkrete Kenntnis an den Brauch gebunden sei) - heißt, dass der konkrete Vertragsschließende den Brauch gar nicht kennen müsse, um daran gebunden zu sein). Bei *Oetker/Pamp* HGB, § 346 Rn. 15, heißt es etwas resignativ, dass vieles in dem Bereich streitig sei.

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1.5.

◇ Beispiele für Handelsbräuche:

- Incoterms (aktuelle Fassung von 2010 mit Wirkung ab 2011) sind zum Teil Fixierungen von Handelsbräuchen (dazu *Schmidt* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Klausel H 61 ff); aktuelle Fassung:
 - zB: **FOB - FREI AN BORD (... benannter Verschiffungshafen)**
 - "Free On Board" / "Frei an Bord" bedeutet, dass der Verkäufer die Ware an Bord des vom Käufer benannten Schiffs im benannten Verschiffungshafen liefert oder die bereits so gelieferte Ware verschafft. Die Gefahr des Verlustes oder der Beschädigung der Ware geht über, wenn die Ware an Bord des Schiffs ist. Der Käufer trägt ab diesem Zeitpunkt die Kosten.

(Quelle: *Incoterms 2010*, Einleitungstext zur FOB-Klausel, **Copyright ICC**)

Zur Neufassung der Incoterms siehe *Zwilling-Pinna* Update wichtiger Handelsklauseln: Neufassung der Incoterms ab 2011, BB 2010, 2980; *Piltz* Incoterms 2010, IHR 2011, 1.; umfassend v. *Bernstorff*, Incoterms 2010, 2. Aufl., Köln 2012.

Die alte Fassung lautete: "Free On Board" / "Frei an Bord" bedeutet, dass der Verkäufer liefert, wenn die Ware die Schiffsreling in dem benannten Verschiffungshafen überschritten hat. Dies bedeutet, dass der Käufer von diesem Zeitpunkt an alle Kosten und Gefahren des Verlusts oder der Beschädigung der Ware zu tragen hat“

Nach der neuen Fassung ist die Ware dann „an Bord geliefert“, wenn sie dorthin verbracht ist, wenn also ihre „physische Position auf dem Schiff von der Ladeeinrichtung unabhängig ist“ (so *Piltz*, S. 4). Ab diesem Zeitpunkt trägt der Käufer die Gefahr (A4/B4 zu FOB 2010).

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1.5.

◇ Tegernseer Gebräuche

◇ § 7 Verantwortlichkeit für Fehler

Für äußerlich nicht erkennbare, auch bei oder nach der Verarbeitung sich ergebende Fehler äußerlich gesunden Rund- und Schnittholzes und daraus entstehende Folgen hat der Verkäufer nicht aufzukommen, es sei denn, dass der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat oder ihn daran ein grobes Verschulden trifft oder er dafür die Haftung ausdrücklich übernommen hat.

Tegernseer Gebräuche sind – kodifizierter- Handelsbrauch, was inzwischen vom BGH nicht einmal mehr problematisiert wird, BGH NJW-RR 1987, 94, 95. Präambel:

Die Tegernseer Gebräuche gelten für den inländischen Handel mit Rundholz, Schnittholz, Holzwerkstoffen und anderen Holzhalbwaren.

Ihr Allgemeiner Teil gilt außerdem im inländischen Handel mit ausländischen Erzeugnissen obiger Art. Ausgenommen sind Handelsgeschäfte zwischen Importeur und erster aufzunehmender Hand bei entsprechenden Vereinbarungen.

Die Tegernseer Gebräuche gelten nicht im Handel zwischen der Forstwirtschaft und ihren Abnehmern.

- ◇ Aus Handelsbrauch hervorgegangen aber inzwischen Gewohnheitsrecht (str.):
- ◇ Kaufmännisches Bestätigungsschreiben:
 - Grundsatz: Bedingungen eines ausgehandelten oder abschlussreifen mündlichen Vertragschlusses oder von Vertragsverhandlungen werden von einer (mindestens) kaufmannsähnlichen Person einer anderen (mindestens) kaufmannsähnlichen Person zeitnah schriftlich bestätigt.

Abgrenzung zur Auftragsbestätigung:

Auftragsbestätigung bringt in jedem Fall erst den Vertrag zustande; es antwortet auf ein Angebot, das bisher eben nicht angenommen wurde. Ob sich daraus ein Vertrag ergibt, hängt davon ab, ob die Auftragsbestätigung sich mit dem Angebot deckt (dann Vertrag), oder nicht, dann § 150 II BGB, so dass der Vertragsabschluss dann von der Annahme dieses geänderten Angebotes abhängt.

