

Heymann
Handelsgesetzbuch

Sammlung Guttentag

Heymann

Handelsgesetzbuch

(ohne Seerecht)

Kommentar

herausgegeben von

Norbert Horn

bearbeitet von

Peter Balzer
Volker Emmerich
Martin Henssler
Harald Herrmann
Jochen Hoffmann

Norbert Horn
Willi Joachim
Stefan Kröll
Harro Otto
Jörn Rohrmann

Jürgen Sonnenschein
Andreas Schlüter
Rainer Walz
Birgit Weitemeyer

2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage

Band 4

Viertes Buch

§§ 343–475h



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Die Bearbeiter:

Wiss. Ass. Dr. Peter Balzer, Universität zu Köln
Professor Dr. Volker Emmerich, Universität Bayreuth, Richter am OLG Nürnberg a.D.
Professor Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln
Professor Dr. Harald Herrmann, Universität Erlangen-Nürnberg
PD Dr. Jochen Hoffmann, Universität Bayreuth
Professor Dr. Norbert Horn, Universität zu Köln
RA Professor Dr. Willi Joachim, LL. M., International School of Management, ISM,
Dortmund; Director des European College EBL, Bielefeld
Wiss. Ass. Dr. Stefan Kröll, LL. M. (London), Universität zu Köln
Professor Dr. Dr. h.c. Harro Otto, Universität Bayreuth
WP/RA/StP Jörn Rohrmann, Köln
Professor Dr. Jürgen Sonnenschein (†), Universität Kiel
PD RA Dr. Andreas Schlüter, Universität zu Köln, Generalsekretär des Stifterverbands
für die Deutsche Wissenschaft, Essen
Professor Dr. Rainer Walz, Bucerius Law School, Hamburg
PD Dr. Birgit Weitemeyer, Technische Universität Dresden

Die Bearbeiter von Band IV:

Professor Dr. Norbert Horn: Vorbem. § 343; §§ 343–372; Anh § 372 Bankgeschäfte
Wiss. Ass. Dr. Peter Balzer: Bankkundenkarten in Anh § 372 Bankgeschäfte IV
Professor Dr. Volker Emmerich und PD Dr. Jochen Hoffmann: §§ 373–382
Professor Dr. Harald Herrmann: §§ 383–406; 467–475h
Professor Dr. Willi Joachim: Vorbem. § 407; §§ 407; 425–438; 451–451h; 453–466; Übersicht ADSp
PD RA Dr. Andreas Schlüter: §§ 408–424; 439–450; 452–452d; Übersicht CMR

Zitiervorschlag: z. B. Heymann/Horn, HGB, § 346 Rdn. 49

♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN-13: 978-3-89949-082-4
ISBN-10: 3-89949-082-7

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2005 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Einbandgestaltung: B-Konzept Klaus Brüning, Berlin
Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz, Gräfenhainichen
Druck und Bindung: Kösel GmbH, Altusried-Krugzell

Vorwort

Für die 2. Auflage wurde der Text in weiten Teilen neu geschrieben und an zahlreichen Stellen erweitert, so daß der Gesamtumfang von Band 4 den der Voraufgabe deutlich übersteigt. Schwerpunkte der Neubearbeitung liegen im Abschnitt Bankgeschäfte (Anh. § 372), im Kaufrecht und im Transportrecht. Ein besonderes Augenmerk wurde auf die internationalrechtlichen Aspekte gerichtet. Bearbeitungsstand ist der Juni 2005, mit punktuellen Nachträgen während der Drucklegung bis November 2005.

