

## § 8 Handelsgeschäfte

### I. Allgemeine Vorschriften §§ 343 bis 372 HGB

Diese Allgemeinen Vorschriften des HGB im Vierten Buch Handelsgeschäfte (sog. AT der Handelsgeschäfte, §§ 343 bis 372 HGB)

entsprechen im BGB den Allgemeinen Vorschriften im Zweiten Buch Schuldverhältnisse (sog. Schuldrecht AT, §§ 241 bis 432 BGB).

- Wie das **Schuldrecht AT = §§ 241 bis 432 BGB** (z.B. die Verpflichtung zur Leistung und Leistungsstörungen §§ 241 bis 292 BGB, der Verzug des Gläubigers §§ 293 bis 304 BGB oder die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch AGB §§ 305 bis 310 BGB usw.) eine „**Klammerwirkung**“ für die Besonderen Vorschriften über Schuldverhältnisse hat (sog. **Schuldrecht BT = §§ 433 bis 853 BGB**) und damit die Vorschriften über Schuldverhältnisse §§ 241 bis 432 BGB **sämtlich gleichermaßen gelten** für bspw.
  - (1) den Kauf § 433 BGB,
  - (2) die Miete § 535 BGB,
  - (3) den Dienstvertrag § 611 BGB
  - (4) sowie den Werkvertrag § 631 BGB,
  - (5) usw.
- So haben auch die **Allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte (§§ 343 bis 372 HGB)** eine „**Klammerwirkung**“. Sie gelten daher ebenfalls **für alle Besonderen Handelsgeschäfte des HGB (§§ 373 bis 475h HGB)**, also
  - (1) sowohl für den Handelskauf § 373 HGB,
  - (2) die Kommission § 383 HGB,
  - (3) die Fracht § 407 HGB,
  - (4) die Spedition § 453 HGB,
  - (5) als auch für das Lagergeschäft § 467 HGB
  - (6) etc.

## 1. Definition des Handelsgeschäfts § 343 Abs. 1 HGB

### § 343 HGB

(1) *Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören.*

(2) *weggefallen*

### § 344 HGB:

(1) *Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig.*

(2) ...

### § 345 HGB:

*Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt.*

Ein **Handelsgeschäft**<sup>1</sup> ist gemäß § 343 Abs. 1 HGB (sog. Legaldefinition):

(1) ein **Geschäft**

(2) eines **Kaufmanns**,

(3) das **zum Betriebe seines Handelsgewerbes** gehört.

(4) Auf solche Geschäfte finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 343 bis 372 HGB über Handelsgeschäfte **Anwendung**.

**Geschäft** meint rechtsgeschäftliches Verhalten **auf Grund** einer **Willenserklärung**, keine Handelsgeschäfte sind rein tatsächliche Handlungen (Realakte) oder unerlaubte Handlungen nach §§ 823 ff. BGB.

**Handelsgeschäft** ist ein **Oberbegriff** der alle Geschäfte eines Kaufmanns (insbesondere Handelskauf § 373, Kommission § 383, Fracht § 407, Spedition § 453 und Lagergeschäft § 467 HGB etc.) umfasst.

An diesem Geschäft muss **grundsätzlich nur ein Kaufmann** gemäß §§ 1 ff. HGB, gleichgültig auf welcher Seite, beteiligt sein (sog. **einseitige Handelsgeschäfte § 345 HGB**). Wenn das Gesetz **ausnahmsweise** einmal nur zur Anwendung gelangen will, wenn **beide Kaufmann** sind (sog. zwei- oder **beidseitige Handelsgeschäfte**), dann sagt es das auch, **etwa** in § 354a HGB.

Das Geschäft muss zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören und somit einem **betrieblichen Zweck dienen**. Dabei gilt die (widerlegliche) **Vermutung** des § 344 Abs. 1 HGB, dass sämtliche von einem Kaufmann vorgenommenen Geschäfte im Zweifel betriebszugehörig sind.

---

<sup>1</sup> **Beachte:** Den Begriff „Handelsgeschäft“ benutzt das **HGB** an anderer Stelle in unterschiedlicher Weise und somit **doppelseitig**. Denn anders als hier nach §§ 343 ff. HGB, wo mit Handelsgeschäft das **rechtsgeschäftliche Handeln** eines Kaufmanns zu einem betrieblichen Zweck gemeint ist, verstehen etwa die §§ 22 ff. HGB darunter das Unternehmen, also den kaufmännischen Geschäftsbetrieb des Kaufmanns (und somit ein **Handelsgewerbe** gemäß §§ 1 ff. HGB). Dazu bereits § 5 I. B. der Vorlesung.

**Beispiel:**

Kaufmann K möchte für seine Tochter ein Auto leasen und bringt das zum Ausdruck/ macht das aber nicht deutlich.

## 2. Besonderheiten bei Handelsgeschäften

### a) Keine Herabsetzung einer Vertragsstrafe § 348 HGB

§ 339 BGB: Verwirkung der Vertragsstrafe

<sup>1</sup>Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt.

<sup>2</sup>Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

§ 343 BGB: Herabsetzung der Vertragsstrafe

(1) <sup>1</sup>Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden.

<sup>2</sup>Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen.

<sup>3</sup>Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

(2) ...

**§ 348 HGB** (~~nwb: Versprechen und Herabsetzung einer Vertragsstrafe/dtv: Vertragsstrafe~~): „Keine Herabsetzung einer Vertragsstrafe bei Handelsgeschäften“

**Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund § 343 BGB herabgesetzt werden.**

## **b) Besonderheiten bei Bürgschaft und Schuldversprechen/-anerkenntnis §§ 349/350 HGB**

### *§ 765 BGB: Vertragstypische Pflichten bei der Bürgschaft*

*(1) Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.*

*(2) ...*

### *§ 766 BGB: Schriftform der Bürgschaftserklärung*

*(1) <sup>1</sup>Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung (§ 126 Abs. 1 BGB) der Bürgschaftserklärung erforderlich.*

*<sup>2</sup>Die Erteilung der Bürgschaftserklärung in elektronischer Form (§ 126a BGB) ist ausgeschlossen.*

*<sup>3</sup> Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt.*

*(2) ...*

### *§ 780 BGB: Schuldversprechen*

*<sup>1</sup>Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, dass das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen), ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftliche Erteilung (§ 126 Abs. 1 BGB) des Versprechens erforderlich.*

*<sup>2</sup>Die Erteilung des Versprechens in elektronischer Form (§ 126a BGB) ist ausgeschlossen.*

### *§ 781 BGB: Schuldanerkenntnis*

*<sup>1</sup>Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkenntnis), ist schriftliche Erteilung (§ 126 Abs. 1 BGB) der Anerkennungserklärung erforderlich.*

*<sup>2</sup>Die Erteilung der Anerkennungserklärung in elektronischer Form (§ 126a BGB) ist ausgeschlossen.*

*<sup>3</sup>Ist für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form.*

### **§ 350 HGB (~~nwb: Form einer Bürgschaft oder eines Schuldversprechens/dtv: Formfreiheit~~): „Formfreiheit einer Bürgschaftserklärung, eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses bei Vorliegen eines Handelsgeschäfts“**

***Auf eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis finden, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntnis auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschriften des § 766 Satz 1 und 2, des § 780 und des § 781 Satz 1 und 2 BGB keine Anwendung.***

---

### *§ 771 BGB: Einrede der Vorausklage*

*<sup>1</sup>Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage).*

<sup>2</sup>Erhebt der Bürge die Einrede der Vorausklage, ist die Verjährung des Anspruchs des Gläubigers gegen den Bürgen gehemmt, bis der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat.

§ 773 BGB: Ausschluss der Einrede der Vorausklage

(1) Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen:

1. wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat,
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist,
3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet ist,
4. wenn anzunehmen ist, dass die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

(2) ...

§ 778 BGB: Kreditauftrag

Wer einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten ein Darlehen oder eine Finanzierungshilfe zu gewähren, haftet dem Beauftragten für die aus dem Darlehen oder der Finanzierungshilfe entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge.

**§ 349 HGB (~~nwb:~~ Keine Einrede der Vorausklage bei Vorliegen eines Handelsgeschäfts/~~dtv:~~ Keine Einrede der Vorausklage):**

<sup>1</sup>Dem Bürgen steht, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage nicht zu.

<sup>2</sup>Das Gleiche gilt unter der bezeichneten Voraussetzung für denjenigen, welcher aus einem Kreditauftrag als Bürge haftet.

### **c) Besonderheiten bei Zinsen §§ 352/353 HGB**

*§ 641 BGB: Fälligkeit der Vergütung beim Werkvertrag*

*(1) <sup>1</sup>Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten.*

*<sup>2</sup>...*

*(2) und (3) ...*

*(4) Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen (= § 246 BGB: 4% p.a.), sofern nicht die Vergütung gestundet ist.*

*§ 849 BGB: Verzinsung der Ersatzsumme*

*Ist wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen, so kann der Verletzte Zinsen (= § 246 BGB: 4% p.a.) des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird.*

*§ 280 BGB: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung*

*(1) <sup>1</sup>Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.*

*<sup>2</sup>Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*

*(2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 BGB verlangen.*

*(3) ...*

*§ 286 BGB: Verzug des Schuldners*

*(1) <sup>1</sup>Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug.*

*<sup>2</sup>Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.*

*(2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn*

*1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,*

*2. der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt,*

*3. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,*

*4. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist.*

*(3) <sup>1</sup>Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist.*

*<sup>2</sup>Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug.*

*(4) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.*

§ 288 BGB: Verzugszinsen und sonstiger Verzugsschaden

(1) <sup>1</sup>Eine Geldschuld ist während des Verzugs zu verzinsen.

<sup>2</sup>Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz (= § 247 BGB: seit 1.7.2016/1.1.2018 minus 0,88% p.a.!).

(2) Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Zinssatz für Entgeltforderungen **neun** Prozentpunkte über dem Basiszinssatz (= § 247 BGB: seit 1.7.2016/1.1.2018 minus 0,83% p.a.!).

(3) Der Gläubiger kann aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen.

(4) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

(5) <sup>1</sup>Der Gläubiger einer Entgeltforderung hat bei Verzug des Schuldners, wenn dieser kein Verbraucher ist, außerdem einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40 Euro.

<sup>2</sup>Dies gilt auch, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine Abschlagszahlung oder sonstige Ratenzahlung handelt.

<sup>3</sup>Die Pauschale nach Satz 1 ist auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist.

(6) <sup>1</sup>Eine im Voraus getroffene Vereinbarung, die den Anspruch des Gläubigers einer Entgeltforderung auf Verzugszinsen ausschließt, ist unwirksam.

<sup>2</sup>Gleiches gilt für eine Vereinbarung, die diesen Anspruch beschränkt oder den Anspruch des Gläubigers einer Entgeltforderung auf die Pauschale nach Absatz 5 oder auf Ersatz des Schadens, der in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist, ausschließt oder beschränkt, wenn sie im Hinblick auf die Belange des Gläubigers grob unbillig ist.

<sup>3</sup>Eine Vereinbarung über den Ausschluss der Pauschale nach Absatz 5 oder des Ersatzes des Schadens, der in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist, ist im Zweifel als grob unbillig anzusehen.

<sup>4</sup>Die Sätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn sich der Anspruch gegen einen Verbraucher richtet.

§ 352 HGB (~~nwb: Zinsen/dtv: Gesetzlicher Zinssatz~~): „Gesetzlicher Zinssatz bei beiderseitigen Handelsgeschäften“

(1) <sup>1</sup>Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, mit Ausnahme der Verzugszinsen ist bei beiderseitigen Handelsgeschäften fünf vom Hundert für das Jahr.

<sup>2</sup>Das Gleiche gilt, wenn für eine Schuld aus einem solchen Handelsgeschäfte Zinsen ohne Bestimmung des Zinsfußes versprochen sind.

(2) Ist in diesem Gesetzbuche die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe ausgesprochen, so sind darunter Zinsen zu fünf vom Hundert für das Jahr zu verstehen.

§ 353 HGB (~~nwb: Zinsen vom Tage der Fälligkeit an/dtv: Fälligkeitszinsen~~): „Fälligkeitszinsen bei beiderseitigen Handelsgeschäften“

<sup>1</sup>Kaufleute untereinander sind berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern.

<sup>2</sup>Zinsen von Zinsen können auf Grund dieser Vorschrift nicht gefordert werden.

- **Fälligkeitszinsen** gibt es nach dem **BGB** im Wesentlichen

- o nur beim **Werkvertrag § 641 Abs. 4 BGB**
- o und einer **unerlaubten Handlung § 849 BGB**.

Diese gesetzlichen Fälligkeitszinsen nach BGB betragen gemäß **§ 246 BGB 4% p.a. (gesetzlicher Zinssatz)**.

- Alle **anderen Forderungen** sind nach dem **BGB** also **grundsätzlich einmal zinslos fällig**.

**Zinsen** darauf kann der Gläubiger **erst** verlangen, **wenn** der **Schuldner in Verzug** geraten ist, sog. **Ersatz des Verzögerungsschadens §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB – Schadensersatz neben der Leistung**.

Dieser kann gemäß § 280 Abs. 2 BGB nicht bei jeder Spätleistung, sondern nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB beansprucht werden, also wenn

(I) über die allgemeinen Voraussetzungen nach § 280 Abs. 1 BGB hinaus

- (1) Vorliegen eines Schuldverhältnisses
- (2) und einer Pflichtverletzung hier in Form einer späten Leistung,
- (3) die der Schuldner (nicht nicht) zu vertreten hat,

(II) auch die besonderen Voraussetzungen nach § 280 Abs. 2 BGB vorliegen, dass sich der **Schuldner gemäß § 286 BGB in Verzug** befindet:

(1) diese sind beim Schuldnerverzug mit allgemeinen Leistungspflichten

(a) **Fälligkeit** der Forderung,

also, **dass der Gläubiger die Leistung verlangen kann § 271 Abs. 1 1. Alt. und Abs. 2 1. Alt. BGB**

(b) sowie eine **Mahnung** oder ein Mahnungssurrogat **§ 286 Abs. 1 S. 1 bzw. 2 oder Abs. 2 BGB**,

also, dass der Schuldner **zur Leistung aufgefordert/an** seine Leistungspflicht **erinnert wurde**

(c) und dass der Schuldner den Verzugseintritt (nicht nicht) zu vertreten hat, § 286 Abs. 4 BGB

[ (2) und beim Schuldnerverzug mit Entgeltspflichten gilt ergänzend § 286 Abs. 3 BGB ].

(III) **Erst wenn** (auch) diese Voraussetzungen jeweils gegeben sind und der **Schuldner** sich damit **in Verzug** befindet, kann der Gläubiger gemäß **§§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB**

(1) neben der eigentlichen Leistung

(2) auch noch Ersatz des ihm durch die Verzögerung der Leistung entstandenen Schadens verlangen.

(a) und zwar **nach §§ 288 Abs. 1, 247 BGB Verzugszinsen** von **derzeit (seit 1.7.2016/1.1.2018) 5,0% (bzw. nach a.A. nur 4,12%!)** p.a.

(b) **bzw.** bei Rechtsgeschäften, an denen kein Verbraucher gemäß § 13 BGB beteiligt ist (also **zwischen Unternehmern i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB**) betragen die **Verzugszinsen** für Entgeltforderungen gemäß § 288 Abs. 2, 247 BGB **derzeit 9,0%/bzw. nach a.A. 8,12% p.a.**

- Bei **beiderseitigen Handelsgeschäften (§§ 343, 345 HGB)**,

o wenn also sowohl der Schuldner

o als auch der Gläubiger und damit **beide Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB** sind,

- o können **Zinsen grundsätzlich** (und damit also nicht nur bei einem Werkvertrag!) **seit der Fälligkeit** verlangt werden, § 353 HGB.

Und diese Fälligkeitszinsen unter Kaufleuten betragen gemäß § 352 HGB **5,0% p.a.**

Aber auch unter Kaufleuten gilt:

**Setzt** der **Gläubiger** den **Schuldner in Verzug**, **mahnt er also** die Leistung **an**, kann er

(1) neben der eigentlichen Leistung,

(2) (nur) bei beiderseitigen Handelsgeschäften die bisherigen Fälligkeitszinsen von **5,0% p.a.** gemäß §§ 352, 353 HGB bis zum **Verzugseintritt**,

(3) **sowie ab Verzugseintritt dann**

(a) bei beiderseitigen Handelsgeschäften bzw. unter Unternehmern gemäß §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 Abs. 2, 247 BGB **Verzugszinsen von derzeit 9,0%/bzw. nach a.A. 8,12% p.a.**

[ (b) (bzw. bloß 5,0%/4,12% Verzugszinsen, wenn ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB beteiligt ist, § 288 Abs. 1 BGB!) ]

für Geldforderungen verlangen.

## d) Abtretung von Geldforderungen trotz Abtretungsverbots § 354a HGB

### § 398 BGB: Abtretung

<sup>1</sup>Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung).

<sup>2</sup>Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

### § 399 BGB: Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden,

wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann (= 1. Alt. )

oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist (= 2. Alt.).

### § 354a HGB (~~nwb: Forderungsabtretung/ dtv: Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung~~): „Unwirksamkeit des Ausschlusses der Abtretung von Geldforderungen bei beiderseitigen Handelsgeschäften“

<sup>1</sup>Ist die Abtretung einer Geldforderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner gemäß § 399 2. Alt. BGB ausgeschlossen

und ist das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft, oder ist der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen, so ist die Abtretung gleichwohl wirksam.

<sup>2</sup>Der Schuldner kann jedoch mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten.

<sup>3</sup>Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.

- **Beachte:** Nach dem Abstraktions- und Trennungsprinzip wird der Verkäufer eines **nicht-körperlichen Gegenstands (Forderung/Recht)** durch das Verpflichtungsgeschäft Kaufvertrag gemäß § 453 Abs. 1 BGB (sog. **Rechtskauf**) zunächst **nur** zur Verschaffung des Anspruchs oder des Rechts an den Käufer **verpflichtet**.
- Die **Erfüllung** dieser Verpflichtung erfolgt dann durch eine **Abtretung der Forderung oder des Rechts** nach § 398 bzw. § 413 BGB (sog. **Zession**).

Voraussetzungen sind dabei

(1) Die **Einigung** des Veräußerers (sog. Altgläubiger oder **Zedent**) mit dem Erwerber (sog. Neugläubiger oder **Zessionar**), dass die **Forderung** (§ 398 S. 1 BGB) **oder** das andere **Recht** (§ 413 BGB) auf diesen **übergehen soll**

(2) und die **Berechtigung** des **Veräußerers** (der Zedent muss also grundsätzlich Inhaber der Forderung bzw. des Rechts sein, vgl. § 405 BGB).