Bedeutung als konstitutives Bestätigungsschreiben vor allem in folgenden Situationen (*Lettl* HR § 10 Rn. 42 ff):

- Vertragsverhandlungen ohne oder mit vermeintlicher Einigung in allen Punkten;
- Vertragsverhandlungen durch Vertreter ohne Vertretungsmacht, die dann vom Vertretenen oder gegenüber dem Vertretenen bestätigt werden;
- Vertragsschluss, von dem das Bestätigungsschreiben aber inhaltlich (in gewissen Grenzen) abweicht.

Auch beim Bestätigungsschreiben ist die dogmatische Einordnung streitig. Zum Teil wird das BS als fingierte Willenserklärung auf Grund normierten Schweigens angesehen (ohne dass erkennbar wäre, wo denn über § 362 HGB hinaus das Schweigen normiert ist).

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1.5.

◇ Voraussetzungen:

- Empfänger
 - ist Kaufmann (§§ 1 – 6 HGB) oder
 - in nennenswertem Umfang selbständig am Rechtsverkehr beteiligt;
- Absender
 - wie zuvor, aber str. (zT wird angenommen, dass auch Verbraucher ein „kaufmännisches“ Bestätigungsschreiben versenden könne)
- geschäftlicher Kontakt, sei es in Form von Vertragsverhandlungen, sei es schon in Form eines Vertragsschlusses;
- unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen Kontakt und Bestätigungsschreiben;
- Absender ist schutzwürdig,
 - d.h.: er darf weder bewusst vom Inhalt des zuvor besprochenen noch so weit davon abweichen, dass er nicht mehr mit der Zustimmung rechnen darf.
- Kein unverzüglicher Widerspruch des Empfängers gegen den Inhalt des Bestätigungsschreibens.

Erforderlich ist, dass nicht nur die Absendung innerhalb kurzer Zeit erfolgt, sondern auch der Zugang, wobei uU § 149 BGB helfen kann. Unmittelbar ist der zeitliche Zusammenhang, wenn nur wenige Tage zwischen Kontakt und Zugang liegen (*Lettl* HR § 10 Rn. 56: 5 Tage gehen, 3 Wochen sind zu lang; *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 346 Rn. 29: 14 Tage reichen, aber einzelfallabhängig).

Bewusste Abweichung in Nebenpunkten (zB Verweis auf AGB) soll unschädlich sein.

Keine Schutzwürdigkeit besteht auch dann, wenn der Absender zeitnah ein sich kreuzendes Bestätigungsschreiben mit abweichendem Inhalt erhält.

◇ Wirkung des kfm. Bestätigungsschreibens:

- Der Vertrag gilt als zustande gekommen, wie er bestätigt wurde, es sei denn, die Parteien hätten etwas anderes vereinbart
 - zB: Der Empfänger hatte sich die schriftliche Annahmeerklärung vorbehalten.
- Sofern das Bestätigungsschreiben voll inhaltlich mit dem zuvor besprochenen übereinstimmt, hat es letztlich nur Beweisfunktion;
- bei Abweichungen (im zuvor beschriebenen Rahmen) kommt ihm vertragskonstituierende Wirkung zu.
- Problem: Anfechtung?

Die Anfechtung ist grundsätzlich ausgeschlossen, soweit der Empfänger sich über institutsimmanente Gesichtspunkte irrt, also: über die Wirkung des Schweigens, im Hinblick darauf, dass er das Schreiben gar nicht zur Kenntnis genommen oder die dort zulässigerweise enthaltenen Abweichungen vom zuvor Besprochenen nicht zur Kenntnis genommen hat. Er kann aber anfechten, wenn er das Schreiben inhaltlich missverstanden und deswegen geschwiegen hat. Dann kann er analog § 119 I BGB dieses Schweigen anfechten (str.). Anfechten könnte auch der Bestätigende, wenn er sich bei seiner Bestätigung verschrieben hat.

Fallbeispiel bei *Lettl* HR § 10 Rn. 63

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1.5.