Köln, im Juli 2005

Norbert Horn

Inhaltsübersicht

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur	Seite XXVII
---	----------------

Viertes Buch. Handelsgeschäfte (Vorb. vor § 343, §§ 343–475h)

Vorbemerkungen vor § 343 (Horn)	1
I. Gegenstand und Anwendungsbereich des Vierten Buches	3
II. Sonstige Normen für Handelsgeschäfte	7
III. Allgemeines Vertragsrecht der Handelsgeschäfte	7
IV. AGB-Recht und Handelsgeschäfte	21
V. Sonstiges allgemeines Schuldrecht der Handelsgeschäfte	28
VI. Das Vertragsstatut internationaler Handelsgeschäfte	38
VII. Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen	51

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften (§§ 343–372) (Horn)

§ 343 Begriff der Handelsgeschäfte	59
I. Normzweck	59
II. Handelsgeschäft	59
§ 344 Vermutung für das Handelsgeschäft	63
I. Normzweck und Anwendungsbereich	64
II. Die Vermutung des Abs. 1	65
III. Die Vermutung des Abs. 2	66
§ 345 Einseitige Handelsgeschäfte	67
1. Arten der Handelsgeschäfte	67
2. Einseitige Handelsgeschäfte	67
3. Beiderseitige Handelsgeschäfte	68
§ 346 Handelsbräuche	69
I. Begriff und Geltung	71
II. Entstehung und Feststellung	78
III. Die Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen	84
IV. Handelsklauseln	96
§ 347 Sorgfaltspflichten	182
I. Zweck der Vorschrift	183
II. Anwendungsbereich der Normen	185
III. Der kaufmännische Sorgfaltmaßstab (Abs. 1)	190
IV. Geminderte Sorgfaltmaßstäbe (Abs. 2)	192
V. Fälle verschärfter Haftung	193
VI. Freizeichnung für Verschuldenshaftung	194
VII. Auskunft, Information und Beratung	198

§ 348	Vertragsstrafen	211
	I. Begriff und Funktion der Privatstrafe	212
	II. Höhe der Vertragsstrafe und ihre Ermäßigung	214
	III. AGB-Kontrolle von Vertragsstrafen	217
	IV. Verwandte Rechtsinstitute	219
	V. Verhältnis zu öffentlichen Strafen	222
§ 349	Einrede der Vorausklage	222
	1. Zweck der Vorschrift	223
	2. Tatbestandsmerkmale	223
	3. Anwendung des Bürgschaftsrechts des BGB	223
§ 350	Formvorschriften	224
	I. Zweck und Inhalt der Vorschrift	224
	II. Bürgschaft	227
	III. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis	227
§ 351	(aufgehoben)	230
§ 352	Gesetzlicher Zinssatz	230
	I. Zinsforderungen	231
	II. Zweck und Inhalt der Regelung	236
	III. Verzugszinsen	237
	IV. Zinsvereinbarungen und ihre gesetzlichen Grenzen	239
§ 353	Fälligkeitszinsen	249
	1. Inhalt und Zweck der Norm	250
	2. Fälligkeitszinsen (S. 1)	250
	3. Zinseszinsverbot (S. 2)	251
§ 354	Provision. Lagergeld. Zinsen	252
	I. Vergütungsanspruch des Abs. 1	252
	II. Der Zinsanspruch des Abs. 2	256
§ 354a	Abtretung einer Geldforderung. Wirksamkeit	257
	I. Zweck der Norm	258
	II. Tatbestand und Anwendungsbereich (S. 1)	258
	III. Rechtsfolgen	260
	IV. Zwingendes Recht (S. 3)	261
	V. Analoge Anwendung?	262
	VI. Das schuldrechtliche Geschäft zwischen Zedenten und Zessionar	262
	VII. Forderungsabtretungen nach internationalem Einheitsrecht	264
§ 355	Kontokorrent	269
	I. Überblick, Begriff und Funktionen	270
	II. Voraussetzungen des Kontokorrents	271
	III. Sachlicher Umfang des Kontokorrents	273
	IV. Wirkungen des Kontokorrents	277
	V. Einzelfragen der Kontokorrentguthaben	283
	VI. Beendigung des Kontokorrents	286