(3) Sind diese erfüllt, **wird** der Erwerber (also der Neugläubiger/Zessionar), **Inhaber** der **Forderung bzw. des Rechts** nach §§ 398 S. 2/ 413 BGB.

- (4) Hatten aber der **Schuldner und der Altgläubiger (Zedent)** zuvor **vereinbart**, dass eine **Abtretung ausgeschlossen** ist,
- (5) ist eine gleichwohl erfolgende **Abtretung gemäß § 399 2. Alt. BGB nichtig** und der **Zessionar** wird damit **nicht Inhaber der Forderung bzw. des Rechts**.

Ein vorheriges **Abtretungsverbot** zwischen Schuldner und Altgläubiger (Zedent) verhindert also, dass der Altgläubiger (Zedent) an einen neuen Gläubiger (Zessionar) **abtreten kann!**

Eine **Rückausnahme** dazu (dass also das Abtretungsverbot unbeachtlich und damit die Abtretung doch wirksam ist) enthält **§ 354a HGB**.

Voraussetzungen sind,

- (1) es muss eine **Geldforderung** vorliegen;  
auf andere Forderungen oder Rechte ist § 354a HGB unanwendbar, für diese bleibt es bei der Wirkung des Abtretungsverbots.
- (2) Diese Geldforderung muss **aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft (§§ 343, 345 BGB)** entstanden sein.  
Sowohl der Schuldner als auch der (Alt-)Gläubiger/Zedent müssen daher beide Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB sein; unerheblich ist, ob der neue Gläubiger (Zessionar) Kaufmann ist oder nicht.
- (3) Und die **Abtretung** dieser Geldforderung muss durch Vereinbarung **zwischen dem Schuldner und** bisherigen Gläubiger (**Zedent**) **gemäß § 399 2. Alt. BGB ausgeschlossen** worden sein.
- (4) Tritt dann der (Alt-)Gläubiger/Zedent gleichwohl an einen neuen Gläubiger (Zessionar) ab,
- (5) ist die **Abtretung dennoch wirksam**. Der Erwerber (Zessionar) wird daher **trotz des Abtretungsverbots Inhaber der Geldforderung** nach §§ 398 S. 2 i.V.m. § 354a HGB.

## e) Schweigen auf einen Antrag auf Geschäftsbesorgung § 362 HGB und kaufmännisches (unternehmerisches) Bestätigungsschreiben

Schweigen hat **nur ausnahmsweise** einen **Erklärungswert**

- wenn zwischen Parteien **ausnahmsweise** (vorher) **vereinbart** wurde, dass Schweigen eine bestimmte Bedeutung haben soll,  
bspw. Nr. 7 Abs. 2 der AGB der Banken (unterlassene Einwendungen gegen Rechnungsabschlüsse bei Kontokorrentkonten)
- wenn **ausnahmsweise gesetzlich** einmal **bestimmt** ist, dass Schweigen eine bestimmte Bedeutung hat (sog. **normiertes Schweigen**),
  - o so gilt Schweigen **z.B.** bei einer Aufforderung zur Genehmigung von Rechtsgeschäften eines Minderjährigen nach **§ 108 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 BGB** oder bei der Aufforderung zur Genehmigung von Verträgen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht gemäß **§ 177 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 BGB** ausnahmsweise als **Ablehnung** (sog. verneinendes oder auch unechtes normiertes Schweigen)
  - o und Schweigen bedeutet bei einer Schenkung ohne Willen des Bedachten nach **§ 516 Abs. 2 S. 2 BGB** bzw. einer verspätet zugegangenen Annahmeerklärung gemäß **§ 149 S. 2 BGB** ausnahmsweise sogar **Zustimmung** (sog. bejahendes oder auch echtes normiertes Schweigen).

Dazu bereits § 8 II. 2. b) der Vorlesung Bürgerliches Recht.

Auch unter Kaufleuten kommt Schweigen **grundsätzlich** keine Erklärungswirkung zu. Schweigt ein Kaufmann, bringt er damit ebenso wie eine Privatperson weder seine Zustimmung noch seine Ablehnung zum Ausdruck.

Die Vorstellung, Schweigen unter Kaufleuten bedeute stets Zustimmung, ist daher nicht korrekt!

Zutreffend ist lediglich, dass es im **Handelsrecht wesentlich mehr Ausnahmenvorschriften** gibt, dass Schweigen unter Kaufleuten einmal **Zustimmung** bedeuten soll,

- etwa bei der Nichtablehnung von Geschäften von Handlungsgehilfen oder Handelsvertretern nach **§ 75h Abs. 1 und 2 sowie § 91a Abs. 1 und 2 HGB**
- **oder** das Unterlassen einer Mängelrüge beim beiderseitigen Handelskauf gemäß **§ 377 Abs. 2 HGB**
- **oder** die unterlassene Zurückweisung einer Preisabweichungsanzeige bei einer Kommission nach **§ 386 Abs. 1 Halbs. 2 HGB**
- **usw.**

## α) Schweigen auf einen Antrag auf Geschäftsbesorgung § 362 HGB:

*§ 362 HGB (nwb: Wirkungen des Schweigens im Geschäftsverkehr/ dtv: Schweigen des Kaufmanns auf Anträge): „Wirkungen des Schweigens bei Geschäftsbesorgungskaufleuten“*

(1) <sup>1</sup>Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags.

<sup>2</sup>Das gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.

(2) ...

Einen weiteren (Ausnahme-)Fall eines solchen handelsrechtlich normierten bejahenden Schweigens enthält auch § 362 Abs. 1 HGB.

Voraussetzungen sind, dass

(1) einem **Kaufmann**,

(2) dessen **Gewerbe** die **Geschäftsbesorgung** für andere ist,

(3) geht ein **Antrag** über eine **Besorgung** eines solchen **Geschäfts** zu

(4) und zwar von einer **Person**,

(a) mit der er **in Geschäftsverbindung** steht

(b) **oder** der er sich **erboten** hatte.

(5) Rechtsfolge ist, dass ein Geschäftsbesorgungskaufmann dann das Angebot **unverzüglich abzulehnen** hat. Denn erfolgt dies nicht, gilt sein Schweigen als Annahme des Antrags.

Nur derjenige, dem der **Antrag zugeht**, muss **Kaufmann** im Sinne der §§ 1 ff. HGB sein. Unerheblich ist daher, ob der Antragende Kaufmann ist.

Entgegen der irreführenden Überschriften in nwb „Wirkungen des Schweigens im Geschäftsverkehr“ und dtv „Schweigen des Kaufmanns auf Anträge“ **gilt § 362 Abs. 1 HGB** jedoch keineswegs für den gesamten Handelsverkehr, sondern **nur für Kaufleute, deren Gewerbe die Geschäftsbesorgung** ist, also etwa Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB), Makler (§§ 652 ff. BGB, §§ 93 ff. HGB), Bankgeschäfte (§§ 676a, 676d, 676f BGB), Kommission (§§ 383 ff. HGB) oder Spedition (§§ 453 ff. HGB) etc.

§ 362 Abs. 1 HGB ist **daher insbesondere bei Veräußerungs- und Überlassungsverträgen unanwendbar**, da dort keine Geschäfte für andere zu besorgen sind, sondern Gegenstände verschafft werden müssen oder zur Nutzung zu überlassen sind.

Geht jedoch einem Geschäftsbesorgungskaufmann ein Antrag über eben eine solche Geschäftsbesorgung von jemanden ein, mit dem er **in Geschäftsverbindung steht** (§ 362 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 HGB) **oder** dem er **sich** vorher dazu **erboten** hatte (§ 362 Abs. 1 S. 2 HGB), hat er **unverzüglich** (also ohne schuldhaftes Zögern = ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) **abzulehnen**. Unterlässt er das, **gilt sein Schweigen als Zustimmung** und der Antragende kann dann die Ausführung des Geschäftsbesorgungsvertrags und bei einer schuldhaften Nichterfüllung Schadensersatz dafür verlangen (sog. positives Interesse).

[ **Beachte:** Wird dagegen **bürgerlich-rechtlich** ein Angebot auf Abschluss eines Auftragsvertrags (§ 662 BGB) oder einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1 BGB) gemacht, kommt gemäß § 663 BGB ein **Vertrag durch Schweigen gerade nicht** zu Stande. Der Antragende kann daher keine Erfüllung, sondern lediglich Ersatz des Schadens verlangen, der dadurch entsteht, dass er davon absieht, das Geschäft anderweitig ausführen zu lassen (sog. negatives Interesse). ]

## β) Grundsätze des kaufmännischen (unternehmerischen) Bestätigungsschreibens:

§ 346 HGB:

*Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.*

Schweigen hat **nur ausnahmsweise** einen **Erklärungswert**

- wenn dies **ausnahmsweise** (vorher) **vereinbart** wurde,
- oder **ausnahmsweise** einmal **normiert** ist, dass Schweigen eine bestimmte Bedeutung hat
- und Schweigen hat **ausnahmsweise auch dann** einen **Erklärungswert**, wenn der Schweigende nach **Treu und Glauben (§ 242 BGB) mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB)** verpflichtet gewesen wäre, einen abweichenden Willen zu äußern wie etwa bei einer ständigen Geschäftsbeziehung, da hier jeden Geschäftspartner besondere Hinweis- und Ablehnungspflichten treffen, oder einem **kaufmännischen/unternehmerischen** Bestätigungsschreiben.

Dessen Grundsätze hatten sich **zunächst** als **Handelsbrauch unter Kaufleuten** gemäß § 346 HGB herausgebildet.

**Mittlerweile** ist diese Verkehrssitte jedoch als Ausprägung von Treu und Glauben nach §§ 242, 157 BGB für **sämtliche** Bereiche **unternehmerischer Tätigkeit gewohnheitsrechtlich** anerkannt.

Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze des Schweigens auf solche unternehmerischen Bestätigungsschreiben sind:

- (1) **Beide** Parteien müssen **Kaufmann oder** zumindest kaufmannsähnlich **unternehmerisch** tätig sein und das Geschäft in Ausübung ihrer gewerblichen oder sonstigen selbstständigen Tätigkeit vorgenommen werden.
- (2) Die Parteien müssen
  - (a) einen Vertrag entweder **mündlich** bereits **abgeschlossen**
  - (b) **oder** zumindest **mündlich abschlussreif verhandelt** haben.
- (3) Eine Seite muss diesen tatsächlich vorangegangenen bzw. vermeintlichen Vertragsschluss **schriftlich** bestätigt haben, wobei diese **Bestätigung** jedoch von dem tatsächlichen Vertragsschluss bzw. den Verhandlungen **abweicht**.
- (4) Und die Bestätigung muss im zeitlichen und sachlichen **Zusammenhang** mit dem Vertragsschluss oder den Vertragsverhandlungen abgesendet worden sowie dem anderen zugegangen sein.
- (5) Rechtsfolge ist, dass der Empfänger diesem Bestätigungsschreiben dann **unverzüglich** zu **widersprechen** hat, da sonst sein Schweigen als Zustimmung gewertet wird.

Beide Parteien müssen **Kaufmann** im Sinne der §§ 1 ff. HGB **oder Unternehmer** gemäß § 14 Abs. 1 BGB sein (also auch nichteingetragene Kleingewerbetreibende, nichteingetragene Land- und Forstwirte/Nebengewerbe sowie Freiberufler).

Ist ein Vertrag mündlich bereits geschlossen, kann er durch ein Bestätigungsschreiben geändert werden (modifizierendes Bestätigungsschreiben).

Wurde bislang nur mündlich verhandelt, kann durch ein Bestätigungsschreiben ein vermeintlicher Vertragsschluss bestätigt werden und der Vertrag dann dadurch zu Standen kommen (konstitutives Bestätigungsschreiben).

Auf **rein schriftliche Korrespondenz und Korrespondenzen in Textform (§ 126b BGB, also auch durch Telefax oder E-Mail)** sind wegen der dort einfachen Beweisbarkeit die Grundsätze des unternehmerischen Bestätigungsschreibens hingegen **nicht anwendbar!**

Geht dem Empfänger **dann** auf eben diesen mündlichen Vertrag/oder die mündlichen Verhandlungen **aber** eine **abweichende „schriftliche“ (es reicht Textform, § 126b BGB) Bestätigung** zu,

hat er **unverzüglich** (also ohne schuldhaftes Zögern = ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) **zu widersprechen.**

- o Denn **widrigensfalls** gilt sein **Schweigen** als Zustimmung und **daher** wird ein mündlich bereits geschlossener Vertrag inhaltlich geändert
- o **oder** es **kommt**, wenn bislang nur mündlich abschlussreif verhandelt wurde, der Vertrag durch das Schweigen des Empfängers dann zu Stande.

Diese Zustimmungswirkung gilt nur dann nicht, falls ein Widerspruch ausnahmsweise entbehrlich ist. Ein **Bestätigungsschreiben** entfaltet daher **trotz Schweigens keine Rechtswirkung,**

- wenn der Bestätigende **bewusst unrichtig** von dem Verhandlungsergebnis **abweicht (§ 242 BGB),**
- **oder** aber die Bestätigung sich vom Inhalt des Vereinbarten so weit entfernt, dass infolge dieser **erheblichen Abweichung** mit einem Einverständnis des Empfängers nicht gerechnet werden darf (**§ 242 BGB**),
- **oder** wenn dem Bestätigenden ein **kreuzendes, inhaltlich divergierendes Bestätigungsschreiben** des Empfängers zugeht. Denn darin ist zugleich der Widerspruch gegen das Bestätigungsschreiben des anderen zu sehen und umgekehrt.

## f) Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis § 366 Abs. 1 HGB

### α) Bürgerlich-rechtlich gutgläubiger Erwerb fremder beweglicher Sachen nur bei gutem Glauben an das Eigentum des Veräußerers § 932 BGB:

- **Beachte:** Nach dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip wird der Verkäufer einer Sache durch das Verpflichtungsgeschäft **Kaufvertrag** gemäß der schuldrechtlichen Vorschrift des **§ 433 Abs. 1 S. 1 (sog. Sachkauf)** aus dem **Zweiten Buch des BGB** zunächst **nur** zur Übereignung der beweglichen Sache an den Käufer **verpflichtet**.
- Die **Erfüllung** dieser Verpflichtung erfolgt bei **beweglichen Sachen** nach den sachenrechtlichen/dinglichen Regeln der **Einigung und Übergabe § 929 S. 1** aus dem **Dritten Buch des BGB**:

Voraussetzungen einer Übereignung sind

- (1) die sog. **dingliche Einigung** zwischen Veräußerer und Erwerber, dass dieser fortan **Eigentümer** der beweglichen Sache **sein soll**,
- (2) und die **Übergabe** der beweglichen Sache (oder des Tieres § 90a BGB), **also** die Verschaffung des **Besitzes** (= faktische Gewalt über die Sache § 854 BGB!),
- (3) sowie die **Berechtigung** des **Veräußerers** zur Übereignung (dieser muss grundsätzlich Eigentümer der beweglichen Sache sein).
- (4) Sind diese erfüllt, wird der Erwerber **Eigentümer** der **beweglichen Sache** nach § 929 S. 1 BGB.

zu (3):

ist der **Veräußerer nicht Eigentümer** der beweglichen Sache,

(a) ist er zur Übereignung nicht berechtigt und **wird** der **Erwerber** daher grundsätzlich **nicht Eigentümer** der **fremden** beweglichen **Sache** nach § 929 S. 1 BGB,

(b) aber:

Der **Erwerber kann** (ausnahmsweise doch) **Eigentümer** der **fremden** beweglichen **Sache nach § 929 S. 1 i.V.m. § 932 BGB werden, wenn** er in **gutem Glauben** ist, dass die Sache dem **Veräußerer** gehört, er diesen also für den **Eigentümer hält und auch dafür halten darf!**

o Der Erwerber ist nach § 932 Abs. 2 BGB dabei **nicht in gutem Glauben**,

- wenn ihm entweder bekannt ist (=Vorsatz)
- oder aber infolge **grober Fahrlässigkeit** unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

In diesen Fällen glaubt er nicht bzw. darf er nicht an das Eigentum des Veräußerers glauben und daher **wird** der **Erwerber kein Eigentümer** der fremden beweglichen Sache!

o Im Umkehrschluss dazu **ist** der Erwerber **in gutem Glauben**,

- wenn ihm nur infolge **leichter Fahrlässigkeit**

- **oder** ohne jede Fahrlässigkeit (also **schuldlos**) nicht bekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

Dann glaubt er an das Eigentum des Veräußerers und darf auch daran glauben, so dass der **Erwerber Eigentümer** der fremden beweglichen Sache **wird!**

### § 929 BGB: Einigung und Übergabe

<sup>1</sup>Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.

<sup>2</sup>...

### § 932 BGB: Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

(1) <sup>1</sup>Durch eine nach § 929 BGB erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist.

<sup>2</sup>...

(2) Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

### Beispiel:

A verkauft und übereignet dem C das Fahrrad des B.

(1) Der Kaufvertrag A–C nach § 433 BGB schafft nur die Verpflichtung für A, zu übereignen nach Abs. 1 S. 1 (1. Stufe).

(2) Die Erfüllung (2. Stufe) erfolgt dann durch eine Übereignung A–C gemäß §§ 929 S. 1 ff. BGB, Vss.:

– dingliche Einigung A–C = Einigung, dass das Eigentum auf C übergeht

– Übergabe A–C = Verschaffung unmittelbaren Besitzes für C

– aber Berechtigung des A?

- A ist nicht Eigentümer, daher **kein Erwerb des C vom Berechtigten B: § 929 S. 1 BGB (–)**
- **jedoch ist C gutgläubig**, da er den A für den Eigentümer hält und halten darf, daher **Erwerb des C vom Nichtberechtigten A § 929 S. 1 BGB i.V.m. § 932 BGB (+)**, so dass B sein Eigentum am Fahrrad durch die Verfügung des nichtberechtigten A verliert und C auf Grund seines guten Glaubens an das Eigentum des A Eigentümer wird.