- ◇ Baustoffhändler A e.K. und Architekt B verhandeln über die Lieferung eines größeren Postens von Baustoffen, die B für einige Bauvorhaben benötigt. B ist seit Jahren in großem Umfang auch als Bauträger tätig. Nachdem die Verhandlungen abgeschlossen und man sich einig ist, bestätigt A dem B den Inhalt am nächsten Tag. Ohne dass das vorher besprochen wurde, verweist A auf seine branchenüblichen AGB als Vertragsbestandteil, die ein (AGB-rechtlich zulässiges) Aufrechnungsverbot enthalten. B nimmt das Schreiben zu den Akten; A beginnt zu liefern, B zahlt die jeweiligen Lieferungen. Einige Zeit später rechnet B gegen eine Kaufpreisforderung aus dem Vertrag mit eigenen, aber streitigen Ansprüchen auf Architektenhonorar auf. A meint, der Kaufpreisanspruch in Höhe von 15.000 € bestehe noch und macht ihn geltend. Zu Recht?

Vertiefung Handels- und Gesellschaftsrecht - RA Prof. Dr. Hubert Schmidt

12

Kaufpreisforderung aus § 433 II BGB besteht, wenn sie nicht durch Aufrechnung erloschen ist, § 389 BGB. Ob die Forderung, die der B zur Aufrechnung stellt, besteht, kann dahinstehen, wenn ein Aufrechnungsverbot vereinbart ist. Das ist in den AGB des A vorgesehen (vgl. § 309 Nr. 3 BGB, § 307 II Nr. 1 BGB), es fragt sich aber, ob die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen wurden. Das könnten sie nach den Grundsätzen über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, denn im zuvor geschlossenen mündlichen Vertrag waren sie (mangels Hinweises) noch nicht einbezogen. Ein – auch konkludent möglicher oder sich aus dem Zusammenhang ergebender – Geltungshinweis ist auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr erforderlich, woran auch § 310 I BGB nichts ändert. Denn auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr ist eine Einbeziehungsvereinbarung Geltungsvoraussetzung der AGB, nur eben nicht nach den strengeren Vorgaben des § 305 BGB, sondern nach den allgemeinen Regelungen über das Zustandekommen von Verträgen, §§ 145 ff. BGB.

Zum Aufrechnungsverbot in Architekten-AGB siehe BGH NJW 2011, 1729.

- Hier:
- Empfänger B ist Bauträger und damit
 - in nennenswertem Umfang selbständig am Rechtsverkehr beteiligt ;
 - Absender ist Kaufmann
 - geschäftlicher Kontakt: hier in Form von Vertragsverhandlungen, die schon zum Abschluss geführt haben;
 - unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen Kontakt und Bestätigungsschreiben: hier gegeben, da Bestätigung schon am nächsten Tag;
 - Absender ist schutzwürdig,
 - d.h.: er darf weder bewusst vom Inhalt des zuvor besprochenen noch so weit davon abweichen, dass er nicht mehr mit der Zustimmung rechnen darf.
 - Hier: gegeben, da die Inbezugnahme jedenfalls branchenüblicher AGB als unschädlich gilt. Sofern die AGB "Kalauer" enthalten, helfen im übrigen die AGB-rechtlichen Vorschriften, zu denen etwa auch § 305c I BGB, gehört, also der Schutz vor ungewöhnlichen oder überraschenden Klauseln.
 - Kein unverzüglicher Widerspruch des Empfängers gegen den Inhalt des Bestätigungsschreibens.
- Damit wirkt das Bestätigungsschreiben konstitutiv, was die AGB anbelangt, so dass sie einbezogen sind. Gegen die Wirksamkeit des darin enthaltenen Aufrechnungsverbots (die §§ 387 ff. BGB sind dispositiv) bestehen keine Bedenken (Sachverhalt), so dass die Kaufpreisforderung nicht durch Aufrechnung erloschen ist.

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1.5.

- ◇ Schweigen im Handelsrechtsverkehr, § 362 Abs. 1 HGB
 - Nach § 362 Abs. 1 HGB kommt Vertrag durch Schweigen auf ein Angebot zustande, es sei denn, der Antragende weiß oder muss wissen, dass der Kaufmann keinen Bindungswillen hat (Einschränkung greift eher bei Satz 1).
 - Zwei Tatbestände, Voraussetzungen:
 - Satz 1:
 - Antrag (auch eines Nichtkaufmanns, beachte § 345 HGB) auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags
 - im Rahmen schon bestehender und auf gewisse Dauer angelegten Geschäftsverbindung
 - an einen Kaufmann (oder kaufmannsähnlich handelnden Geschäftsteilnehmer, hM),
 - dessen Geschäftsbetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt (zB Makler, Bank, Spediteur, Handelsvertreter)
 - auf Abschluss eines beim Antragsempfängers üblichen Geschäfts und
 - Unterlassen unverzüglicher Antwort.