§ 356	Sicherheiten	288
	I. Normzweck und Regelungsgrundsätze	288
	II. Fortbestehen der Sicherheiten	289
	III. Der Umfang des Fortbestandes	290
	IV. Geltendmachung der Sicherheiten	293
	V. Kontokorrentsicherheiten	294
§ 357	Saldo. Pfändung	295
	I. Allgemeines	296
	II. Die Pfändung des gegenwärtigen Guthabens	299
	III. Die Pfändung künftiger Salden	302
	IV. Die Pfändung von Kontokorrentkrediten	303
§ 358	Zeit der Leistung	305
	I. Allgemeine Kennzeichnung	305
	II. Anwendung der Norm	306
§ 359	Vereinbarte Zeit der Leistung	307
	1. Auslegungsregeln	307
	2. Pauschale Zeitbestimmungen	307
	3. Acht Tage	308
	4. Rechtsfolgen	308
§ 360	Gattungsschuld	308
	I. Regelung der Gattungsschuld nach BGB	309
	II. Die Regelung des § 360	311
	III. Qualitätsvereinbarungen	312
§ 361	Maße, Gewichte, Währungen, Zeitrechnung, Entfernungen	313
	I. Die vertragliche Maßeinheit, Zeitrechnung und Währung	313
	II. Währungsrecht und Fremdwährungsschulden	315
	III. Wertsicherung von Geldforderungen	321
Anhang § 361.	Preisklauselverordnung	325
§ 362	Schweigen des Kaufmanns	328
	I. Zweck und Funktion der Norm	328
	II. Vertragsschluß durch Schweigen (Abs. 1)	329
	III. Pflichten bei Ablehnung (Abs. 2)	332
	IV. Beweisfragen	333
	V. UN-Kaufrecht	333
§ 363	Kaufmännische Orderpapiere	334
	I. Gekorene Orderpapiere	335
	II. Die kaufmännischen Papiere des Abs. 1	337
	III. Traditionspapiere	341
	IV. Andere Warendokumente	346
§ 364	Indossament	348
	I. Die Transportfunktion des Indossaments (Abs. 1)	348

	II. Einwendungsausschluß (Abs. 2)	351
	III. Einlösen des Papiers (Abs. 3)	354
§ 365	Wechselrecht. Aufgebotsverfahren	355
	I. Überblick. Anwendung von Wechselrecht	355
	II. Form und Inhalt des Indossaments	356
	III. Die Legitimationswirkung des Indossaments	357
	IV. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten (Art. 16 II WG)	358
	V. Befreiende Leistung an den Nichtberechtigten (Art. 40 III WG)	360
	VI. Das Aufgebot (Abs. 2)	361
§ 366	Gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen	362
	I. Zweck und Gegenstände der Norm	363
	II. Gutgläubensschutz bei Veräußerung und Verpfändung (Abs. 1, 2)	366
	III. Gutgläubensschutz bei gesetzlichen Pfandrechten (Abs. 3)	372
§ 367	Gutgläubiger Erwerb von Wertpapieren	374
	1. Normzweck. Vermutung der Bösgläubigkeit	374
	2. Die erfaßten Wertpapiere	375
	3. Voraussetzungen der Vermutung	375
	4. Wirkung der Vermutung	376
	5. WertpapierbereinigungsG	377
§ 368	Pfandverkauf	377
	1. Normzweck	377
	2. Tatbestand	378
	3. Rechtsfolge	378
	4. Abdingbarkeit; Bankenpfandrecht	379
§ 369	Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht	379
	I. Allgemeine Kennzeichnung	380
	II. Die Voraussetzungen des kaufmännischen ZBR (Abs. 1)	382
	III. Wirkungen des ZBR, insbes. gegen Dritte (Abs. 2)	389
	IV. Ausschluß des ZBR (Abs. 3)	391
	V. Abwendung der Zurückbehaltung (Abs. 4)	392
	VI. Übergang und Erlöschen des ZBR	393
	VII. Rechtsgeschäftliche Bestellung	393
§ 370	(aufgehoben)	393
§ 371	Befriedigungsrecht	394
	I. Zweck und Gegenstand der Norm	394
	II. Vollstreckungsbefriedigung (Abs. 3 S. 1)	395
	III. Verkaufsbefriedigung (Abs. 2–4)	395
§ 372	Eigentum und Rechtskraft beim Befriedigungsrecht	399
	1. Das Problem des Dritteigentümers	399
	2. Fortdauer des Eigentums des Schuldners	399
	3. Rechtskrafterstreckung	399