[ Exkurs:

o Ausnahme nur (dann also kein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten A möglich), wenn die Sache dem Eigentümer B abhanden gekommen wäre, § 935 Abs. 1 BGB.

o Aber auch Rückausnahme (so dass trotz Abhandenkommens doch ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich ist) bei abhandengekommenem Geld, Inhaberpapieren und öffentlicher Versteigerung, § 935 Abs. 2 BGB. ]

**β) Handelsrechtlich gutgläubiger Erwerb fremder Sachen auch bei gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers § 366 Abs. 1 HGB:**

**§ 366 HGB (~~nwb: Gutgläubensschutz/dtv: Gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen~~):**  
**„Gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen bei gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis des veräußernden Kaufmanns“**

**(1) Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft.**

**(2) und (3) ...**

**§ 932 BGB** schützt den **guten Glauben** daran, dass die Sache dem **Veräußerer** gehört, er diesen also für den **Eigentümer** sei.

Demgegenüber schützt **§ 366 BGB** den **guten Glauben** daran, dass **Veräußerer zur Veräußerung befugt sei**, der Eigentümer ihn also zu dieser Verfügung ermächtigt habe!

### **Beispiel:**

Fahrradhändler A e.K. verkauft und übereignet dem C das Fahrrad des B. C weiß, dass es dem B gehört, meint aber, B hätte den A mit der Veräußerung beauftragt.

(1) Der Kaufvertrag A–C nach § 433 BGB schafft nur die Verpflichtung für A, zu übereignen nach Abs. 1 S. 1 (1. Stufe).

(2) Die Erfüllung (2. Stufe) erfolgt erst durch eine Übereignung A–C gemäß §§ 929 S. 1 ff. BGB:

- zwar dingliche Einigung A–C
- und Übergabe A–C
- aber Berechtigung des A?

- A ist nicht Eigentümer, daher **kein Erwerb des C vom Berechtigten B: § 929 S. 1 BGB (–)**
- und C ist **hier bösgläubig**, da er den A gerade nicht für den Eigentümer hält und halten darf, daher **auch kein gutgläubiger Erwerb des C vom Nichtberechtigten A: § 929 S. 1 BGB i.V.m. § 932 BGB (–)**

Wenn **kein guter Glaube an das Eigentum des Veräußerers** vorliegt, ist damit **bürgerlich-rechtlich kein gutgläubiger Erwerb** möglich!

Aber **handelsrechtlich** ist nach **§ 366 Abs. 1 HGB** ein **gutgläubiger Erwerb auch dann**

- möglich, wenn ein **guter Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers** vorliegt:
  - o ein Kaufmann = A e.K.
  - o veräußert im Betriebe seines Handelsgewerbes, hier Fahrradhandel
  - o eine ihm nicht gehörende bewegliche Sache, das Rad des B
  - o und der gute Glaube des Erwerbers C an die Verfügungsbefugnis des Kaufmanns A
    - denn C glaubt nicht, dass A Eigentümer ist (s.o.),

- sondern nur, dass der **Eigentümer B den Kaufmann A § 185 Abs. 1 BGB ermächtigt habe**, über dieses für ihn fremde Rad im eigenen Namen verfügen zu dürfen,  
was als **sog. Kommission § 383 HGB** im Fahrradhandel nicht unüblich ist,
- o daher § 929 S. 1 BGB i.V.m. § 366 Abs. 1 HGB (+), so dass B sein Eigentum am Fahrrad durch die Verfügung des Kaufmanns A verliert und C auf Grund seines guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis des Kaufmanns A Eigentümer wird.

## II. Einzelne Handelsgeschäfte §§ 373 bis 475h HGB

### 1. Der Handelskauf §§ 373 ff. HGB

- Zunächst nochmals zu **Handelsgeschäften §§ 343 ff. HGB**  
= Erster Abschnitt des Vierten Buchs Handelsgeschäfte: Allgemeine Vorschriften für alle Handelsgeschäfte.

#### § 343 HGB:

*(1) Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören.*

*(2) weggefallen*

#### § 344 HGB:

*(1) Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig.*

*(2) ...*

#### § 345 HGB:

*Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt.*

**§ 343 Abs. 1 HGB** enthält dabei wie gesagt eine sog. **Legaldefinition** des Begriffs **Handelsgeschäfte**:

(1) **(Rechts-)Geschäft**

(2) **(mindestens) eines Kaufmanns**, §§ 1 ff./345 HGB

(3) **das zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört**, § 344 Abs. 1 HGB.

(4) Auf solche Geschäfte finden die allgemeinen Vorschriften der **§§ 343 bis 372 HGB** über Handelsgeschäfte **Anwendung**.

- Dagegen ist der Begriff **Handelskauf** gesetzlich nicht unmittelbar definiert, sondern lässt sich nur mittelbar aus den §§ 373 bis 381 sowie den §§ 343 bis 372 HGB **ableiten**:

(1) Jeder **Kaufvertrag**,

(2) an dem **mindestens ein Kaufmann** beteiligt ist,

(3) **über Waren oder Wertpapiere**

(4) und dabei einem **betrieblichen Zweck** dient.

(5) Auf einen solchen Handelskauf **finden**

(a) die Vorschriften des **Kaufs (§§ 433 ff. BGB)**

(b) **sowie des Handelskaufs nach §§ 373 bis 381 HGB**

(c) **und**, da jeder Handelskauf auch ein Handelsgeschäft ist, auch die allgemeinen Vorschriften über **Handelsgeschäfte** der **§§ 343 bis 372 HGB Anwendung**.

An dem **Kaufvertrag** nach § 433 BGB muss **grundsätzlich nur ein Kaufmann** nach §§ 1 ff. HGB, gleichgültig auf welcher Seite, beteiligt sein (sog. einseitiger Handelskauf).

Wenn das Gesetz **ausnahmsweise** einmal nur zur Anwendung gelangen will, wenn **beide Kaufmann** sind (sog. zwei- oder **beidseitiger Handelskauf**), dann sagt es das auch, **etwa** in § 377 HGB.

Dieser Kaufvertrag muss über Waren oder gemäß § 381 Abs. 1 HGB über Wertpapiere abgeschlossen worden sein.

- o **Waren** sind nur **bewegliche Sachen und** die diesen **gleichgestellten Tiere** (§ 90a BGB).

Ein Handelskauf liegt daher **nicht** vor, wenn Kaufgegenstand eine **unbewegliche Sache** ist **oder** wenn (unverbriefte) **Forderungen oder Rechte** Kaufgegenstand sind,

**dann** sind **nur** die §§ 433 ff. BGB über den Kauf und die §§ 343 bis 372 HGB über Handelsgeschäfte, aber nicht die §§ 373 bis 381 HGB über den Handelskauf anwendbar.

- o Eine **Ausnahme** gilt nach § 381 Abs. 1 HGB jedoch für **Forderungen und Rechte**, die derart **verbrieft** sind, dass zur **Geltendmachung** die **Vorlage** der **Urkunde** notwendig ist (sog. **Wertpapiere**).

Dann ist über solche verbrieften Forderungen und Rechte ebenfalls ein Handelskauf möglich und damit sind neben den §§ 433 ff. BGB und §§ 343 bis 372 HGB **auch** die §§ 373 bis 381 HGB **anwendbar**.

Der Kauf muss zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören und somit einem **betrieblichen Zweck dienen**. Da jeder Handelskauf (Unterbegriff) auch ein Handelsgeschäft ist, gilt auch hier die (widerlegliche) **Vermutung** des § 344 Abs. 1 HGB, dass sämtliche von einem Kaufmann vorgenommen Käufe im Zweifel betriebszugehörig sind.

#### **Beispiel:**

Kaufmann K möchte für seine Ehefrau einen Strauß Blumen kaufen und bringt das zum Ausdruck/ macht das aber nicht deutlich.

Der Begriff des Kaufs im BGB ist weiter gefasst als der engere Begriff des Handelskaufs nach dem HGB.

- **Jeder Handelskauf** nach §§ 373 ff. HGB ist zugleich ein **Kaufvertrag** gemäß § 433 BGB.
- Aber **nicht jeder Kaufvertrag** nach § 433 BGB ist auch ein **Handelskauf** gemäß §§ 373 ff. HGB.

Es gibt also keinen Handelskauf, der nicht zugleich auch ein Kaufvertrag ist, sehr wohl aber Kaufverträge die keinen Handelskauf darstellen, bspw.

- o wenn **kein Kaufmann beteiligt** ist,
- o **oder** Vertragsgegenstand eine **unbewegliche Sache**
- o oder ein **unverbrieftes Recht** ist.

Die gleiche Unterscheidung trifft das Gesetz auch innerhalb des HGB. Dort ist der Begriff des Handelsgeschäfts ebenfalls weiter gefasst als der des Handelskaufs.

- **Jeder Handelskauf** nach §§ 373 ff. HGB ist daher zwar zugleich ein **Handelsgeschäft** gemäß § 343 Abs. 1 HGB,
- aber **nicht jedes Handelsgeschäft** auch ein **Handelskauf**.

Es gibt daher keinen Handelskauf, der nicht auch ein Handelsgeschäft ist, aber sehr wohl Handelsgeschäfte, die kein Handelskauf sind, z.B.

- **Kaufverträge** eines **Kaufmanns über eine unbewegliche Sache**
- **oder ein unverbrieftes Recht**
- **oder Mietverträge** (§ 535 BGB) eines **Kaufmanns**
- **oder Bürgschaften** (§ 765 BGB) eines **Kaufmanns**
- **oder die Kommission** (§ 383 HGB), die **Fracht** (§ 407 HGB), die **Spedition** (§ 453 HGB) sowie das **Lagergeschäft** (§ 467 HGB)
- **usw.**

## a) Hinterlegung § 373 Abs. 1 HGB

Die Hinterlegung ist ein Recht des Schuldners, sich wegen aus der Sphäre des Gläubigers stammender Gründe von der Leistungspflicht befreien zu können.

## aa) Hinterlegung nach Bürgerlichem Recht §§ 372 bis 382 BGB

### § 372 BGB: Voraussetzungen

<sup>1</sup> Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

<sup>2</sup> Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grund oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann.

### § 378 BGB: Wirkung der Hinterlegung bei ausgeschlossener Rücknahme

Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen, so wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte.

### Voraussetzungen einer bürgerlich-rechtlichen Hinterlegung sind:

- (1) Es muss sich um eine **hinterlegungsfähige Sache** handeln.
- (2) Der Gläubiger muss
  - (a) nach § 372 S. 1 BGB entweder in **Annahmeverzug** (§§ 293 ff. BGB) sein,
  - (b) **oder** es muss gemäß § 372 S. 2 BGB ein **anderer Grund** in der Person des **Gläubigers**
  - (c) **oder** eine **Unsicherheit** über die Person des **Gläubigers** bestehen.
- (3) Die Hinterlegung hat bei der **Hinterlegungsstelle** des **Amtsgerichts** zu erfolgen (vgl. § 374 Abs. 1 BGB)
- (4) **und** sie ist dem Gläubiger nach § 374 Abs. 2 S. 1 BGB **unverzüglich** (also ohne schuldhaftes Zögern = ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) **anzuzeigen**.
- (5) Die **Rechtsfolgen** der Hinterlegung sind nach §§ 378, 379 BGB davon abhängig, ob die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen wurde oder nicht:
  - (a) Wird bei der Hinterlegung die **Rücknahme** der hinterlegten Sache gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB **ausgeschlossen**, wird der **Schuldner** nach § 378 BGB von seiner Leistungspflicht (endgültig) **befreit**. Eine solche Hinterlegung wirkt damit als **Erfüllungssurrogat**.
  - (b) Wurde die **Rücknahme nicht ausgeschlossen**, wird der **Schuldner** jedoch **nicht befreit**. Eine solche Hinterlegung stellt damit **kein Erfüllungssurrogat** dar. Die Schuld erlischt erst, wenn der Gläubiger die Annahme erklärt und die Sache abholt, § 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Solange bleibt sie bestehen, der Schuldner hat **aber** gemäß § 379 BGB ein (vorläufiges) **Leistungsverweigerungsrecht**, denn er darf den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen („der Gläubiger kann sie ja dort abholen“, „solange dem so ist, soll er daher nicht gegen den Schuldner vorgehen dürfen“). Zudem trägt der Gläubiger die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung und der Schuldner ist auch nicht zu Zinsleistungen oder zu Nutzungsersatz verpflichtet.

(c) Die **Kosten** einer rechtmäßigen Hinterlegung sind nach § 381 BGB grundsätzlich vom **Gläubiger** zu tragen, unabhängig davon, ob die Rücknahme ausgeschlossen wurde oder nicht.

Hinterlegt werden können **nur bewegliche Sachen**, also keine unbeweglichen Sachen und auch keine sonstigen (nicht-körperlichen) Gegenstände,

aber auch **nicht alle** bewegliche Sachen,

- sondern **nur Geld**,
- **Wertpapiere**,
- **Urkunden**
- **und sonstige Kostbarkeiten**

(denn diese haben alle einen relativ hohen Wert bei einem kumulativ relativ geringen Umfang!).

**Hinterlegungsgründe** sind

- neben Gläubigerverzug
- andere Gründe in dessen Person (z.B. unbekannter Aufenthaltsort, Verschollenheit)
- oder dass der Gläubiger ungewiss ist (etwa nach einer streitigen Abtretung oder einem Erbfall).

## **bb) Hinterlegung beim Handelskauf § 373 Abs. 1 HGB**

§ 373 HGB:

*(1) Ist der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzug, so kann der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen.*

*(2) bis (5) ...*

Die **Voraussetzungen** der **handelsrechtlichen Hinterlegung** unterscheiden sich von denen der bürgerlich-rechtlichen Hinterlegung:

(1) Erforderlich ist das Vorliegen eines mindestens einseitigen **Handelskaufs**<sup>2</sup> (oder Handelswerklieferungsvertrags, §§ 651 BGB, 381 Abs. 2 HGB).

§ 373 Abs. 1 HGB steht im Zweiten Abschnitt des Vierten Buchs des HGB (Handelskauf §§ 373 bis 382) und gilt daher nur für diese Handelsgeschäfte.

(2) Der **Käufer** muss sich in **Annahmeverzug** gemäß §§ 293 ff. BGB befinden.

(3) **Und** auch diese Hinterlegung ist dem Gläubiger/Käufer grundsätzlich **unverzüglich** (also ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) **anzuzeigen**, vgl. § 374 HGB i.V.m. § 374 Abs. 2 S. 1 BGB.

(4) **Rechtsfolgen** der handelsrechtlichen Hinterlegung nach § 373 Abs. 1 HGB sind:

(a) Da ein Handelskauf oder Handelswerklieferungsvertrag über **Waren und** gemäß § 381 Abs. 1 HGB über **Wertpapiere**<sup>3</sup> abgeschlossen werden kann, sind anders als nach Bürgerlichem Recht bei einem Handelskauf **alle beweglichen Sachen hinterlegungsfähig**.

---

<sup>2</sup> Und somit eines **Kaufvertrags** nach § 433 BGB, mindestens **eines Kaufmanns** gemäß §§ 1 ff. HGB, über **Waren** (also bewegliche Sachen/Tiere) oder **Wertpapiere** (§ 381 Abs. 1 HGB) zu einem **betrieblichen Zweck**, § 344 Abs. 1 HGB.

(b) Die Hinterlegung ist dabei über § 374 Abs. 1 BGB hinaus nicht nur beim Amtsgericht sondern **auch in einem öffentlichem Lagerhaus** bzw. **sonst in sicherer Weise** möglich.

(c) Und auch die **Kosten** dieser Hinterlegung trägt dabei der **Käufer**.

(d) Die handelsrechtliche Hinterlegung hat aber keine Erfüllungswirkung und ist somit **kein Erfüllungssurrogat**. Der **Verkäufer** bleibt **weiter** zur **Leistung verpflichtet**, der Käufer trägt aber die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung.

---

<sup>3</sup> Also **Forderungen und Rechte**, die derart **verbrieft** sind, dass zur **Geltendmachung** die **Vorlage** der **Urkunde** notwendig ist.

## b) Selbsthilfeverkauf § 373 Abs. 2 bis 5 HGB

Als Selbsthilfeverkauf bezeichnet man das Recht des (eigentlich zur Hinterlegung berechtigten) Schuldners, wegen aus der Sphäre des Gläubigers stammender Gründe (nicht-hinterlegungsfähige) geschuldete Sachen zu veräußern und den Erlös hinterlegen zu können.

### aa) Bürgerlich-rechtlicher Selbsthilfeverkauf §§ 383 bis 386 BGB

§ 383 BGB: *Versteigerung hinterlegungsunfähiger Sachen*

(1) <sup>1</sup>Ist die geschuldete bewegliche Sache zur Hinterlegung nicht geeignet, so kann der Schuldner sie im Falle des Verzugs des Gläubigers am Leistungsort versteigern lassen und den Erlös hinterlegen.

<sup>2</sup>Das Gleiche gilt in den Fällen des § 372 Satz 2, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

(2) Ist von der Versteigerung am Leistungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist die Sache an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.

(3) <sup>1</sup>Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung).

<sup>2</sup>Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen.

(4) ...

**Voraussetzungen** eines bürgerlich-rechtlichen Selbsthilfeverkaufs sind:

(1) Es muss sich um eine **nicht-hinterlegungsfähige bewegliche Sache**

(a) nach § 372 S. 1 BGB von **großem Umfang** und/oder **nicht erheblichem Wert** handeln **und** der Gläubiger muss in **Annahmeverzug** (§§ 293 ff. BGB) sein

(b) **oder** es muss sich gemäß § 372 S. 2 BGB um eine **verderbliche Sache** handeln **und** ein **anderer Grund** in der Person des Gläubigers **oder** eine **Unsicherheit** über den Gläubiger bestehen

**oder** die **Aufbewahrung** mit **unverhältnismäßigen Kosten** verbunden sein.

(2) Die Versteigerung ist dem Gläubiger nach § 384 Abs. 1 BGB grundsätzlich **vorher anzudrohen**.

(3) **Und** der Schuldner hat den Gläubiger gemäß § 384 Abs. 1 BGB von der vollzogenen Versteigerung grundsätzlich **unverzüglich** (also ohne schuldhaftes Zögern = ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) zu **benachrichtigen**.

(4) Dann kann der **Schuldner** als **Rechtsfolge**

(a) die Sache durch einen bestellten **Gerichtsvollzieher** oder zu **Versteigerungen** befugten anderen **Beamten** oder **öffentlich** angestellten **Versteigerer** gemäß den **dazu bestimmten Verfahrensregeln** öffentlich versteigern lassen (sog. Legaldefinition der **öffentlichen Versteigerung** in § 383 Abs. 3 S. 1 BGB).