Vertiefung Handels- und Gesellschaftsrecht - RA Prof. Dr. Hubert Schmidt

13

Siehe zu § 362 die instruktive Übersicht bei *Jung HR* § 34 Rn. 16, woraus die Folien entwickelt wurden.

Die dogmatische Einordnung des § 362 I HGB ist streitig. Teils wird heute (älter *Fabricius*, JuS 1966, 51: Ablehnung stellt Obliegenheitsverletzung dar) § 362 HGB als Fiktion einer Willenserklärung angesehen (zB von MünchKommHGB/*Welter* § 362 Rn. 15), teils als Rechtsscheinstatbestand (zB *Lettl HR* § 10 Rn. 24 mN). Richtig erscheint die Annahme einer Fiktion zu sein, gerade weil § 362 HGB auch dann eintritt, wenn der Empfänger keine WE abgeben will oder gar nicht weiß, dass er ein Angebot erhalten hat. In diesen Fällen mag dann fraglich sein, bis wann eine Ablehnung als „unverzüglich“ gilt.

Der Antragende muss nicht Kaufmann sein, § 345 HGB.

Geschäftsbesorgung ist jede selbständige, rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Tätigkeit für einen anderen in dessen Interesse.

§ 362 HGB fingiert die Annahmeerklärung des Kaufmanns. Wenn der Kaufmann eine Annahmeerklärung tatsächlich abgibt oder eine solche ablehnt, braucht man auf § 362 HGB nicht abzustellen.

Die Fiktion setzt voraus, dass der Kaufmann nicht unverzüglich (§§ 121 I 1 BGB, 347 HGB) antwortet. Der Auslöser der Fiktion ist zunächst der reine Zugang, ohne dass der Kaufmann hiervon Kenntnis haben müsste. Je nach Sachverhalt kann es aber unverzüglich sein, wenn der Kaufmann erst später von dem Antrag erfährt und dann alsbald antwortet. Bsp.: Der Kaufmann ist plötzlich erkrankt und hat keinen Angestellten, der ihn vertritt oder die Post wird durch ein Feuer vernichtet, das der Kaufmann nichts selbst (oder zurechenbar) verursacht hat. Anders, wenn ein Gehilfe die Post zu spät weiterleitet.

Sofern der Kaufmann sich in der fingierten Erklärung irrt (er schweigt, weil er sich im Angebot verliert), so kann er deswegen anfechten. Er kann aber nicht anfechten mit der Begründung, er habe das Schweigen in seiner rechtlichen Wertung missdeutet.

Siehe auch das Fallbeispiel bei *Lettl HR*, § 10 Rn. 38.

Zur Abgrenzung im allgemeinen Zivilrecht beachte § 663 BGB, der nur zu einer kodifizierten Culpa-Haftung, aber nicht zum Vertragsschluss führt.

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht 1.5.

◇ Schweigen im Handelsrechtsverkehr, § 362 Abs. 1 HGB

- Zwei Tatbestände, Voraussetzungen:
 - Satz 2:
 - An Kaufmann oder kaufmannsähnlichen Geschäftsteilnehmer gerichteter
 - Antrag auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags,
 - der sich auf das Erbieten von Geschäften (invitatio ad offerendum) bezieht und
 - sich im Rahmen dieses Erbietens hält.

Erbieten ist ein konkretes, individuelles Anbieten einer Leistung, die bloße Annonce in der Zeitung reicht also nicht. Beispiel für Erbieten: Werbebrief an individuellen Kreis von Adressaten.

◇ Sonstige Allgemeine Regelungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr:

- § 347: objektiv branchentypischer Sorgfaltsmaßstab des „ordentlichen Kaufmanns“
- § 348: keine Herabsetzung der Vertragsstrafe
- § 349: keine Einrede der Vorausklage bei der Kaufmannsbürgschaft
- § 350: Formfreiheit bei Bürgschaft, Anerkenntnis, Schuldversprechen
- §§ 352, 353: erhöhter Zinssatz und Fälligkeitszins