Anhang § 372 Bankgeschäfte (Horn; V. 6 Balzer)	400
I. Allgemeiner Teil	401
1. Bankgeschäfte. Begriff und Rechtsgrundlagen	402
2. Die Rechtsbeziehung zwischen Bank und Kunden	409
3. Die einzelnen Vertragspflichten (Überblick)	412
4. Schlichtungsverfahren; Einlagensicherung	414
5. Die Rechtsbeziehungen der Bank zu Nichtkunden	415
6. Rechtsbeziehungen zwischen Banken	416
II. Die AGB-Banken (Kommentar)	416
Vorbemerkung. Die AGB der Kreditinstitute	420
AGB-Bk Nr. 1. Geltungsbereich. Änderungen	425
AGB-Bk Nr. 2. Bankgeheimnis und Bankauskunft	430
AGB-Bk Nr. 3. Haftung der Bank. Mitverschulden des Kunden	437
AGB-Bk Nr. 4. Grenzen der Aufrechnungsbefugnis	441
AGB-Bk Nr. 5. Verfügungsberechtigung nach dem Tod des Kunden	442
AGB-Bk Nr. 6. Maßgebliches Recht und Gerichtsstand	443
AGB-BkNr. 7. Rechnungsabschlüsse; Genehmigung bei Belastungen	445
AGB-Bk Nr. 8. Storno- und Berichtigungsbuchungen	447
AGB-Bk Nr. 9. Einzugsaufträge	451
AGB-Bk Nr. 10. Fremdwährungsgeschäfte u. Fremdwährungs- konten	456
AGB-Bk Nr. 11. Mitwirkungspflichten des Kunden	458
AGB-Bk Nr. 12. Zinsen, Entgelte und Auslagen	463
AGB-Bk Nr. 13. Bestellung oder Verstärkung von Sicher- heiten	473
AGB-Bk Nr. 14. Vereinbarung eines Pfandrechts	476
AGB-Bk Nr. 15. Sicherungsrechte bei Einzugspapieren	483
AGB-Bk Nr. 16. Begrenzung des Besicherungsanspruchs und Freigabeverpflichtung	486
AGB-Bk Nr. 17. Verwertung von Sicherheiten	491
AGB-Bk Nr. 18. Kündigungsrechte des Kunden	493
AGB-Bk Nr. 19. Kündigungsrechte der Bank	495
AGB-Bk Nr. 20. Einlagensicherungsfonds	502
Text der AGB-Sparkassen	502
III. Information und Beratung	512
1. Information und Beratung bei Bankgeschäften und Finanz- dienstleistungen	513
2. Zivilrechtliche Grundlagen	516
3. Inhalt der Pflichten und Haftung	522
4. Ausschluß von Beratungs- und Informationspflichten	522
5. Rechtsfolgen der Pflichtverletzung, insbes. Schadensersatz	523
6. Einzelne Geschäfte	526
7. Wertpapiergeschäfte i. S. WpHG	530
IV. Bankkonto. Einlagen; Depot	538
1. Grundbegriffe	539
2. Kontobezeichnung und Kontoinhaber	546
3. Vertretungs- und Verfügungsmacht	552
4. Die Übertragung und Vererbung des Kontos	555