(b) Hat die Sache einen **Börsen- oder Marktpreis**, so kann der Schuldner nach **§ 385 BGB** **auch** einen sog. **freihändigen Verkauf** durch einen dazu **öffentlich** ermächtigten

**Handelsmākler** (§ 93 HGB) **oder** eine zur öffentlichen Versteigerung **befugte Person** zum laufenden Preis bewirken.

(c) Den dabei erzielten **Erlös** kann der Schuldner dann **hinterlegen** und sich dadurch von der **Leistung befreien**, §§ **372, 378 BGB**.

(d) Und die **Kosten** einer rechtmäßigen öffentlichen Versteigerung oder eines rechtmäßigen freihändigen Verkaufs trägt nach § **386 BGB** grundsätzlich der **Gläubiger**.

Beachte: „**Internetversteigerungen**“ sind **keine** öffentlichen Versteigerungen i.S.d. § 383 Abs. 3 S. 1 BGB, da **weder** durch dazu befugte **Hoheitspersonen noch** gemäß den **öffentlich-rechtlichen Verfahrensregeln** erfolgen. Es erfolgt insbesondere kein Zuschlag gemäß § 156 BGB.

Es handelt sich dabei vielmehr

- um (auf ein höheres Kaufangebot) auflösend bedingte Kaufangebote § 158 Abs. 2 BGB,
- wobei das letzte gültige Kaufangebot auf den Zeitablauf aufschiebend befristet angenommen wird, § 163 BGB.

## **bb) Handelsrechtlicher Selbsthilfeverkauf § 373 Abs. 2 bis 5 HGB**

### *§ 373 HGB:*

*(1) Ist der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzug, so kann der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen.*

*(2) <sup>1</sup>Er ist ferner befugt, nach vorgängiger Androhung die Ware öffentlich versteigern zu lassen;*

*er kann, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preis bewirken.*

*<sup>2</sup>Ist die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug, so bedarf es der vorgängigen Androhung nicht;*

*dasselbe gilt, wenn die Androhung aus anderen Gründen untunlich ist.*

*(3) Der Selbsthilfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers.*

*(4) Der Verkäufer und der Käufer können bei der öffentlichen Versteigerung mitbieten.*

*(5) <sup>1</sup>Im Falle der öffentlichen Versteigerung hat der Verkäufer den Käufer von der Zeit und dem Ort der Versteigerung vorher zu benachrichtigen;*

*von dem vollzogenen Verkauf hat er bei jeder Art des Verkaufs dem Käufer unverzüglich Nachricht zu geben.*

*<sup>2</sup>Im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatz verpflichtet.*

*<sup>3</sup>Die Benachrichtigungen dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind.*

Die **Voraussetzungen** des **handelsrechtlichen Selbsthilfeverkaufs** unterscheiden sich ebenfalls von denen des bürgerlich-rechtlichen Selbsthilfeverkaufs:

(1) Es muss ein mindestens einseitiger **Handelskauf**<sup>4</sup> (oder Handelswerklieferungsvertrag §§ 651 BGB, 381 Abs. 2 HGB) vorliegen.

§ 373 Abs. 2 bis 5 HGB stehen im Zweiten Abschnitt des Vierten Buchs des HGB (Handelskauf §§ (373 bis 382) und gelten daher nur für diese Handelsgeschäfte.

(2) Der **Käufer** muss sich in **Annahmeverzug** gemäß §§ 293 ff. BGB befinden.

(3) Auch diese/r Versteigerung/freihändiger Verkauf ist dem Gläubiger/Käufer nach § 373 Abs.2 S. 1 und Abs. 5 S. 1 Halbs. 1 HGB grundsätzlich **vorher anzudrohen**

(4) **und** der Käufer ist gemäß § 373 Abs. 5 S. 1 Halbs. 2 HGB von der/dem vollzogenen Versteigerung/freihändigen Verkauf ebenfalls grundsätzlich **unverzüglich** (also ohne schuldhaftes Zögern = ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) **zu benachrichtigen**.

(5) **Rechtsfolge** ist, dass der **Verkäufer** das Recht zum **Selbsthilfeverkauf** hat. Dieser ist auf **zwei Arten** möglich:

a) Der Verkäufer kann die Ware **öffentlich versteigern** lassen, §§ **373 Abs. 2 S. 1 Halbs. 1 HGB, 383 Abs. 3 BGB**. Bei der öffentlichen Versteigerung dürfen gemäß § 373 Abs. 4 HGB Verkäufer und Käufer mitbieten.

(b) Hat die Ware einen **Börsen- oder Marktpreis**, ist dem Verkäufer gemäß **§ 373 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 HGB** auch ein **freihändiger Verkauf** durch einen öffentlich ermächtigten **Handelsm a kler** (§ 93 HGB) **oder** durch eine zur öffentlichen Versteigerung **befugte Person** zum laufenden Preis gestattet.

(c) Beide Arten des Selbsthilfeverkaufs erfolgen **gemäß § 373 Abs. 3 HGB für Rechnung des säumigen Käufers**.

– Der **Verkäufer** hat das **durch den Selbsthilfeverkauf Erlangte** deshalb wie ein Beauftragter entsprechend § 667 BGB an den Käufer **heraus zu geben**.

– Die/der vollzogene Versteigerung/freihändige Verkauf bewirkt jedoch zugleich die Erfüllung der Lieferschuld des Verkäufers nach § 433 Abs.1 S. 1 BGB.

– Dagegen bleibt der Anspruch wegen der **noch offenen Kaufpreisforderung** aus § 433 Abs. 2 BGB bestehen.

Der **Verkäufer kann daher** zur Befriedigung mit seinen Gegenansprüchen gemäß §§ 387 ff. BGB **aufrechnen** und braucht dann nur ein evtl. Mehrerlös herauszugeben.

Und bleibt der Erlös hinter dem Kaufpreis zurück, kann der Verkäufer noch den Restbetrag verlangen.

---

<sup>4</sup> Also eines **Kaufvertrags** nach § 433 BGB, mindestens **eines Kaufmanns** gemäß §§ 1 ff. HGB, über **Waren** (also bewegliche Sachen/Tiere) oder **Wertpapiere** (§ 381 Abs. 1 HGB) zu einem **betrieblichen Zweck**, § 344 Abs. 1 HGB.

### c) Bestimmungs-/Spezifikationskauf § 375 HGB

#### § 375 HGB:

(1) *Ist bei dem Kauf einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehalten Bestimmung zu treffen.*

(2) <sup>1</sup>*Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzug, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen (= 1. Alt.)  
oder gemäß den §§ 280, 281 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Schadensersatz statt der Leistung verlangen (= 2. Alt.)  
oder gemäß § 323 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Vertrag zurücktreten (= 3. Alt.).*

<sup>2</sup>*Im ersteren Falle hat der Verkäufer die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzuteilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen.*

<sup>3</sup>*Wird eine solche innerhalb der Frist von dem Käufer nicht vorgenommen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend.*

Ein Angebot muss den Gegenstand und Inhalt des angetragenen Vertrags regelmäßig soweit bestimmen, dass die **Annahme durch ein einfaches „ja“** erfolgen kann.

Notwendig ist also die Benennung

- der **Vertragssubjekte** („ich biete Dir“),
- des **Gegenstands** des Vertrags („den Abschluss eines Kauf-/Mietvertrags über mein Fahrzeug“)
- und der **notwendigen Vertragsbedingungen** („essentialia negotii“) („zum Preis von ... an“/ggf. unter Benennung der Vertragsdauer).

Eine **Ausnahme** von diesem **Grundsatz der Bestimmtheit eines Angebots** gilt unter anderem bei einer **Wahlschuld**. Denn danach ist ein Angebot ist auch dann hinreichend bestimmt, wenn die Festlegung fehlender Vertragspunkte einer Partei (§ 315 BGB) oder einem Dritten überlassen (§ 317 BGB) ist.

Dazu bereits § 9 II. 1. b) und c) der Vorlesung Bürgerliches Recht.

**Handelsrechtliche Besonderheiten** eines solchen Bestimmungsrechts bzw. eine solche Bestimmungspflicht enthält der **Bestimmungs-/Spezifikationskauf** nach **§ 375 HGB**. **Tatbestandsvoraussetzungen** sind:

(1) Es muss ein mindestens einseitiger **Handelskauf**<sup>5</sup> (oder Handelswerklieferungsvertrag §§ 651 BGB, 381 Abs. 2 HGB) vorliegen.

§ 375 HGB steht im Zweiten Abschnitt des Vierten Buchs des HGB (Handelskauf §§ (373 bis 382) und gilt daher nur für diese Handelsgeschäfte.

---

<sup>5</sup> Also eines **Kaufvertrags** nach § 433 BGB, mindestens **eines Kaufmanns** gemäß §§ 1 ff. HGB, über **Waren** (also bewegliche Sachen/Tiere) oder **Wertpapiere** (§ 381 Abs. 1 HGB) zu einem **betrieblichen Zweck**, § 344 Abs. 1 HGB.

(2) Bei diesem sind nicht alle Merkmale der Kaufsache bestimmt und dem **Käufer** ist hinsichtlich der **offenen Merkmale** des Kaufgegenstands die nähere **Bestimmung** über **Form, Maß oder ähnliche** Verhältnisse vorbehalten.

(3) Der Käufer muss mit dieser **Bestimmung in Schuldnerverzug (§ 286 BGB)** geraten sein,

(a) also der fälligen Bestimmung (die der Verkäufer verlangen kann)

(b) trotz einer Mahnung (= Leistungsaufforderung/-erinnerung!)

(c) schuldhaft (also vorsätzlich oder fahrlässig) nicht nachgekommen sein.

(4) Und der **Verkäufer** muss dem Käufer gemäß § 375 Abs. 2 S. 2 HGB

(a) seine eigene **Bestimmung mitgeteilt** haben

(b) sowie eine **angemessene Frist** (= Zeitraum!) zur anderweitigen Bestimmung durch den Käufer **fruchtlos verstrichen** sein.

(5) Dann sind **Rechtsfolgen** des § 375 HGB:

(a) Der **Verkäufer** kann nach § 375 Abs. 2 S. 1 1. Alt und S. 3 HGB anstelle des Käufers die **Bestimmung selbst vornehmen**,

(b) daneben kann der Verkäufer gemäß § 375 Abs. 2 S. 1 3. Alt HGB unter den **Voraussetzungen** des § 323 BGB vom Vertrag **zurücktreten**

(c) und nach § 375 Abs. 2 S. 1 2. Alt HGB unter den weiteren **Voraussetzungen** der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB **Schadensersatz statt der Leistung** verlangen.

**Beispiel:**

Kunde K bestellt beim Autohändler A e.K. am 1.2. einen Neuwagen, der am 30.3. produziert und am 1.4. ausgeliefert werden soll. Die Farbe und das Polster soll K bis zum 1.3. noch aussuchen.

## **d) Fixhandelskauf § 376 HGB**

### **aa) Das bürgerlich-rechtliche Fixgeschäft § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB**

*§ 323 BGB: Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung*

*(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.*

*(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn*

*1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,*

*2. der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist, oder*

*3. im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.*

*(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.*

*(4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.*

*(5) <sup>1</sup>Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat.*

*<sup>2</sup>Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.*

*(6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen,*

*wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist*

*oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.*

**§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB** regelt das sog. **relative/** eigentliche **Fixgeschäft**. Danach kann der Gläubiger bei der Überschreitung eines festen Termins oder einer festen Frist vom Vertrag zurücktreten.

**Voraussetzungen** sind, dass

(1) ein **Schuldverhältnis in Form** eines **gegenseitigen Vertrags** vorliegt,

(2) und eine Pflichtverletzung, dass die späte, aber noch nachholbare und somit mögliche Leistung

(a) zu einem im Vertrag **bestimmten Termin**

(b) oder innerhalb einer **bestimmten Frist** zu bewirken ist **und** der Gläubiger im **Vertrag** den **Fortbestand** seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung **gebunden** hat.

(3) **sowie** der Schuldner die **Leistung nicht** an diesem Termin oder innerhalb dieser Frist **erbringt**.

(4) **Rechtsfolge** einer solchen Klausel ist,

(a) dass der **Erfüllungsanspruch** des **Gläubigers fortbesteht**,

(b) dieser aber **zugleich** das (**Gestaltungs-**)**Recht erwirbt**, ohne eine nach § 323 Abs. 1 BGB an sich erforderliche weitere Fristsetzung **zurücktreten** zu können.

Ein Termin ist ein bestimmter Zeitpunkt, an dem etwas geschehen soll oder eine Rechtswirkung eintreten soll.

Eine Frist ist ein abgegrenzter, also bestimmter oder bestimmbarer Zeitraum, der nicht unbedingt zusammenhängend sein muss (§ 191 BGB).

Für § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB genügt nicht, dass die Leistungszeit bloß bestimmt ist, also etwa ein Liefertermin oder eine Bearbeitungsfrist genannt wird.

Notwendig ist vielmehr, dass der **gesamte Vertrag** nach dem Willen der Parteien **mit dem Termin oder der Frist stehen und fallen soll** (sog. Fixabrede). Die besondere Betonung dieser zeitlichen Komponente zeigt sich insbesondere an Klauseln wie "Liefere Sie „fix zum...“, „exakt am ...“, „genau am ...“, „präzis zum ...“, „(aller-)spätestens bis ...“, etc.". In diesen Fällen wird deutlich, dass die Erbringung zu dem Termin oder in der Frist so wesentlich ist, dass sich der Gläubiger bei Nichteinhaltung deshalb vom Vertrag lösen können soll.

Weitere Voraussetzungen sind dagegen nicht erforderlich. Es kommt für die Rücktrittsberechtigung also insbesondere nicht darauf an, ob der Schuldner die Überschreitung zu vertreten (§ 276 BGB) hat oder ob sich dieser in Verzug (§ 286 BGB) befindet.

Von solchen relativen/ eigentlichen Fixgeschäften sind **absolute/ uneigentliche Fixgeschäfte zu unterscheiden**. Bei diesen ist die durch den Vertrag vereinbarte Leistungszeit derart an einen festen Termin oder eine feste Frist gekoppelt, dass **mit einer verspäteten Leistung nicht mehr erfüllt werden kann**.

Die Nichteinhaltung des Termins oder der Ablauf der Frist **bei einem absoluten/ uneigentlichen Fixgeschäft**

- ist dann **keine Spätleistung mehr** (vergleiche dazu § 25 V. 1. der Vorlesung Bürgerliches Recht),
- **sondern** begründet vielmehr den Eintritt von **Unmöglichkeit** (§§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB – § 25 V. 3. der Vorlesung Bürgerliches Recht).

## **bb) Das handelsrechtliche Fixgeschäft/ der Fixhandelskauf § 376 HGB**

§ 376 HGB:

(1) <sup>1</sup>Ist bedungen, dass die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Teil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrag **zurücktreten** (= 1. Alt.)

oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt ~~der Erfüllung~~ des Rücktritts Schadensersatz wegen Nichterfüllung statt der Leistung verlangen (= 2. Alt.).

<sup>2</sup>**Erfüllung** kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablauf der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, dass er auf Erfüllung bestehe.

(2) Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und hat die Ware einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Ort der geschuldeten Leistung gefordert werden.

(3) <sup>1</sup>Das Ergebnis eines anderweit vorgenommenen Verkaufs oder Kaufs kann, falls die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruch nur zugrunde gelegt werden, wenn der Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablauf der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt ist.

<sup>2</sup>Der Verkauf oder Kauf muss, wenn er nicht in öffentlicher Versteigerung geschieht, durch einen zu solchen Verkäufen oder Käufen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preis erfolgen.

(4) <sup>1</sup>Auf den Verkauf mittels öffentlicher Versteigerung findet die Vorschrift des § 373 Abs. 4 Anwendung.

<sup>2</sup>Von dem Verkauf oder Kauf hat der Gläubiger den Schuldner unverzüglich zu benachrichtigen;

im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatz verpflichtet.

Die Rechte des Gläubigers bei einem **Fixhandelskauf** bestimmen sich nach **§ 376 HGB**, wenn folgende **Voraussetzungen** gegeben sind:

(1) Es muss ein mindestens einseitiger **Handelskauf**<sup>6</sup> (oder Handelswerklieferungsvertrag §§ 651 BGB, 381 Abs. 2 HGB) vorliegen,

(2) bei dem die die späte, aber noch nachholbare und somit mögliche Leistung des einen Teils

(a) genau zu einer **festbestimmten Zeit**

(b) **oder** innerhalb einer **festbestimmten Frist** bewirkt werden muss

(3) **und** die Leistung wird an diesem Termin oder in dieser Frist **nicht erbracht**.

(4) **Rechtsfolgen** sind, dass der andere Teil

(a) dann gemäß § 376 Abs. 1 S. 1 1. Alt. HGB vom Vertrag **zurücktreten** kann.

(b) **Erfüllung** kann er nach § 376 Abs. 1 S. 2 HGB dagegen **nur noch** beanspruchen, **wenn** er **sofort** nach dem Ablauf der Zeit oder Frist **anzeigt**, dass er darauf bestehe.

(c) Befindet sich der Schuldner mit der Leistung **in Verzug**, kann er **zudem** gemäß § 376 Abs. 1 S. 1 2. Alt. HGB **Schadensersatz** verlangen.

§ 373 Abs. 1 HGB steht im Zweiten Abschnitt des Vierten Buchs des HGB (Handelskauf §§ (373 bis 382)). Obgleich in § 376 Abs. 1 HGB nur von einem „Vertrag“ die Rede ist, erfordert auch diese Vorschrift daher das Vorliegen eines mindestens einseitigen Handelskaufs.

Bei diesem muss eine relative/ eigentliche Fixabrede getroffen worden sein, dass der Vertrag mit dieser Leistungszeit stehen und fallen soll.

Auf absolute Fixgeschäfte, bei denen die Leistung nach Ablauf des Liefertermins oder der Lieferfrist nicht mehr zur vertragsgemäßen Erfüllung führt, ist § 376 HGB daher ebenfalls unanwendbar. Für diese gelten die Regeln der Unmöglichkeit (§§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB).

---

<sup>6</sup> Also eines **Kaufvertrags** nach § 433 BGB, mindestens **eines Kaufmanns** gemäß §§ 1 ff. HGB, über **Waren** (also bewegliche Sachen/Tiere) oder **Wertpapiere** (§ 381 Abs. 1 HGB) zu einem **betrieblichen Zweck**, § 344 Abs. 1 HGB.