Zu § 347: Ebenso wie im BGB (§ 276 II) ist § 347 HGB weder eine eigenständige Anspruchsnorm noch beschreibt er den Sorgfaltsmaßstab. Er gilt für Kaufleute grds. unabhängig von ihrem Zuschnitt, wobei im Einzelfall aber Abweichungen im Hinblick auf die Größe zugelassen werden sollen (*Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn* HGB § 347 Rn. 28). Sofern dabei aber auf ältere Rspr., insbes. die des RG (andeutungsweise in RGZ 105, 389), abgestellt wird, ist Vorsicht geboten, weil das alte HGB vor 1998 eben noch den Minderkaufmann kannte, der in etlicher Hinsicht milder behandelt wurde als der Vollkaufmann). § 347 HGB lässt aber jedenfalls einen vertragstypspezifischen Maßstab zu, wie etwa für Bankgeschäfte, Transportgeschäfte, Groß- oder Einzelhandel. Was im einzelnen gefordert werden kann, ist nicht allgemein zu umreißen. Man verlangt aber, dass der Kaufmann sich über den rechtlichen Rahmen seines Geschäfts informiert und informiert hält, dass er auch etwaige technische Regelwerke inkl. DIN kennt und beachtet. Die Korrespondenz hat er ebenfalls sorgfältig zu behandeln, so dass es nicht ausreicht, die Post 7 oder 8 Tage unbeobachtet zu lassen (RG, a.a.O.). Weiteres Beispiel nächste Folie.

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1.5.

- ◇ Getränkehändler A unterhält bei der Bank B ein Girokonto; aufgrund einer (für die Bank erkennbar unwirksamen) Einzugsermächtigung veranlasst X, dass vom Konto des A innerhalb 6 Wochen in 10 Einzelbuchungen ca. 210.000 € abgebucht werden, ohne dass der X tatsächlich Lieferungen vorgenommen hätte. A merkt dies erst, als er bei Quartalsende den Saldenabschluss prüft. Vorherige Kontoauszüge, in denen die Abbuchungen vermerkt waren, führten nicht zu einer internen Überprüfung der Berechtigung der Einzüge. A verlangt Schadensersatz in Höhe der Abbuchungen von der Bank, diese wendet Mitverschulden ein.

A könnte von der B Schadensersatz aus § 280 I 1 BGB auf Ersatz der abgebuchten 210.000 € verlangen.

Voraussetzung ist, dass die B ihre Pflichten aus dem Girovertrag verletzt hätte. Die Bank hat aus dem Girovertrag unter anderem die Pflicht, alles zu unterlassen, was ihren Kunden schädigen könnte. Dazu gehört, dass die Bank ihr vorgelegte Einzugsermächtigungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, § 347 HGB, prüft, auf erkennbare Mängel den Kunden hinweist und vor allem eine Abbuchung aufgrund einer solchen unwirksamen Einzugsermächtigung nicht vornimmt. Nach dem Sachverhalt konnte die B erkennen, dass die Einzugsermächtigung unwirksam war. Da die Bank nur aufgrund einer wirksamen Einzugsermächtigung Abbuchungen durchführen darf, liegt in den hier vorgenommenen Abbuchungen eine Vertragsverletzung. Die Höhe des aus dieser Vertragsverletzung kausal herbeigeführten Schädigung entspricht den Abbuchungen, also 210.000 €.

Der Anspruch könnte aber ausgeschlossen oder gemildert sein durch ein Mitverschulden des A, § 254 I BGB. Danach ist der Anspruch auf Ersatz des Schadens begrenzt oder ausgeschlossen, wenn bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitwirkt. Vom Kaufmann darf erwartet werden, dass er seine Kontenunterlagen mit kaufmännischer Sorgfalt, § 347 HGB, überprüft. Das beinhaltet auch, dass er die einzelnen Abbuchungen auf ihre Berechtigung überprüft, insbesondere wenn er weiß, dass in seiner Branche mit Einzugsermächtigungen gearbeitet wird, die immer auch missbraucht werden können. Hätte der A diese Überprüfung vorgenommen, hätte er alsbald nach den ersten Abbuchungen feststellen können, dass eine Lieferung nicht vorlag, für die der Kaufpreis hätte abgebucht werden können. Ein Überprüfungszeitraum von 1 - 2 Wochen könnte dem A zugestanden werden. Während dessen erfolgte Abbuchungen sind voll zu erstatten, die übrigen wegen Mitverschuldens nur anteilig. (Die Höhe des Abzugs bestimmt der Richter nach seinem Beurteilungsspielraum.)

Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

1.5.