5. Einlagensicherung und Anlegerentschädigung	558
6. Anhang: AGB-Anderkonten	560
V. Zahlungsverkehr	565
1. Überblick	567
2. Giroüberweisung	570
3. Lastschriftverfahren	600
4. Die Zahlung mit Scheck	618
5. Die Kreditkarte	636
6. Bankkunden-Karten (Debitkarten)	644
VI. Dokumenteninkasso und Dokumentenakkreditiv	659
A. Das Dokumenteninkasso	660
1. Begriff, Funktion und Rechtsgrundlage	660
2. Der Inkassoauftrag an die Einreicherbank	662
3. Die Einschaltung weiterer Inkassobanken	665
4. Das Exportgeschäft	667
B. Das Dokumentenakkreditiv	667
1. Begriff, Funktion und Rechtsgrundlagen	668
2. Der Akkreditivauftrag	672
3. Der Akkreditivanspruch	679
4. Die Dokumente des Akkreditivs	686
5. Das Exportgeschäft (Valutaverhältnis)	693
6. Bereicherungsausgleich	694
7. Rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme des Akkreditivs	695
C. Textanhang	700
1. Text der ERI (URC 522)	700
2. Text der ERA (UCP 500)	707
VII. Bürgschaft und Garantie	727
A. Personalsicherheiten und Bankgeschäfte	730
1. Personalsicherheiten	730
2. Avalkredite	731
3. Die Bank als Sicherungsnehmer	731
B. Die Bürgschaft	731
1. Begriff und Arten	731
2. Begründung und Verpflichtungsumfang	745
3. Einwendungen des Bürgen und Einwendungsausschluß	751
4. Erfüllung und Rückgriff	753
5. Verhältnis Hauptschuldner – Bürge	755
6. Internationales Privatrecht	756
7. Einige kaufmännische Anwendungsgebiete der Bürgschaft	757
8. Kreditauftrag	762
C. Garantievertrag, insbes. Bankgarantie	763
1. Begriff und Funktion	763
2. Die Verpflichtung des Garanten	764
3. Einzelne Geschäftstypen	769
4. Internationaler Wirtschaftsverkehr	771
5. Einwendungen gegen die Garantie	775
6. Der Garantierauftrag	780
D. Andere der Bürgschaft verwandte Verpflichtungen	782
1. Schuldmitübernahme	782
2. Delkredere-Vertrag	783

3. Dokumentenakkreditiv	783
4. Patronatserklärung	783
5. Kreditkarte	784
6. Wechselbürgschaft	784
E. Hermes-Deckungen (Ausfuhrgewährleistungen)	785
1. Funktion und Rechtsgrundlagen	785
2. Gewährleistungsvertrag und Deckungsformen	786
3. Geschäftsarten	787
4. Gedeckte Risiken	788
5. Rechtsbeständigkeit der gesicherten Forderung	789
6. Pflichten des Gewährleistungsnehmers (Exporteurs)	790
7. Entschädigung	791
VIII. Weitere Gebiete des Bankrechts	791

Zweiter Abschnitt. Handelskauf (Vorb. vor § 373, §§ 373–382)
(Emmerich/Hoffmann)

Vorbemerkungen vor § 373	793
I. Einleitung	794
II. Handelskauf	794
III. Handelskauf und Verbrauchsgüterkauf	795
IV. Internationaler Anwendungsbereich	801
V. Handelsklauseln	804
§§ 373, 374 Annahmeverzug	804
I. Bedeutung, Zweck	805
II. Hinterlegung	806
III. Selbsthilfeverkauf	808
§ 375 Bestimmungskauf	816
I. Übersicht	816
II. Anwendungsbereich	817
III. Verzug des Käufers	820
IV. Selbstspezifikation des Verkäufers	821
V. Rechte aus §§ 280, 281, 326 BGB	823
§ 376 Fixhandelskauf	824
I. Überblick	825
II. Anwendungsbereich	826
III. Begriff	827
IV. Erfüllungsanspruch	830
V. Rücktritt	831
VI. Schadensersatz	832
§ 377 Untersuchungs- und Rügepflicht	835
I. Überblick	837
II. Zweck	839
III. Anwendungsbereich	840
IV. Mängel	844
V. Ablieferung	853

VI. Untersuchung	857
VII. Verborgene Mängel	869
VIII. Rüge	871
IX. Rechtsfolgen	877
X. Besonderheiten der Rechtsfolgen bei Falschlieferung und Mengenfehlern	883
XI. Arglist des Verkäufers	887
XII. Abweichende Vereinbarungen	888
§ 378 (<i>aufgehoben</i>)	890
§ 379 Aufbewahrung. Notverkauf	890
I. Zweck	890
II. Anwendungsbereich	891
III. Aufbewahrungspflicht	894
IV. Notverkauf	896
§ 380 Taragewicht	899
I. Überblick	900
II. § 380 Abs. 1	900
III. § 380 Abs. 2	900
IV. Recht der Verpackung	901
§ 381 Kauf von Wertpapieren. Werklieferungsvertrag	905
I. Wertpapierkauf	905
II. Werklieferungsvertrag	907
§ 382 (<i>aufgehoben</i>)	908

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft (§§ 383–406) (Herrmann)