Im Unterschied zum bürgerlich-rechtlichen Fixgeschäft **erlischt** bei einem **Fixhandelskauf** grundsätzlich der **Anspruch auf Erfüllung**, sobald der Fixtermin oder die fixe Leistungsfrist überschritten ist.

Erfüllung kann der Gläubiger nach § 376 Abs. 1 S. 2 HGB **nur noch** beanspruchen, wenn er dem Schuldner **sofort** – also so schnell wie objektiv möglich, auch schuldloses Zögern schadet somit! – **anzeigt**, dass er weiter darauf besteht.

Wird dies **versäumt**, verliert der Gläubiger bei einem Fixhandelskauf seinen Erfüllungsanspruch, und er hat somit **nur noch** das Recht, **zurücktreten** zu können!

Ist der Schuldner in Verzug (§ 286 BGB – dazu § 25 IV. der Vorlesung Bürgerliches Recht), kann der Gläubiger als weitere Rechtsfolge gemäß § 376 Abs. 1 S. 1 2. Alt. HGB statt der Erfüllung „**Schadensersatz wegen Nichterfüllung**“ verlangen. Dieser Gesetzeswortlaut ist jedoch **in zweifacher Hinsicht unrichtig**, zumindest aber ungenau:

- Denn § 376 HGB stammt noch aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform 2002 und wurde nicht an die neue Rechtslage angepasst. Soweit darin von dem **früheren Begriff** des BGB bis 2001 „**Schadensersatz wegen Nichterfüllung**“ die Rede ist, muss dies daher heute als „Schadensersatz statt der Leistung“ gelesen werden.
- Darüber hinaus spricht § 376 Abs. 1 S. 1 2. Alt. HGB davon, dass der Gläubiger „**statt der Erfüllung**“ Schadensersatz verlangen kann.
  - o Erfüllung würde aber doch voraussetzen, dass der Gläubiger seine Bereitschaft sofort anzeigt (§ 376 Abs. 1 S. 2 HGB).
  - o Daher könnte auch Schadensersatz nur verlangt werden, wenn der Gläubiger dem Schuldner sofort anzeigt, dass er auf Erfüllung besteht. Diese würde der Gläubiger dann aber doch nicht verlangen, weil er Schadensersatz statt der Leistung geltend macht.

§ 376 HGB ist daher auch insoweit zu korrigieren, dass eine **Erfüllungsanzeige keine Voraussetzung für Schadensersatz** ist und der Gläubiger **somit** Schadensersatz „statt der Leistung“ **neben Rücktritt** geltend machen kann (denn das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt ja nicht ausgeschlossen § 325 BGB!!!)

## e) Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten beim beidseitigen Handelskauf § 377 HGB

§ 437 BGB: Rechte des Käufers bei Mängeln

Ist bei einem **Kauf** (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB)

die Sache **mangelhaft** (§§ 433 Abs. 1 S. 2, 434, 435 BGB)

**bei Gefahrübergang** (§ 446 S. 1 BGB),

kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 439 BGB **Nacherfüllung** verlangen,
2. **nach** den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 BGB von dem Vertrag **zurücktreten** oder nach § 441 BGB den Kaufpreis **mindern** und
3. **nach** den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a BGB **Schadensersatz** oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

§ 439 BGB: Nacherfüllung

(1) Der **Käufer** kann als **Nacherfüllung** nach seiner **Wahl** die **Beseitigung des Mangels** oder die **Lieferung einer mangelfreien Sache** verlangen.

(2) und (3) ...

(4) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB verlangen.

§ 323 BGB: Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung

(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß,

so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner **erfolglos** eine **angemessene Frist** zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.

(2) bis (5) <sup>1</sup> ...

<sup>2</sup>Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag **nicht** zurücktreten, **wenn** die Pflichtverletzung **unerheblich** ist.

(6) ...

§ 349 BGB: Erklärung des Rücktritts

Der Rücktritt erfolgt durch **Erklärung** gegenüber dem anderen Teil.

§ 346 BGB: Wirkungen des Rücktritts

(1) Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den **Rücktritt** vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu,

so sind im Falle des Rücktritts die **empfangenen Leistungen zurückzugewähren** und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.

(2) bis (4) ...

§ 441 BGB: Minderung

(1) <sup>1</sup>Statt zurückzutreten, kann der Käufer den Kaufpreis durch **Erklärung** gegenüber dem Verkäufer mindern.

<sup>2</sup>Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB findet keine Anwendung.

(2) ...

(3) <sup>1</sup>Bei der **Minderung** ist der **Kaufpreis** in dem Verhältnis **herabzusetzen**, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der **Wert** der Sache in **mangelfreiem Zustand** zu dem **wirklichen Wert** gestanden haben würde.

<sup>2</sup>...

(4) <sup>1</sup>Hat der Käufer mehr als den geminderten Kaufpreis gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Verkäufer zu erstatten.

<sup>2</sup>§ 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

§ 280 BGB: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

(1) <sup>1</sup>Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger **Ersatz** des hierdurch entstehenden **Schadens** verlangen.

<sup>2</sup>Dies gilt **nicht, wenn** der Schuldner die Pflichtverletzung **nicht zu vertreten** hat.

(2) ...

(3) Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 BGB verlangen.

§ 281 BGB: Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung

(1) <sup>1</sup>Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt,

kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen,

wenn er dem Schuldner **erfolglos** eine **angemessene Frist** zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat.

<sup>2</sup>...

<sup>3</sup>Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung **nicht** verlangen, **wenn** die Pflichtverletzung **unerheblich** ist.

(2) bis (3) ...

(4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat.

(5) Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 BGB berechtigt.

§ 377 HGB (~~nwb: Unverzügliche Mängelrüge/dtv: Untersuchungs- und Rügepflicht~~): „Ausschluss der Rechte des Käufers wegen Mängeln beim beiderseitigen Handelskauf bei Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit“

(1) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

(2) Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, dass es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

(3) *Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muss die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.*

(4) *Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.*

(5) *Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.*

#### aa) Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln §§ 434 bis 444 BGB

- Ist

(1) bei einem **Kauf** i.S.d. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

(2) die Sache **mangelhaft** § 433 Abs. 1 S. 2 BGB,

(a) weist sie **also** einen **Sachmangel** § 434 BGB

(b) **oder** einen **Rechtsmangel** § 435 BGB

(3) **bei Gefahrübergang** § 446 S. 1 BGB, also bei der Verschaffung des **Besitzes** (= faktische Gewalt über die Sache § 854 BGB!), auf (spätere Verschlechterungen gehen damit nicht mehr zu Lasten des Verkäufers, sondern zu Lasten des Käufers!),

(4) kann der Käufer nach **§ 437 Nr. 1 i.V.m. § 439 BGB** (zunächst nur) **Nacherfüllung** verlangen.

Nacherfüllung ist dabei der **Oberbegriff für**

(a) **Nachbesserung**, also **Reparatur** der fehlerhaften Sache (1. Unterbegriff)

(b) und **Nachlieferung**, also Rücknahme der fehlerhaften Sache und Lieferung einer **fehlerfreien Sache**, § 439 Abs. 4 BGB (2. Unterbegriff).

Dabei hat der Käufer entgegen dem Wortlaut des § 439 Abs. 4 BGB jedoch nur scheinbar eine freie Wahl zwischen Nachbesserung und Nachlieferung, denn die gewählte Art der Nacherfüllung

- o kann unmöglich sein, § 275 Abs. 1 BGB (so etwa die Nachlieferung einer Stück-/Speziesschuld),
- o oder unverhältnismäßig bzw. unzumutbar sein, § 275 Abs. 2 und 3 sowie § 439 Abs. 3 BGB (z.B. die Nachbesserung „billiger Massenware“),
- o so dass der Verkäufer diese jeweilige Art der Nacherfüllung daher nicht zu erbringen braucht und daher auch kein Wahlrecht besteht.

Nur diese Nacherfüllung ist das (also nur Nachbesserung und Nachlieferung sind die) **originäre/n/unmittelbare/n Recht/e** des Käufers wegen Mängeln nach **§ 437 Nr. 1 BGB**.

Die **weiteren/sekundären Rechte** des Käufers wegen Mängeln nach **§ 437 Nr. 2 und 3 BGB** können dagegen **nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen** geltend gemacht werden:

- Denn ist

(1) bei einem **Kauf** i.S.d. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

(2) die Sache **mangelhaft** § 433 Abs. 1 S. 2 BGB,

(a) weist sie **also** einen **Sachmangel** § 434 BGB

(b) **oder** einen **Rechtsmangel** § 435 BGB

(3) bei Gefahrübergang auf § 446 S. 1 BGB

(4) und hat der **Käufer** dem Verkäufer grundsätzlich eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (also zur Nachbesserung bzw. Nachlieferung) **gesetzt, vgl. den Verweis** in § 437 Nr. 2 BGB **auf § 323 Abs. 1 BGB,**

(5) kann er nach **§ 437 Nr. 2 BGB** erst unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass diese erfolglos abgelaufen ist,

(a) auch den Rücktritt vom Vertrag erklären, § 349 BGB,

– also Rücknahme der fehlerhaften Sache

– gegen **Rückerstattung** des **Kaufpreises** verlangen, § 346 Abs. 1 BGB.

(b) oder alternativ die Minderung erklären, § 441 Abs. 1 S. 1 BGB,

– und dann die fehlerhafte Sache **behalten**

– **sowie** einen **anteiligen Abzug** vom **Kaufpreis** verlangen, § 441 Abs. 3 und 4 BGB:

$$\left[ \begin{array}{l} \text{Kaufpreis} \\ \text{gemindertem Kaufpreis} \end{array} = \begin{array}{l} \text{Wert ohne Mangel} \\ \text{Wert mit Mangel} \end{array} \right.$$
$$\text{also geminderter Kaufpreis} = \text{Kaufpreis} \times \frac{\text{Wert mit Mangel}}{\text{Wert ohne Mangel}} \left. \right]$$

[ **Beachte:**

Der Käufer kann **auch nach Fristablauf weiter Nacherfüllung** (also Nachbesserung oder Nachlieferung) nach § 437 Nr. 1 BGB verlangen.

Dieser originäre Anspruch wird **erst** dann **ausgeschlossen, wenn** der Käufer das **Gestaltungsrecht** des **Rücktritts** oder das Gestaltungsrecht der **Minderung** (durch seine diesbezügliche Erklärung nach § 349 bzw. § 441 Abs. 1 S. 1 BGB) **geltend macht!** ]

• Und nur, wenn

(1) bei einem Kauf i.S.d. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

(2) die Sache mangelhaft ist § 433 Abs. 1 S. 2 BGB,

(a) also einen Sachmangel § 434 BGB

(b) oder einen Rechtsmangel § 435 BGB

(3) bei Gefahrübergang aufweist § 446 S. 1 BGB,

(4) sowie der **Käufer** dem Verkäufer grundsätzlich eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (also zur Nachbesserung bzw. Nachlieferung) **gesetzt** hat und diese erfolglos abgelaufen ist, vgl. den Verweis in § 437 Nr. 3 BGB **auf § 281 Abs. 1 BGB,**

(5) kann der Käufer **erst** unter der weiteren zusätzlichen Voraussetzung, dass der Verkäufer den **Mangel** auch zu vertreten hat, **vgl. den weiteren Verweis** in § 437 Nr. 3 BGB **auf § 280 Abs. 1 S. 2 BGB,**

– dieser ihn **also** bei Vertragsschluss **kannte** (= Vorsatz)

– **oder** zumindest **kennen musste** (= Fahrlässigkeit, vgl. § 122 Abs. 2 BGB)

(6) nach **§ 437 Nr. 3 BGB Schadensersatz** verlangen,

(a) also

– **Rücknahme** der fehlerhaften Sache

– gegen **Erstattung** des **objektiven Werts**, den diese **im fehlerfreien Zustand** hätte verlangen (sog. großer Schadensersatz)

[ (b) oder alternativ

– die fehlerhafte Sache **behalten**

- gegen **Erstattung** der **Wertdifferenz**, den diese **im fehlerfreien Zustand** hätte (sog. kleiner Schadensersatz) ].

**bb) Handelsrechtlicher Ausschluss dieser Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln §§ 434 bis 444 BGB beim beidseitigen Handelskauf nach § 377 HGB:**

Die **Ansprüche und Rechte** des Käufers wegen Mängeln

- **also** sowohl die **Nacherfüllung** (Nachbesserung/Nachlieferung) § 437 Nr. 1 BGB
  - als auch **Rücktritt/Minderung** § 437 Nr. 2 BGB
  - **und Schadensersatz/Aufwendungsersatz** § 437 Nr. 3 BGB
- sind nach § 478 Abs. 6 BGB bei einem beidseitigen Handelskauf **sämtlich ausgeschlossen im Falle des § 377 HGB**.

**Voraussetzungen** für diesen **Ausschluss(!)** der (nach § 437 Nr. 1, 2 oder 3 BGB an sich gegebenen) Ansprüche und Rechte des Käufers wegen Mängeln nach § 377 HGB sind:

(1) Das Vorliegen eines **Handelskaufs**, also

(a) eines Kaufvertrags,

(b) an dem mindestens ein Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB beteiligt ist,

(c) über Waren (= bewegliche Sachen/Tiere) oder Wertpapiere (= verbriefte Rechte)

(d) und der dabei einem betrieblichen Zweck dient

(oder eines Handelswerklieferungsvertrags §§ 651 BGB, 381 Abs. 2 HGB).

(2) § 377 HGB will **aber** nur dann zur Anwendung gelangen, wenn **beide**, also Käufer und Verkäufer, **Kaufmann** sind und **verlangt daher** einen sog. zwei- oder **beidseitigen Handelskauf**.

(3) Bei diesem beidseitigen Handelskauf muss ein **Sach- oder Rechtsmangel bei Ablieferung** vorliegen, §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434/435, 446 S. 1 BGB.

(4) Dann trifft den Käufer (also den „**kaufenden Kaufmann**“) eine sog. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit:

(a) Er hat die **Ware nach Ablieferung unverzüglich** (also ohne schuldhaftes Zögern = ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) **zu untersuchen**

(b) **und** dabei festgestellte **Mängel unverzüglich** (also ebenfalls ohne schuldhaftes Zögern = ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) **zu rügen!**

(5) Denn **anderenfalls** (wird also die rechtzeitige Untersuchung versäumt oder die rechtzeitige Anzeige unterlassen),

(a) **gilt** die fehlerhafte Ware nach § 377 Abs. 2 Halbs. 2 und Abs. 3 Halbs. 2 HGB als **genehmigt** und damit als fehlerfrei,

(b) so dass der Käufer/„**kaufende Kaufmann**“ **dadurch** seine sämtlichen **Ansprüche und Rechte wegen Mängeln verliert**,

– **also** sowohl die **Nacherfüllung** (Nachbesserung/Nachlieferung) § 437 Nr. 1 BGB

– als auch **Rücktritt/Minderung** § 437 Nr. 2 BGB

– **und Schadens-/Aufwendungsersatz** § 437 Nr. 3 BGB!

Der Käufer/„**kaufende Kaufmann**“ hat nach § 377 HGB **keine Pflicht**, aber die **Obliegenheit** die Ware zu untersuchen und zu rügen.

Im Unterschied zu Pflichten besteht bei Obliegenheiten kein Anspruch auf Erfüllung, der Verkäufer (also der „**verkaufende Kaufmann**“) kann dies daher nicht verlangen/einklagen.

Die Nichterfüllung von Obliegenheiten kann jedoch zur Schmälerung eigener Rechte führen – wie hier zum Verlust der Ansprüche und Rechte des Käufers/„kaufenden Kaufmanns“ wegen Mängeln nach § 437 Nrn. 1 bis 3 BGB.

Unterlässt er die Untersuchung bzw. die Anzeige, gilt die Ware als genehmigt, es sei denn (und damit **behält** der der Käufer/„kaufende Kaufmann“ **in den folgenden Ausnahmefällen trotz des Versäumnisses** der Untersuchung bzw. der Rüge **dennoch seine Ansprüche und Rechte** wegen Mängeln gemäß **§ 437 Nrn. 1 bis 3 BGB!**):

- Wenn es sich um einen **Mangel** handelt, der bei der Untersuchung **nicht erkennbar** war, **§ 377 Abs. 2 Halbs. 2 und Abs. 3 Halbs. 2 HGB**.

Die Untersuchung ist für den Käufer/„kaufenden Kaufmann“ regelmäßig kein Problem, sofern es sich um **offene Ware** handelt.

**Anders** verhält es sich jedoch bei **verschlossener Ware**. Hier sind Mängel äußerlich zumeist nicht erkennbar. Daher wird von dem Käufer/„kaufenden Kaufmann“ eine **stichprobenartige Untersuchung** durch Öffnen einzelner Verpackungen verlangt (ca. 2 bis 5 % der Gesamtlieferung – damit hat er auf der anderen Seite dann aber auch diesen Teil der Ware i.d.R. zugleich wirtschaftlich entwertet!).

- Hat der Verkäufer/„verkaufende Kaufmann“ den **Mangel arglistig verschwiegen**, kann er sich auf die unterlassene Untersuchung bzw. Anzeige ebenfalls nicht berufen, **§ 377 Abs. 5 HGB**. Daher behält der Käufer/„kaufende Kaufmann“ in diesem Fall trotz des Versäumnisses ebenfalls seine Ansprüche und Rechte wegen Mängeln aus § 437 Nrn. 1 bis 3 BGB.
- Eine weitere Ausnahme gilt schließlich **bei offenen Abweichungen im Lieferschein**. Ist bereits aus dem Lieferschein des Verkäufers/„verkaufenden Kaufmanns“ erkennbar, dass die gelieferte Ware oder Menge nicht der bestellten entspricht, muss der Käufer/„kaufende Kaufmann“ also nicht (nochmals) untersuchen bzw. rügen, damit er sich seine Ansprüche und Rechte wegen Mängeln gemäß § 437 Nrn. 1 bis 3 BGB erhält.
- Schließlich ist die Vorschrift und damit der Ausschluss der Rechte des Käufers **§ 377 HGB durch abweichende Regelungen abdingbar**. Der kaufende Kaufmann kann (entsprechende Marktmacht vorausgesetzt) also mit dem verkaufenden Kaufmann **vereinbaren, dass er nicht zu untersuchen und zu rügen hat** und er sich dadurch dennoch seine Ansprüche und Rechte wegen Mängeln aus § 437 Nrn. 1 bis 3 BGB erhält.  
§ 475 BGB „Auf eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers ... abweicht, kann der Unternehmer sich nicht berufen. ...“ steht dem nicht entgegen, denn diese Vorschrift findet nur bei einem Verbrauchsgüterkauf zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher Anwendung (§§ 474 Abs. 1 S. 1, 14 Abs. 1, 13 BGB). Ein kaufender Kaufmann kann also mit einem verkaufenden Kaufmann durch Individualabrede vereinbaren, dass § 377 HGB nicht gelten soll. Streitig ist wegen der dann notwendigen besonderen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB indes, ob § 377 HGB auch durch abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden kann.