Die Kl., eine GmbH, nimmt die als Konzerngesellschaften zum T-Konzern gehörenden Bekl. auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Verletzung eines Vergleichsvertrags in Anspruch. Dem Vergleichsvertrag war ein Geschmacksmusterprozess vorausgegangen, an dessen Ende sich die Bekl. durch den Vergleich verpflichtet hatten, bestimmte Kinderwärmkissen nicht weiter zu verbreiten und für jeden Fall der Zuwiderhandlung 15.000 DM Vertragsstrafe zu zahlen, insbesondere für jedes entgegen dem Vergleich vertriebene Produkt. Die Kl. macht geltend, die Bekl. hätten 7.000 Kinderwärmkissen entgegen dem Vergleichsvertrag verkauft (nämlich vor einem Zeitfenster, in dem Restanten verkauft werden durften). Sie errechnet hieraus eine Vertragsstrafe von umgerechnet 53,68 Millionen Euro und klagt hiervon einen Teilbetrag von 1 Million Euro ein.

JuS 2009, 1148 = NJW 2009, 1882

Dazu *K. Schmidt*: JuS 2009, 1148 (Gesamtabdruck in RÜ):

"In dem hier nicht dargestellten Teil des Urteils hatte der *Senat* zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des eingeklagten Anspruchs überhaupt gegeben waren. Hinzu kam aber die hier dargestellte Frage, ob § 348 HGB eine Herabsetzung der Vertragsstrafe ganz ausschließt oder ob diese Herabsetzung immer noch möglich ist, soweit sie statt auf § 343 BGB auf § 242 BGB gestützt wird. Letzteres ist herrschende Auffassung¹⁰. Ihr folgt der *Senat*, aber er betont auch, dass die Kontrolle nach § 242 BGB nicht so weit reichen kann wie die nach § 343 BGB.

„Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe wegen unverhältnismäßiger Höhe nach § 343 BGB ist zwar gem. § 348 HGB vorliegend ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift kann eine Vertragsstrafe nicht nach § 343 BGB herabgesetzt werden, die ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen hat. Diese Voraussetzungen liegen bei den Bekl. im Streitfall vor (§§ 1, 5, 343 HGB). Dies schließt in besonders gelagerten Fällen aber nicht aus, dass auch bei einer von einem Kaufmann übernommenen Vertragsstrafe eine Herabsetzung nach § 242 BGB in Betracht kommt... Davon ist vorliegend auszugehen. Eine Vertragsstrafe von mehr als 53 Millionen Euro steht in einem solchen außerordentlichen Missverhältnis zu der Bedeutung der Zuwiderhandlung, dass ihre Durchsetzung einen Verstoß gegen den das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben darstellt. Die von den Bekl. verurteilte Vertragsstrafe ist deshalb auf ein Maß zu reduzieren, das ein Eingreifen des Gerichts nach § 242 BGB noch nicht rechtfertigen würde. Eine weitergehende Verringerung der Vertragsstrafe auf einen angemessenen Betrag kommt dagegen nach § 242 BGB nicht in Betracht. Die Herabsetzung der Vertragsstrafe auf ein angemessenes Maß durch das Gericht sieht § 343 BGB vor, dessen Anwendung vorliegend gem. § 348 HGB gerade ausgeschlossen ist. Diese gesetzliche Folge darf nicht durch die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB umgangen werden. Vielmehr ist die Vertragsstrafe nur soweit zu reduzieren, als der Betrag unter Würdigung aller Umstände im Einzelfall nach dem Grundsatz von Treu und Glauben noch hingenommen werden kann. Anhaltspunkt für die Bestimmung des Betrags kann insoweit das Doppelte der nach § 343 BGB angemessenen Vertragsstrafe sein“.

Im vorliegenden Fall war tatrichterlich festgestellt worden, dass die Bekl. mit dem Verkauf der 7000 Restanten einen Nettoumsatz von nur 48.215,52 Euro erzielt hatten. Der Verkauf der Restanten war den Bekl. für einen bestimmten Zeitraum gestattet. Die Zuwiderhandlung der Bekl. bestand daher nicht in einem Verstoß gegen ein generelles Unterlassungsgebot, sondern in der Verkaufsaktion außerhalb des vereinbarten Zeitraums. Im Hinblick hierauf reduziert der *Senat*, obwohl er an der Unanwendbarkeit des § 343 BGB formell festhält, die Vertragsstrafe von 53,68 Millionen auf maximal 200.000 Euro, also auf 0,37%¹¹. Wegen der weiteren unter den Parteien streitigen Fragen verwies der *Senat* die Sache an das *OLG* zurück.

Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

§ 348 HGB ist hiernach so zu lesen: Die Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB ist ausgeschlossen, die Herabsetzung nach § 242 BGB nicht!