## 2. Die Kommission §§ 383 ff. HGB

### § 383 HGB:

(1) *Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen.*

(2) <sup>1</sup>*Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Kommissionärs nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und die Firma des Unternehmens nicht nach § 2 in das Handelsregister eingetragen ist.*

<sup>2</sup>*In diesem Fall finden in Ansehung des Kommissionsgeschäfts auch die Vorschriften des Ersten Abschnittes des Vierten Buches mit Ausnahme der §§ 348 bis 350 Anwendung.*

### a) Begriff der Kommission

Das Kommissionsgeschäft nach §§ 383 bis 406 HGB ist [ebenso wie auch das Speditionsgeschäft gemäß §§ 453 bis 466 HGB – dazu noch unten 3. b)] ein **handelsrechtlicher Sonderfall der entgeltlichen Geschäftsbesorgung** i.S.d. §§ 675 bis 675b BGB.

### aa) Merkmale der Kommission

Ein **Kommissionsgeschäft** liegt gemäß § 383 Abs. 1 HGB vor,

(1) wenn es ein Kommissionär **gewerbsmäßig** übernimmt,

(2) **Waren oder Wertpapiere**

(3) **in seinem eigenen Namen** (dem des Kommissionärs), aber **für Rechnung eines anderen** (die des sog. Kommittenten)

(4) **einzukaufen oder zu verkaufen.**

(5) Sind diese Voraussetzungen gegeben, finden als **Rechtsfolge**

(a) **zuvörderst die besonderen Vorschriften des Kommissionsrechts nach §§ 383 bis 406 HGB Anwendung.**

(b) Da die Kommission lediglich eine handelsrechtliche Besonderheit der entgeltlichen Geschäftsbesorgung ist, enthalten diese jedoch keine abschließenden Regelungen. Daher gelten ergänzend **auch** die Vorschriften des **Geschäftsbesorgungsvertrags** nach §§ 675 bis 675b BGB.

(c) Und da diese ihrerseits wiederum keine abschließenden Regelungen enthalten (weil die entgeltliche Geschäftsbesorgung stets im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags erfolgen muss) gelten **zudem**

– **entweder** die Vorschriften der §§ 611 bis 630<sup>7</sup>,

– **oder** aber der §§ 631 bis 650 BGB

---

<sup>7</sup> Da es sich bei einer Kommission um einen Vertrag mit Selbstständigen handelt, finden in diesem Fall genauer gesagt **nur die** allgemeinen Vorschriften des Freien Dienstvertrags (§§ 611 bis 630 BGB), aber **ausschließlich der** lediglich für Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern geltenden §§ 612a, 613a, 615 S. 3, 619a, 622, 623 BGB (also nicht das sog. soziale Arbeitsrecht!) Anwendung.

(d) **und** auf Grund der **Verweisung in § 675 Abs. 1 BGB** im Recht der entgeltlichen Geschäftsbesorgung finden auf eine Kommission **ferner auch die § 663, 665 bis 670, 672 bis 674 BGB und ggf. des § 671 Abs. 2 BGB** aus dem **Auftragsrecht** entsprechende Anwendung.

Die Kommission ist eine entgeltliche Geschäftsbesorgung, welche einen Dienst- oder Werkvertrag mit einem **selbstständigen Gewerbetreibenden** zum Inhalt hat (vgl. § 383 Abs. 1 HGB). Der **Kommissionär muss** also grundsätzlich **Kaufmann i.S.d. §§ 1, 2, 3, 5 oder 6 HGB sein**, damit die 383 bis 406 HGB anwendbar sind.

- Für **handelsgewerblich** tätige Kommissionäre, deren Unternehmen gemäß **§ 1 Abs. 2 HGB** nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert **oder** die ihr (**kleingewerbliches**) Unternehmen gemäß **§ 2 S. 1 HGB** in das Handelsregister haben **eintragen** lassen **oder** die bereits Kaufmann **kraft Rechtsform** gemäß **§ 6 Abs. 2 HGB** sind,
  - o gelten daher sowohl die speziellen Regeln der **Kommission (§§ 383 bis 406 HGB)**
  - o und, da jede Kommission **zugleich auch** ein **Handelsgeschäft** ist, zudem die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte der **§§ 343 bis 372 HGB**.
- Aber **auch für kleingewerblich tätige Kommissionäre**, die ihr Unternehmen **nicht** gemäß § 2 S. 1 HGB in das Handelsregister haben **eintragen** lassen und daher gerade **kein Kaufmann** sind, **gelten gemäß § 383 Abs. 2 HGB**
  - o sowohl die speziellen Regeln der **Kommission §§ 383 bis 406 HGB** (§ 383 Abs. 2 S. 1 HGB)
  - o **und** zudem die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte der **§§ 343 bis 372 HGB**, allerdings **mit Ausnahme** der **§§ 348 bis 350 HGB** (§ 383 Abs. 2 S. 2 HGB).

Für solche kleingewerblich tätigen Kommissionäre, die nicht eingetragen und somit kein Kaufmann sind, gilt nach § 383 Abs. 2 HGB somit eine **Ausnahme** von dem **Grundsatz**, dass **Handelsrecht** grundsätzlich **nur Sonderprivatrecht** für die Gruppe der **Kaufleute** ist!

#### **Beispiel:**

Tätigt ein kleingewerblich tätiger nicht eingetragener Kommissionär eine Kommission für einen Kommittenten, der ebenfalls kein Kaufmann ist, gelten dafür dennoch die §§ 383 bis 406 und §§ 343 bis 372 (mit Ausnahme der §§ 348 bis 350) HGB.

Im **Unterschied** zu § 383 Abs. 2 HGB, (wonach Kommissionsrecht auch auf einen kleingewerblich tätigen, aber nicht eingetragenen Kommissionär, der kein Kaufmann ist), anwendbar ist, regelt **§ 406 Abs. 1 S. 2 HGB** den Fall, dass ein **Kaufmann, der nicht Kommissionär ist** (also normalerweise andere als Kommissionsgeschäfte tätigt), im Betrieb seines Handelsgewerbes **ausnahmsweise ein Kommissionsgeschäft ausführt**. Für einen solchen **Gelegenheitskommissionär** gelten gemäß § 406 Abs. 1 S. 2 HGB

- **dann ebenfalls** die speziellen Regeln der **Kommission (§§ 383 bis 406 HGB)**

- **und** natürlich (da er ohnehin Kaufmann ist) auch die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte der §§ 343 bis 372 HGB<sup>8</sup>.

**Beispiel:**

Autohändler A e.K. verkauft normalerweise Neuwagen. Dabei nimmt er gelegentlich beim Kauf eines Neuwagens ein gebrauchtes Fahrzeug zum Verkauf auf Kommissionsbasis entgegen.

Ein Kommissionär handelt **auf fremde Rechnung**, also auf die **des Kommittenten**.

Anders als Handelsvertreter (§ 84 HGB) und Handelsmakler (§ 93 HGB), die im fremden Namen (in dem des anderen) handeln, tritt er nach § 383 HGB dabei allerdings **im eigenen Namen** (also in seinem, dem **des Kommissionärs**) auf.

Bei der Kommission handelt es sich also um einen Fall der sog. **mittelbaren/ indirekten Stellvertretung**:

- Der **Kommissionär** nimmt das sog. Ausführungsgeschäft **im Außenverhältnis gegenüber Dritten** in seinem Namen und somit mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung für und gegen sich vor.
- Er ist dann **aber im Innenverhältnis dem Kommittenten** zum **Ausgleich** und zur Weiterleitung/Herausgabe des Erlangten berechtigt und verpflichtet, §§ 396, 384 Abs. 2 HGB (sog. Abwicklungsgeschäft).

**Gegenstand** eines Kommissionsgeschäfts können dabei grundsätzlich **nur** Waren oder Wertpapiere sein.

- **Waren** sind **bewegliche Sachen** und die diesen **gleichgestellten Tiere** (§ 90a BGB). Eine Kommission liegt daher **nicht** vor, wenn eine **unbewegliche Sache** oder wenn (unverbriefte) **Forderungen oder Rechte** Gegenstand sind.

**Warenkommissionen** über bewegliche Sachen kommen im Gebrauchtwagenhandel, im Kunst-, Antiquitäten- und Briefmarkenhandel sowie auch als Getränkekommission vor, bei der Getränke etwa bei Veranstaltungen von Betreibern nicht gekauft, sondern in Kommission bezogen werden, so dass insbesondere die nicht verbrauchten Restbestände nach der Veranstaltung problemlos an den Lieferanten zurückgegeben werden können.

- Eine **Ausnahme** gilt jedoch für **Forderungen und Rechte**, die als sog. **Wertpapiere**
  - o in einer Urkunde **dergestalt verbrieft** sind,
  - o die eine **private Forderung oder ein privates Recht** enthält,
  - o dass **zur Geltendmachung** dieser Forderung oder dieses Rechts die Innehabung bzw. **Vorlegung der Urkunde notwendig** ist.

Dann ist darüber eine sog. **Wertpapierkommission** möglich, so etwa beim Wertpapierhandel von Banken aber auch beim Verkauf von Kino-, Theater- oder Konzertkarten durch Vertriebsbüros.

---

<sup>8</sup> Umstritten ist indes, ob auch ein Kleingewerbetreibender (auf den, selbst wenn er nicht eingetragen ist, gemäß § 383 Abs. 2 HGB Kommissionsrecht anwendbar ist) Gelegenheitskommissionär analog § 406 Abs. 1 S. 2 HGB sein kann, so dass für kleingewerbetreibende, nicht eingetragene Unternehmer bei einer solchen Gelegenheitskommission somit ebenfalls Kommissionsrecht anwendbar wäre. Ablehnend Rechtsausschuss des Bundestags, BT-Drucks. 340/97, S. 30.

- Ergänzend behandelt § 406 Abs. 1 S. 1 HGB den Fall, dass ein Kommissionär<sup>9</sup> im eigenen Namen aber für Rechnung des Kommittenten andere **als Kommissionsgeschäfte tätigt**, also keine Waren oder Wertpapiere für den Kommittenten einkauft oder verkauft.

Eine Rolle spielt diese sog. **uneigentliche Kommission** oder auch **Geschäftsbesorgungskommission**, bei der andere als Kaufgeschäfte im eigenen Namen aber für fremde Rechnung abgeschlossen werden, etwa bei der **Verlagskommission** (Verlag eines Literaturwerks im Namen des Verlegers, aber für Rechnung des Autors und nicht wie üblich für die des Verlegers selbst), aber auch bei der **Kreditbeschaffung** oder bei der **Vermietung und Verpachtung** sowie bei der Versorgung der Versendung eines Guts, die indes als Spedition spezialgesetzlich in §§ 453 bis 466 HGB geregelt ist.

Bei einem Kommissionsgeschäft übernimmt es ein Kommissionär, Waren oder Wertpapiere in seinem Namen, aber für Rechnung des Kommittenten einzukaufen oder zu verkaufen.

- Bei einer **Einkaufskommission** werden somit im Wege der entgeltlichen Geschäftsbesorgung Waren oder Wertpapiere im Auftrag des Kommittenten eingekauft
- und bei einer **Verkaufskommission** in dessen Auftrag durch den Kommissionär verkauft.

Bei beiden Arten der Kommission ist einem Kauf bzw. Verkauf dabei **gemäß § 406 Abs. 2 HGB die Lieferung einer nicht vertretbaren<sup>10</sup> beweglichen Sache**, die erst noch aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff herzustellen ist (**Handels-Werklieferungsvertrag**) gleichgestellt.

#### **Beispiel:**

Soll Kommissionär R ein speziell anzufertigendes Stück Berufskleidung auf Kommissionsbasis verkaufen, das vom Kommittenten T herzustellen ist, gilt dafür, da eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist, gemäß § 406 Abs. 2 HGB ebenfalls Kommissionsrecht.

### **bb) Rechtsverhältnisse bei der Kommission**

Da ein Kommissionär im eigenen Namen, aber für Rechnung des Kommittenten auftritt, steht er in einem mehrfachen Rechtsverhältnis:

- (1) Zunächst schließt der Kommissionär mit dem Kommittenten das **Kommissionsgeschäft** nach § 383 HGB, das ihn diesem gegenüber **verpflichtet (1. Verpflichtungsgeschäft)**,
  - (a) Waren oder Wertpapiere im eigenen Namen, aber für Rechnung des Kommittenten **einzukaufen**
  - (b) **oder zu verkaufen.**

<sup>9</sup> Auch hier ist streitig, ob ein Kleingewerbetreibender (auf den, selbst wenn er nicht eingetragen ist, gemäß § 383 Abs. 2 HGB Kommissionsrecht anwendbar ist) ebenfalls Geschäftsbesorgungskommissionär analog § 406 Abs. 1 S. 1 HGB sein kann, so dass für kleingewerbetreibende, nicht eingetragene Unternehmer bei einer Geschäftsbesorgungskommission somit ebenfalls Kommissionsrecht anwendbar wäre.

<sup>10</sup> Sind vertretbare Sachen i.S.d. § 91 BGB (also solche beweglichen Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden) herzustellen oder zu erzeugen und zu übereignen, finden gemäß § 651 S. 1 und 2 BGB ohnehin die Vorschriften über den Kauf (§§ 433 ff. BGB) Anwendung.

(2) Anschließend tätigt der Kommissionär den Kauf bzw. Verkauf mit einem Dritten (das sog. **Ausführungsgeschäft**), das ihn **verpflichtet (2. Verpflichtungsgeschäft)**,

(a) Waren oder Wertpapiere an diesen Dritten als Käufer **zu übereignen (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB)**

(b) **bzw.** Waren oder Wertpapiere gegen die **Zahlung des Kaufpreises** von einem Dritten als Verkäufer zu beziehen (**§ 433 Abs. 2 BGB**).

(3) Dieses Ausführungsgeschäft mit dem Dritten ist sodann zu **erfüllen (1. Verfügungsgeschäft)**.

(a) Der Kommissionär hat daher die **Waren oder Wertpapiere** dem Dritten gemäß **§§ 929 S. 1, 185 Abs. 1 BGB** zu **übereignen** [ dazu noch unten 4. b) ]

(b) **bzw.** den **Kaufpreis** an den Dritten zu **zahlen/übereignen** (§ 929 S.1 BGB).

(4) Damit ist der Kommissionär bei einer Einkaufskommission Eigentümer der eingekauften und übereigneten Waren oder Wertpapiere geworden bzw. bei einer Verkaufskommission Eigentümer des für die verkauften und übereigneten Waren oder Wertpapiere erhaltenen Kaufpreises.

Daher muss der Kommissionär **nun noch** mit dem **Kommittenten** das sog. **Abwicklungsgeschäft (2. Verfügungsgeschäft)** tätigen

(a) und die eingekauften und sowie an ihn übereigneten **Waren oder Wertpapiere** noch an den Kommittenten nach **§ 929 S. 1 BGB übereignen**

(b) **bzw.** den erlangten **Kaufpreis** an diesen **zahlen/übereignen** (§ 929 S.1 BGB).

Die Rechtsbeziehungen des Kommissionärs zu dem Kommittenten sind dabei abstrakt von denen des Kommissionärs zu dem Dritten.

Der Kommittent selbst wird durch das von dem Kommissionär im eigenen Namen mit dem Dritten abgeschlossene Ausführungsgeschäft also weder berechtigt, noch verpflichtet.

Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft stehen daher ausschließlich dem Kommissionär zu. Der Kommittent kann diese Forderungen erst nach einer Abtretung gemäß § 398 BGB durch den Kommissionär geltend machen, § 392 Abs. 1 HGB [ dazu noch unten d. aa) ].

## **b) Pflichten des Kommissionärs**

### **aa) Hauptpflichten**

Die Kommission ist ein **gegenseitiger Vertrag i.S.d. §§ 320 bis 326 BGB**, bei dem die Ansprüche des Kommittenten gegen den Kommissionär

- aus **§ 384 Abs. 1 Halbs. 1 HGB** auf **Ausführung** der Kommission
- und aus **§ 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB<sup>11</sup>** auf **Herausgabe<sup>12</sup>** desjenigen, was der Kommissionär aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat (also auf Übereignung der von dem Dritten an den Kommissionär übereigneten Waren/Wertpapiere bzw. auf Weiterleitung des von dem Dritten gezahlten Kaufpreises oder Abtretung der Ansprüche des Kommissionärs gegen den Dritten),

---

<sup>11</sup> § 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB verdrängt als Spezialvorschrift der Kommission dabei die allgemeine Herausgaberegulierung des § 667 BGB aus dem Auftrags(vertrags)recht.

<sup>12</sup> Streitig, nach a.A. soll die Herausgabepflicht nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Demnach sei bei Verletzung dieser Pflicht kein Rücktritt nach §§ 323, 324 oder 326 Abs. 5 BGB möglich.

mit dem Provisionsanspruch des Kommissionärs aus § 396 Abs. 1 HGB im **Gegenseitigkeitsverhältnis** stehen.

## bb) Nebenpflichten

Der Kommissionär hat hierbei

- gemäß § 384 Abs. 1 Halbs. 2 HGB die **Interessen** des Kommittenten zu wahren **und** dessen **Weisungen** zu befolgen.
- Er hat dem Kommittenten die erforderlichen **Nachrichten** zu geben, insbesondere von der **Ausführung** der Kommission **unverzüglich** (ohne schuldhaftes Zögern = ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) **Anzeige** zu machen **und** diesem **Rechenschaft** abzulegen, § 384 Abs. 2 Halbs. 1 und Halbs. 2 2 1. Alt. HGB<sup>13</sup>.
- **Rechtsfolgen** bei Verletzung dieser **und weitere Nebenpflichten** des Kommissionärs sind in den §§ 384 Abs. 3 bis 388, in §§ 390, 391 und 393 bis 395 HGB geregelt.

## c) Rechte des Kommissionärs

### aa) Provision

Der Kommissionär kann von dem Kommittenten eine **Provision** fordern,

- **wenn** das mit dem **Dritten** abgeschlossene (Verpflichtungs-)Geschäft zur **Ausführung gekommen** (also abgewickelt und damit erfüllt worden) ist, § 396 Abs. 1 S. 1 HGB.
- Aber auch, wenn dieses (Verpflichtungs-)Geschäft mit dem Dritten **noch nicht zur Ausführung gekommen** ist, hat er **gleichwohl** den Anspruch darauf, **sofern** eine solche **Auslieferungsprovision ortsgebräuchlich** ist (§ 396 Abs. 1 S. 2 Halbs. 1 HGB).
- Und der Kommissionär kann gemäß § 396 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 HGB auch dann seine Provision verlangen, wenn die Ausführung des von ihm mit dem Dritten abgeschlossenen (Verpflichtungs-)Geschäfts nur aus einem in der **Person des Kommittenten liegenden Grund unterblieben** ist.

Hat der **Kommissionär** es gemäß § 394 Abs. 1 HGB **übernommen**, für die **Erfüllung** der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt, **einzustehen**, oder ist dies am Ort seiner Niederlassung Handelsgebrauch, haftet er dem Kommittenten dafür auf die Erfüllung (§ 394 Abs. 2 S. 1 HGB). Er kann dann gemäß § 394 Abs. 2 S. 2 HGB aber auch eine **besondere Vergütung** (sog. **Delkredereprovision**) dafür beanspruchen.

**Daneben** kann ein Kommissionär (unabhängig davon, ob das Geschäft mit dem Dritten zur Ausführung gekommen ist) nach § 396 Abs. 2 HGB/§§ 675 Abs. 1, 670 BGB **Ersatz** notwendiger **Aufwendungen** verlangen, sofern diese nicht schon durch die Provision

---

<sup>13</sup> Auch diese Spezialvorschriften der Kommission über die Abweichung bei Weisungen sowie die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht verdrängen dabei die allgemeinen Regeln der §§ 665, 666 BGB aus dem Auftrags(vertrags)recht.

abgegolten sind, ferner Vorschuss gemäß §§ 675 Abs. 1, 669 BGB sowie Ersatz für Schäden analog §§ 675 Abs. 1, 670 BGB.

## bb) Sicherungsmittel

- Bei der **Verkaufskommission** überträgt der Kommittent dem **Kommissionär** regelmäßig **nur Besitz**, aber kein Eigentum an der zu veräußernden Ware [ dazu noch unten d) bb) ].

**An** diesen für ihn **fremden Sachen** hat der Kommissionär wegen seiner (Provisions- und sonstigen) Forderungen aus allen (!) laufenden Kommissionsgeschäften gegen den Kommittenten **indes** ein **gesetzliches Pfandrecht** gemäß **§ 397 HGB, §§ 1204, 1257 BGB**. Er kann sie daher notfalls verwerten und sich am Erlös befriedigen.

- Bei der **Einkaufskommission** wird der **Kommissionär** infolge Zwischenerwerbs von dem Dritten **regelmäßig Eigentümer** der eingekauften Ware [ dazu ebenfalls noch unten d) bb) ].

Da kein Pfandrecht des Eigentümers an seinen eigenen Sachen gemäß §§ 1256 Abs. 1 S. 1, 1257 BGB bestehen kann, **gewährt § 398 HGB dem Kommissionär hier** wegen seinen (Provisions- und sonstigen) Forderungen aus Kommissionsgeschäften gegen den Kommittenten ein **pfandrechtsähnliches Befriedigungsrecht an diesen ihm gehörenden Sachen**.

- Und an den **Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft** mit dem Dritten hat der **Kommissionär** gemäß **§ 399 HGB** wegen seinen (Provisions- und sonstigen) Forderungen aus Kommissionsgeschäften gegen den Kommittenten ebenfalls ein **Recht auf bevorzugte Befriedigung**.

### **Beispiel:**

Kommissionär R soll für den Kommittenten T einen Gebrauchtwagen verkaufen. R verkauft den Wagen an den Dritten D und erwirbt somit gegen diesen den Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB.

(1) Gemäß § 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB ist R verpflichtet, diesen Kaufpreisanspruch an T abzutreten, § 398 BGB.

(2) Da R aber zugleich Ansprüche auf Provision und Aufwendungsersatz gegen T nach § 396 Abs. 1 und 2 HGB zustehen,

(a) kann er bis zu deren Begleichung solange die Abtretung der Kaufpreisforderung verweigern

(b) oder auch diese gegenüber D selbst einziehen und dann gemäß § 399 HGB wegen seiner Ansprüche gegen T aus § 396 Abs. 1 und 2 HGB gegenüber dem Kaufpreis-Herausgabeanspruch des T aus § 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB aufrechnen, §§ 387 ff. BGB.

## d) Kommittent und Ausführungsgeschäft

### aa) Die Regelung des § 392 HGB

§ 392 HGB:

(1) Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

(2) Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten.

(1) Da der **Kommissionär** das **Ausführungsgeschäft mit dem Dritten** in eigenem Namen tätig, können Forderungen aus diesem Ausführungsgeschäft nur vom Kommissionär **selbst** geltend gemacht werden und der Dritte kann nur an den Kommissionär befreiend leisten.

(2) Der **Kommittent** kann Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft **erst** geltend machen, **nachdem** der Kommissionär diese an ihn abgetreten hat, § 392 Abs. 1 HGB i.V.m. § 398 BGB.

- Nach der **Abtretung** kann der Dritte dann grundsätzlich nur noch an den Kommittenten (also an den Zessionar) befreiend leisten.
- Leistet er **jedoch** in Unkenntnis der Abtretung an den Kommissionär (sog. **stille Zession**), wird der **Dritte** durch § 407 Abs. 1 1. Alt. BGB geschützt. Er darf dann gemäß § 407 Abs. 1 1. Alt. BGB auch **weiter an den Kommissionär** als bisherigem Gläubiger (Zedenten) leisten und wird dadurch frei<sup>14</sup>.

(3) Aber auch bereits vor einer Abtretung gelten die Forderungen des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft mit dem Dritten gemäß § 392 Abs. 2 HGB im **Verhältnis**

- zwischen dem **Kommittenten und dem Kommissionär**
- **bzw.** zwischen dem **Kommittenten und den Gläubigern des Kommissionärs** als Forderungen des Kommittenten (sog. **relative Unwirksamkeit**).

Der Kommissionär verfügt deshalb als Nichtberechtigter, wenn er eine solche Forderung aus dem Ausführungsgeschäft mit dem Dritten an einen seiner Gläubiger abtritt. Und da es grundsätzlich keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen gibt, wird der Gläubiger des Kommissionärs daher auch nicht Inhaber dieser Forderung.

### **Beispiel:**

Kommissionär R soll für den Kommittenten T einen Gebrauchtwagen verkaufen. R verkauft den Wagen an den Dritten D und tritt den Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB an seinen Gläubiger G ab (§ 398 BGB), dem R noch die Rückzahlung eines Darlehens in Höhe von 1.000,- € schuldet.

Die **Abtretung** des **Kommissionärs R an seinen Gläubiger G** stellt wegen § 392 Abs. 2 HGB eine Verfügung eines Nichtberechtigten dar und ist im Verhältnis zum Kommittenten T (**relativ**) **unwirksam**.

**Tritt** der Kommissionär eine Forderung aus dem Ausführungsgeschäft **hingegen** an einen Zessionar **ab**, der kein Gläubiger des Kommissionärs ist (also **an** einen bislang **Unbeteiligten**), findet § 392 Abs. 2 HGB dagegen keine Anwendung und die **Abtretung** ist **hier** daher **wirksam**.

---

<sup>14</sup> Der Kommittent/Zessionar kann dann jedoch vom nichtberechtigten Kommissionär/Zedenten gemäß § 816 Abs. 2 BGB die Herausgabe des Geleisteten verlangen.

### **Beispiel:**

Kommissionär R soll für den Kommittenten T einen Gebrauchtwagen verkaufen. R verkauft den Wagen an den Dritten D. Anschließend verkauft R den Anspruch auf Kaufpreiszahlung (= Rechtskauf § 453 BGB!) an den Vierten V, der kein Gläubiger des R ist.

Tritt R dem V dann diesen Kaufpreisanspruch gegen D aus § 433 Abs. 2 BGB ab (§ 398 BGB), wird V Inhaber der Forderung gegen D<sup>15</sup>.

[ Da Forderungen des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft mit dem Dritten gemäß § 392 Abs. 2 HGB auch schon vor der Abtretung im Verhältnis zum Kommittenten als Forderungen des Kommittenten gelten, kann der **Kommissionär** mit Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft **mangels Gegenseitigkeit auch nicht** gegen Forderungen seiner Gläubiger nach §§ 387 ff. BGB **aufrechnen**.

### **Beispiel:**

Kommissionär R soll für den Kommittenten T einen Gebrauchtwagen verkaufen. R verkauft den Wagen zu 10.000,- € an seinen Gläubiger G, dem R noch die Rückzahlung eines Darlehens in Höhe von 10.000,- € schuldet.

Da die Forderung des R gemäß § 392 Abs. 2 HGB im Verhältnis zwischen Kommissionär R und seinem Gläubiger G einerseits sowie zwischen Kommissionär R und Kommittent T andererseits als Forderung des T gilt, kann R mangels Vorliegens einer eigenen Forderung nicht gemäß §§ 387 ff. BGB gegen den Anspruch des G auf Darlehensrückzahlung aus § 488 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB aufrechnen.

Umgekehrt kann der Dritte jedoch, selbst wenn er Gläubiger des Kommissionärs ist, aufrechnen, sofern er zugleich Schuldner des Kommissionärs ist. An sich wäre auch das nicht möglich, da nach dem Wortlaut des § 392 Abs. 2 HGB Forderungen des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft mit dem Dritten im Verhältnis zum Kommittenten als Forderungen des Kommittenten gelten. Da aber auch der Dritte in seinem Vertrauen darauf zu schützen ist, dass nur der Kommissionär sein Vertragspartner ist, muss ein Dritter, der Gläubiger des Ausführungsgeschäfts ist und zugleich eine fällige und gleichartige Forderung aus einem anderen Rechtsgrund gegen den Kommissionär hat, daher trotz § 392 Abs. 2 HGB die Aufrechnung erklären dürfen.

### **Beispiel:**

Kommissionär R soll für den Kommittenten T einen Gebrauchtwagen verkaufen. R verkauft den Wagen zu 10.000,- € an seinen Gläubiger G, dem R noch Mietzinsen in Höhe von 10.000,- € schuldet. G ist auf Grund § 535 Abs. 2 BGB Gläubiger des Kommissionärs und wegen § 433 Abs. 2 BGB zugleich auch dessen Schuldner. Daher ist sein Vertrauen, das Schuldverhältnis nicht nur durch Zahlung gemäß § 362 Abs. 1 BGB, sondern auch durch Aufrechnung gemäß §§ 387 ff. BGB zum Erlöschen bringen zu können, schützenswert und G darf somit trotz § 392 Abs. 2 HGB gegenüber R aufrechnen<sup>16</sup>. Das gilt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs selbst dann, wenn der Dritte weiß, dass es sich um Kommissionsware handelt. ]

## **bb) Eigentumserwerb**

(1) Bei einer **Verkaufskommission überträgt** der **Kommittent** dem **Kommissionär regelmäßig nur** den **Besitz** an der zu veräußernden Ware,

er übereignet die Ware jedoch nicht gemäß § 929 S. 1 BGB an diesen!

Der **Dritte**, also der Käufer, **erlangt** infolge der Erfüllung des Ausführungsgeschäfts **durch den Kommissionär** daher das **Eigentum** an der Ware des Kommittenten

---

<sup>15</sup> R macht sich in diesem Fall indes gegenüber T wegen Unmöglichkeit der Herausgabe des durch die Kommission Erlangten gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3/283 BGB i.V.m. § 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB schadensersatzpflichtig.

<sup>16</sup> R macht sich allerdings auch in diesem Fall gegenüber T wegen Unmöglichkeit der Herausgabe des durch die Kommission Erlangten gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3/283 BGB i.V.m. § 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB schadensersatzpflichtig.

- entweder auf Grund einer **Ermächtigung** des Kommissionärs (Eigentümers) gegenüber dem Kommittenten (Veräußerers) zur Weiterveräußerung dieser für ihn fremden Waren gemäß §§ 929 S. 1, **185 Abs. 1 BGB**
- oder durch gutgläubigen Erwerb **bei gutem Glauben** des Dritten **an das Eigentum** des Kommissionärs gemäß §§ 929 S. 1, **932 BGB**
- oder auf Grund **guten Glaubens** des Dritten **an die Verfügungsbefugnis** des Kommissionärs gemäß § 929 S. 1 BGB, **§ 366 Abs. 1 HGB** i.V.m. § 932 BGB.

(2) Da der **Kommissionär** das Ausführungsgeschäft im eigenen Namen vornimmt, erwirbt er bei einer **Einkaufskommission** durch dessen Erfüllung grundsätzlich gemäß § 929 S. 1 BGB von dem Dritten das **Eigentum** an der **Ware** (sog. **Durchgangserwerb**).

Der Kommissionär muss (da er gemäß § 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB dasjenige herauszugeben hat, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt) dieses **dann** im Wege des Abwicklungsgeschäfts auf den **Kommittenten**

- durch Einigung und Übergabe gemäß **§ 929 S. 1 BGB weiter übertragen**
- [ was auch durch ein sog. Insihgeschäft des Kommissionärs gemäß §§ 929 S. 1, 181 BGB erfolgen kann.
- Denkbar ist indes auch, dass der Kommittent direkt Eigentum erwirbt
  - o mit der Übergabe durch den Dritten im Wege des Geheißerwerbs des Kommissionärs,
  - o oder durch eine antizipierte Einigung und ein antizipiertes Besitzkonstitut, §§ 929 S. 1, 930, 868 BGB
  - o bzw. auch durch ein Geschäft/eine Übereignung des Dritten „an den es angeht“. ]

(3) Da der **Kommissionär** das Ausführungsgeschäft und dessen Erfüllung im eigenen Namen tätigt, wird er daher **auch regelmäßig** im Wege des **Durchgangserwerbs Inhaber** der daraus entstehenden **Forderungen gegen den Dritten**.

Der Kommissionär muss (da er gemäß § 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB dasjenige herauszugeben hat, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt) diese Forderungen **dann an den Kommittenten abtreten, § 398 BGB**.

[ Dabei besteht (ebenfalls) die Möglichkeit der Vorausabtretung an den Kommittenten ].

### cc) Drittschadensliquidation

Der Kommissionär kann vom Kommittenten gemäß § 396 Abs. 1 S. 1 HGB erst dann eine Provision fordern, wenn das Ausführungsgeschäft abgewickelt/erfüllt worden ist. Solange verbleibt das Provisionsrisiko dem Kommissionär.

Wurde bei einer **Einkaufskommission** das Ausführungsgeschäft aber bereits abgewickelt/erfüllt, hat der **Kommittent wegen** des **Durchgangserwerbs** des Kommissionärs regelmäßig **noch kein Eigentum** an der Ware erworben und damit keine Ansprüche wegen Beschädigung oder Zerstörung des eingekauften Kommissionsguts gegen schädigende Dritte.

#### Beispiel:

Kommissionär R soll für den Kommittenten T einen Wagen auf Kommissionsbasis einkaufen. R kauft ein entsprechendes Fahrzeug vom Verkäufer V und erhält dieses von V zu Eigentum übertragen. Da somit das Ausführungsgeschäft mit V abgewickelt/erfüllt worden ist, kann R

von T gemäß § 396 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 HGB/§§ 675 Abs. 1, 670 BGB Provision und Aufwendungsersatz verlangen.

(1) Wird der nun (noch) im Eigentum des R stehende Wagen vor der Übereignung an T durch einen Dritten D schuldhaft zerstört, kann Kommittent T von Kommissionär R keine Übereignung des Wagens mehr verlangen, da die **Herausgabepflicht** aus § 384 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 HGB **unmöglich** und R hiervon somit gemäß § 275 Abs. 1 BGB frei geworden ist.

(2) Da das **Ausführungsgeschäft jedoch bereits abgewickelt/erfüllt** wurde ist, kann Kommissionär R von Kommittent T **allerdings gemäß § 396 Abs. 1 S. 1** und Abs. 2 HGB/§§ 675 Abs. 1, 670 BGB **dennoch Provision** und Aufwendungsersatz verlangen. Kommittent T trägt damit, obwohl die Unmöglichkeit von keiner der beiden Vertragsparteien T und R zu vertreten bzw. zu verantworten ist, in Ausnahme zur Regel des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB die Gegenleistungsgefahr<sup>17</sup>.

(3) **Kommissionär R** kann somit gegen den Schädiger D keine Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 Abs. 1 BGB geltend machen:

(a) Zwar ist R Eigentümer der Sache, die von D rechtswidrig und schuldhaft zerstört wurde.  
(b) Doch hat R **keinen Schaden**, denn er kann, wie gesagt, von Kommittent T **auf Grund § 396 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 HGB gleichwohl** seine **Provision** und Ersatz seiner Aufwendungen fordern. Daher ist R mangels Vorliegen eines Schadens ein Vorgehen gegen D aus § 823 Abs. 1 BGB nicht möglich.

(4) **Kommittent T** hingegen

(a) hat zwar einen Schaden, da er zur Provision und zum Ersatz der Aufwendungen des R verpflichtet bleibt.  
(b) T ist indes **noch kein Eigentümer** der Ware<sup>18</sup> und somit nicht Inhaber eines absoluten Rechts, wie es für § 823 Abs. 1 BGB erforderlich wäre. Daher kann T mangels eines ihm zustehenden absoluten Rechts, ebenfalls nicht gegen D aus § 823 Abs. 1 BGB vorgehen.

(5) Damit wäre der Schädiger weder dem Kommissionär noch dem Kommittenten verpflichtet.

Diese **zufällige Schadensverlagerung beruht jedoch auf der Gefahrtragungsregel des § 396 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 HGB aus dem Innenverhältnis** zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär und **soll daher nicht Dritten wie diesem Schädiger zugute kommen**.

(a) Daher **soll der Kommissionär den Schaden des Kommittenten im Wege der sog. Drittschadensliquidation beim Schädiger liquidieren** können (also der Schaden sozusagen zum Anspruch „gezogen“ werden)

(b) bzw. soll der Kommissionär zur Abtretung dieses Liquidationsanspruchs gegen den Schädiger an den Kommittenten verpflichtet sein (und damit der Anspruch zum Schaden „gezogen“ werden).

---

<sup>17</sup> § 396 Abs. 1 S. 1 HGB enthält somit eine weitere Ausnahmegvorschrift zu § 447 Abs. 1 S. 1 BGB von der Regel des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach bei einer von keiner Seite zu vertretenden Unmöglichkeit die Gegenleistungsgefahr grundsätzlich derjenige trägt, der die Gegenleistung beanspruchen kann. Dazu bereits § 25 VII. 4. der Vorlesung Bürgerliches Recht.

<sup>18</sup> Denn T hat(te) nur ein relatives Recht in Form eines Anspruchs gegen R, dass dieser ihm das Eigentum überträgt, § 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB, § 275 Abs. 1 BGB.

Im vorliegenden Beispiel könnte Kommissionär R also den Schaden deshalb selbst beim Dritten D einfordern und das Erlangte dann an den Kommittenten T weiterleiten (§ 384 Abs. 2 Halbs. 2 2. Alt. HGB) bzw. soll T die Abtretung des Liquidationsanspruchs gegen den Dritten von R verlangen können (§ 398 BGB). **Bis dahin** steht dem **Kommittenten** gemäß **§ 273 Abs. 1 BGB** ein **Zurückbehaltungsrecht** wegen des **Provisions-** und **Aufwendungsersatzanspruchs** des Kommissionärs aus § 396 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 HGB zu.

#### e) Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs

Besteht für die bei einer Einkaufskommission einzukaufenden oder bei einer Verkaufskommission zu veräußernden Waren oder Wertpapiere ein **Börsen- oder Marktpreis**, hat der **Kommissionär** gemäß **§ 400 HGB** ein sog. **Selbsteintrittsrecht**, wenn nichts anderes bestimmt ist.

- Übt er dieses Gestaltungsrecht aus, kommt **kein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten** zustande.
- **Vielmehr**
  - o liefert der **Kommissionär** dem Kommittenten die bei einer **Einkaufskommission** einzukaufenden Waren oder Wertpapiere direkt als **Verkäufer** aus seinem eigenen Bestand
  - o und bei einer **Verkaufskommission** übernimmt der **Kommissionär** die zu verkaufenden Waren oder Wertpapiere des Kommittenten selbst als **Käufer** in seinen eigenen Bestand.

Dies kommt insbesondere bei der sog. Effektenkommission, also dem Kauf und Verkauf von Wertpapieren für andere, häufig vor. Depotbanken dürfen dort, da die gehandelten Wertpapiere einen Börsenpreis haben, das Geschäft regelmäßig selbst ausführen. Bei einer Kauforder können sie dem Kommittenten also Wertpapiere aus ihrem eigenem Bestand verkaufen und bei einer Verkauforder Wertpapiere des Kommittenten in denselben kaufen. Dies ist sehr beliebt, denn der Kommissionär (also die Depotbank), **verdient dabei gemäß § 403 BGB „doppelt“**. Denn sie kann z.B. bei einer **Kauforder**

- von ihrem Kunden gemäß § 396 Abs. 1 S. 1 HGB nicht nur die für die Kommission vereinbarte Provision,
- sondern auch zudem den Kaufpreis nach § 433 Abs. 2 BGB für ihre eigenen, an den Kunden verkauften Wertpapiere verlangen.

Bei einem Selbsteintritt gilt im Verhältnis Kommissionär und Kommittent neben dem Kommissionsrecht nach §§ 383 bis 406 HGB zum Teil ergänzend, teilweise aber auch ausschließlich auch Kaufrecht (§§ 433 bis 453 BGB)<sup>19</sup>. Zum Schutze des Kommittenten erfolgt dabei die Bestimmung des Preises gemäß § 402 HGB zwingend nach den strengen Vorschriften der §§ 400 Abs. 2 bis 5 und 401 HGB.

---

<sup>19</sup> So schuldet der Kommissionär z.B. bei einer Verkaufskommission den Kaufpreis gemäß § 433 Abs. 2 BGB als bzw. statt Herausgabe des Erlangten nach § 384 Abs. 2 HGB.

### 3. Sonstige Handelsgeschäfte

#### a) Fracht §§ 407 ff. HGB

§ 407 HGB:

(1) *Durch den Frachtvertrag wird der Frachtführer verpflichtet, das Gut zum Bestimmungsort zu befördern und dort an den Empfänger abzuliefern.*

(2) *Der Absender wird verpflichtet, die vereinbarte Fracht zu zahlen.*

(3) <sup>1</sup>*Die Vorschriften dieses Unterabschnitts gelten, wenn*

*1. das Gut zu Lande, auf Binnengewässern oder mit Luftfahrzeugen befördert werden soll und*  
*2. die Beförderung zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens gehört.*

<sup>2</sup>*Erfordert das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht und ist die Firma des Unternehmens auch nicht nach § 2 in das Handelsregister eingetragen, so sind in Ansehung des Frachtgeschäfts auch insoweit die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Vierten Buches ergänzend anzuwenden; dies gilt jedoch nicht für die §§ 348 bis 350.*

**Frachtführer** ist, wer gegen Entgelt (sog. Fracht)

(1) im Betrieb eines **Gewerbes**

(2) ein **Gut**

(3) zu **Land**, auf **Binnengewässern** oder in der **Luft** zum Bestimmungsort **befördert** und dort an den Empfänger abzuliefern hat.

(4) Sind diese Voraussetzungen gegeben,

(a) finden die allgemeinen Vorschriften des **Werkvertrags (§§ 631 bis 651 BGB)**

(b) **nur** insoweit Anwendung, **als nicht** die **besonderen Vorschriften des Frachtgeschäfts** nach **§§ 407 bis 452d HGB** abweichende und vorrangige Regelungen enthalten.

Das Frachtgeschäft ist ein Werkvertrag (§ 631 Abs. 2 BGB) mit einem selbstständigen Gewerbetreibenden. Die Vorschriften des Frachtgeschäfts (§§ 407 ff. HGB) sind **gemäß § 407 Abs. 3 S. 1 HGB** nur anzuwenden, **wenn** die die Beförderung von Gütern zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens gehört. Das Gewerbe kann ein Unternehmen sein, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In diesem Fall betreibt der **Frachtführer** ein Handelsgewerbe und ist damit **Kaufmann** nach § 1 Abs. 2 HGB. Erfordert das Unternehmen keinen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, kann der Frachtführer Kaufmann nach § 2 S. 1 HGB werden, wenn er die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eintragen lässt. Für diese handelsgewerblichen Frachtführer gilt das gesamte HGB und damit insbesondere die Vorschriften über das Frachtgeschäft nach §§ 407 ff. HGB sowie auch die Vorschriften über Handelsgeschäfte nach §§ 343 ff. HGB.

Der nicht im Handelsregister eingetragene und nur **kleingewerblich tätige Frachtführer** ist hingegen kein Kaufmann. Aber auch wenn das Unternehmen des Frachtführers einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und seine Firma nicht eingetragen ist, finden nach **§ 407 Abs. 3 S. 2 HGB** die Vorschriften der §§ 407 ff. und der §§ 343 ff. HGB (mit Ausnahme der §§ 348 bis 350 HGB) Anwendung. Die Vorschriften des HGB über das Frachtgeschäft und weitgehend auch die Vorschriften über Handelsgeschäfte sind somit unabhängig davon anwendbar, ob der Frachtführer Kaufmann

ist. Für den nichtkaufmännisch, aber unternehmerisch (§ 14 Abs. 1 BGB) tätigen Frachtführer, der sonst nicht dem HGB unterfällt, gilt also ebenfalls eine **Ausnahme von dem Grundsatz**, dass **Handelsrecht** als **Sonderprivatrecht** nur auf die Gruppe **der Kaufleute** anwendbar ist.

Ein Frachtführer befördert **Güter**, also **bewegliche Sachen oder Tiere** (§ 90a BGB). Die Beförderung von Menschen richtet sich nach dem Personenbeförderungsgesetz.

Die Vorschriften des Frachtgeschäfts gelten zudem nur für die Beförderung zu Land (**Straße, Schiene**), auf Binnengewässern (**Fluss/Kanal, See**) oder in der **Luft**. Die Beförderung auf Offener See ist dagegen im Fünften Buch des HGB (§§ 556 ff. HGB) geregelt.

## b) Spedition §§ 453 ff. HGB

§ 453 HGB:

(1) *Durch den Speditionsvertrag wird der Spediteur verpflichtet, die Versendung des Gutes zu besorgen.*

(2) *Der Versender wird verpflichtet, die vereinbarte Vergütung zu zahlen.*

(3) <sup>1</sup>*Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten nur, wenn die Besorgung der Versendung zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens gehört.*

<sup>2</sup>*Erfordert das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht und ist die Firma des Unternehmens auch nicht nach § 2 in das Handelsregister eingetragen, so sind in Ansehung des Speditionsgeschäfts auch insoweit die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Vierten Buches ergänzend anzuwenden; dies gilt jedoch nicht für die §§ 348 bis 350.*

**Spediteur** ist, wer gegen eine Vergütung

- (1) Betrieb eines **Gewerbes**,
- (2) **die Versendung eines Gutes**
- (3) **zu besorgen übernimmt.**

(4) Sind diese Voraussetzungen gegeben, finden als **Rechtsfolge**

(a) **zuvörderst die besonderen Vorschriften** des **Speditionsrechts** nach §§ 453 bis 466 **HGB** Anwendung.

(b) Da die Spedition lediglich eine handelsrechtliche Besonderheit der entgeltlichen Geschäftsbesorgung ist, enthalten diese jedoch keine abschließenden Regelungen. Daher gelten ergänzend **auch** die Vorschriften des **Geschäftsbesorgungsvertrags** nach §§ 675 bis 675b **BGB**.

(c) Und da diese ihrerseits wiederum keine abschließenden Regelungen enthalten (weil die entgeltliche Geschäftsbesorgung stets im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags erfolgen muss) gelten **zudem**

- **entweder** die Vorschriften der §§ 611 bis 630<sup>20</sup>,
- **oder** aber der §§ 631 bis 650 **BGB**

---

<sup>20</sup> Da es sich bei einer Kommission um einen Vertrag mit Selbstständigen handelt, finden in diesem Fall genauer gesagt **nur die** allgemeinen Vorschriften des Freien Dienstvertrags (§§ 611 bis 630 BGB), aber **ausschließlich der** lediglich für Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern geltenden §§ 612a, 613a, 615 S. 3, 619a, 622, 623 **BGB** (also nicht das sog. soziale Arbeitsrecht!) Anwendung.

(d) **und** auf Grund der **Verweisung in § 675 Abs. 1 BGB** im Recht der entgeltlichen Geschäftsbesorgung finden auf eine Spedition **ferner auch die § 663, 665 bis 670, 672 bis 674 BGB und ggf. des § 671 Abs. 2 BGB** aus dem **Auftragsrecht** entsprechende Anwendung.

Die Vorschriften des Speditionsvertrags (§§ 453 ff. HGB) sind gemäß **§ 453 Abs. 3 S. 1 HGB** nur anzuwenden, **wenn** die die Besorgung der Versendung von Gütern zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens gehört. Das Gewerbe kann ein Unternehmen sein, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In diesem Fall betreibt der **Spediteur** ein Handelsgewerbe und ist damit **Kaufmann** nach § 1 Abs. 2 HGB. Erfordert das Unternehmen keinen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, kann der Spediteur Kaufmann nach § 2 S. 1 HGB werden, wenn er die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eintragen lässt. Für diese handelsgewerblichen Spediteure gilt das gesamte HGB und damit insbesondere die Vorschriften über das Speditionsgeschäft nach §§ 453 ff. HGB sowie auch die Vorschriften über Handelsgeschäfte nach §§ 343 ff. HGB.

Der nicht im Handelsregister eingetragene und nur **kleingewerblich tätige Spediteur** ist hingegen kein Kaufmann. Aber auch wenn das Unternehmen des Spediteurs einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und seine Firma nicht eingetragen ist, finden nach **§ 453 Abs. 3 S. 2 HGB** die Vorschriften der §§ 453 ff. und der §§ 343 ff. HGB (mit Ausnahme der §§ 348 bis 350 HGB) Anwendung. Die Vorschriften des HGB über den Speditionsvertrag und weitgehend auch die Vorschriften über Handelsgeschäfte sind somit unabhängig davon anwendbar, ob der Spediteur Kaufmann ist. Für den nichtkaufmännisch, aber unternehmerisch (§ 14 Abs. 1 BGB) tätigen Spediteur, der sonst nicht dem HGB unterfällt, gilt also **ebenfalls eine Ausnahme von dem Grundsatz**, dass **Handelsrecht** als **Sonderprivatrecht** nur auf die Gruppe **der Kaufleute** anwendbar ist.

Gegenstand eines Speditionsvertrags ist die Besorgung der Versendung von Gütern. Der **Spediteur hat** also das Gut nicht selbst zu befördern (Werkvertrag), sondern **einen Frachtführer dafür zu suchen und zu finden (Geschäftsbesorgungsvertrag)**! Zu dieser sog. „**Organisation der Beförderung**“ gehören nach **§ 454 Abs. 1 HGB** insbesondere

- die Bestimmung des Beförderungsmittels und des Beförderungsweges,
- die Auswahl ausführender Unternehmer, den Abschluss der für die Versendung erforderlichen Fracht-, Lager- und Speditionsverträge sowie die Erteilung von Informationen und Weisungen an die ausführenden Unternehmer
- und die Sicherung von Schadensersatzansprüchen des Versenders etc.

Der umgangssprachliche „**Möbelspediteur**“ ist daher juristisch kein Spediteur, sondern ein **Frachtführer § 407 HGB**, der **Umzugsgut** befördert, **§ 451 HGB**.

Ein Spediteur ist **allerdings auch befugt**, die Beförderung des Gutes selbst auszuführen (sog. **Selbsteintritt § 458 HGB**). Dann ist er zugleich Frachtführer und kann neben der Vergütung für seine Tätigkeit als Spediteur auch die für die Fracht verlangen.

### c) **Lagergeschäft §§ 467 ff. HGB**

*§ 467 HGB:*

(1) *Durch den Lagervertrag wird der Lagerhalter verpflichtet, das Gut zu lagern und aufzubewahren.*

(2) *Der Einlagerer wird verpflichtet, die vereinbarte Vergütung zu zahlen.*

(3) <sup>1</sup>*Die Vorschriften dieses Abschnitts gelten nur, wenn die Lagerung und Aufbewahrung zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens gehören.*

<sup>2</sup>*Erfordert das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht und ist die Firma des Unternehmens auch nicht nach § 2 in das Handelsregister eingetragen, so sind in Ansehung des Lagergeschäfts auch insoweit die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Vierten Buches ergänzend anzuwenden; dies gilt jedoch nicht für die §§ 348 bis 350.*

**Lagerhalter** ist, wer gegen eine Vergütung

(1) im Betrieb eines **Gewerbes**,

(2) ein **Gut**

(3) zu **lagern und aufzubewahren** hat.

(4) Sind diese Voraussetzungen gegeben,

(a) finden die allgemeinen Vorschriften der **Verwahrung (§§ 688 bis 700 BGB)**

(b) **nur** insoweit Anwendung, **als nicht** die **besonderen Vorschriften Lagergeschäfts** nach **§§ 467 bis 475h HGB** abweichende und vorrangige Regelungen enthalten.

Die Vorschriften des Lagergeschäfts (§§ 467 ff. HGB) sind gemäß **§ 467 Abs. 3 S. 1 HGB** nur anzuwenden, **wenn** die Lagerung und Aufbewahrung zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens gehört. Das Gewerbe kann ein Unternehmen sein, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In diesem Fall betreibt der **Lagerhalter** ein Handelsgewerbe und ist damit **Kaufmann** nach § 1 Abs. 2 HGB. Erfordert das Unternehmen keinen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, kann der Lagerhalter Kaufmann nach § 2 S. 1 HGB werden, wenn er die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eintragen lässt. Für diese handelsgewerblichen Lagerhalter gilt das gesamte HGB und damit insbesondere die Vorschriften über das Lagergeschäft nach §§ 467 ff. HGB sowie auch die Vorschriften über Handelsgeschäfte nach §§ 343 ff. HGB.

Der nicht im Handelsregister eingetragene und nur **kleingewerblich tätige Lagerhalter** ist hingegen kein Kaufmann. Aber auch wenn das Unternehmen des Lagerhalters einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und seine Firma nicht eingetragen ist, finden nach **§ 467 Abs. 3 S. 2 HGB** die Vorschriften der §§ 467 ff. und der §§ 343 ff. HGB (mit Ausnahme der §§ 348 bis 350 HGB) Anwendung. Die Vorschriften des HGB über das Lagergeschäft und weitgehend auch die Vorschriften über Handelsgeschäfte sind somit unabhängig davon anwendbar, ob der Lagerhalter Kaufmann ist. Für den nichtkaufmännisch, aber unternehmerisch (§ 14 Abs. 1 BGB) tätigen Lagerhalter, der sonst nicht dem HGB unterfällt, gilt also **ebenfalls** eine **Ausnahme** von dem **Grundsatz**, dass **Handelsrecht** als **Sonderprivatrecht** nur auf die Gruppe der **Kaufleute** anwendbar ist.

Gegenstand eines Lagergeschäfts ist die **Lagerung und Aufbewahren eines Gutes** gegen Entgelt. Güter sind nur **bewegliche Sachen und Tiere (§ 90a BGB)**.

Diese Güter können entsprechend der bürgerlich-rechtlichen regelmäßigen Verwahrung (§ 695 BGB) handelsrechtlich gemäß § 467 HGB im Wege der sog. **Sonderlagerung (Einzellagerung)** zu lagern und aufzubewahren sein.

Darüber hinaus sieht das Gesetz für **vertretbare Sachen** im Sinne des **§ 91 BGB** auch die Möglichkeit **der Sammlagerung (Mischlagerung)** gemäß § 467 HGB vor. Bei dieser ist der Lagerhalter nach § 469 Abs. 1 HGB berechtigt, eingelagerte Güter mit anderen gleicher Art und Güte zu vermischen. In diesem Fall erwerben die Eigentümer der eingelagerten vertretbaren Sachen nach § 469 Abs. 2 HGB Miteigentum nach Bruchteilen gemäß §§ 1008 ff. BGB. Die Sammlagerung unterscheidet sich somit von der Summenlagerung nach § 700 BGB, bei der der Verwahrer Alleineigentümer wird. Eine solche unregelmäßige Verwahrung sieht das HGB nicht vor. Sie richtet sich daher ausschließlich nach § 700 BGB.