§ 383 Kommissionsvertrag	909
I. Der Kaufmannstyp des Kommissionärs	910
II. Der Kommissionsvertrag	914
III. Das Ausführungsgeschäft	917
§ 384 Pflichten des Kommissionärs	919
I. Ausführungspflicht	919
II. Interessenwahrungspflichten	922
III. Benachrichtigungspflicht	925
IV. Rechenschaftspflicht	927
V. Herausgabepflicht	928
§ 385 Weisungen des Kommittenten	928
I. Weisungsverletzungen	928
II. Zurückweisungsrecht	931
III. Schadenersatz	932
IV. Berechtigtes Abweichen von Weisungen	932

Inhaltsübersicht

§ 386	Preisgrenzen	933
	I. Preissetzung	933
	II. Zurückweisungsfrist	934
	III. Genehmigungsfiktion	934
	IV. Deckungszusage	935
§ 387	Vorteile eines Abschlusses	935
§ 388	Mangelhaftiges oder beschädigtes Kommissionsgut	936
	I. Rechtswahrungspflichten des Abs. 1	936
	II. Notverkaufsrecht des Abs. 2	937
§ 389	Hinterlegung, Selbsthilfeverkauf	938
§ 390	Haftung des Kommissionärs	938
	I. Haftung für Sachbeschädigung und Verlust	938
	II. Versicherungspflichten	939
§ 391	Untersuchungs- und Rügepflicht, Aufbewahrung, Notverkauf	940
	I. Gewährleistungsrechte des Kommittenten	940
	II. Aufbewahrung und Notverkauf	941
§ 392	Forderungen aus dem Kommissionsgeschäft	941
	I. Außenverhältnis	942
	II. Innenverhältnis	943
§ 393	Vorschuß, Kredit	945
	I. Verhältnis zur Interessenwahrnehmungspflicht	946
	II. Berechtigter Kredit	946
	III. Unberechtigter Kredit	947
§ 394	Delkredere	947
	I. Delkrederehaftung	948
	II. Delkredereprovision	949
§ 395	Wechselindossament	949
§ 396	Provision, Ersatz von Aufwendungen	950
	I. Provision	950
	II. Aufwendungsersatz	952
	III. Vorschuss	953
§ 397	Gesetzliches Pfandrecht	953
§ 398	Befriedigung aus eigenem Kommissionsgut	954
§ 399	Befriedigung aus Forderungen	955
§ 400	Selbsteintritt des Kommissionärs	956
§ 401	Deckungsgeschäft	956

§ 402	Unabdingbarkeit	956
	I. Marktökonomische Grundlagen	957
	II. Voraussetzungen	957
	III. Folgen	958
	IV. Abdingbarkeit	962
§ 403	Selbsteintritt. Provision	962
§ 404	Gesetzliches Pfandrecht	963
§ 405	Ausführungsanzeige und Selbsteintritt. Widerruf der Kommission . . .	964
	I. Verhältnis von Ausführungsanzeige und Selbsteintritt	964
	II. Widerrufsrecht	964
§ 406	Ähnliche Geschäfte	965

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft (§§ 407–452d)

Erster Unterabschnitt. Allgemeine Vorschriften (§§ 407–450)

(Vorb. vor § 407, §§ 425–438 Joachim; §§ 407–424, 439–450 Schlüter)

Vorbemerkungen vor § 407	967
I. Einführung	968
II. Haftungssystem	972
§ 407 Frachtvertrag	978
I. Überblick	979
II. Frachtvertrag, Rechtsinstitute und Vertragsformen	981
§ 408 Frachtbrief	998
I. Überblick	999
II. Inhalt des Frachtbriefes	1000
III. Form § 408 Abs. 2	1002
IV. Abdingbarkeit	1002
§ 409 Beweiskraft des Frachtbriefs	1002
I. Überblick	1003
II. Umfang der Beweiskraft	1004
III. Zustand und Verpackung des Guts	1005
IV. Gewicht, Menge, Inhalt der Frachtstücke	1006
V. Sonstiges	1007
§ 410 Gefährliches Gut	1007
I. Überblick	1008
II. Mitteilungspflicht des Absenders	1008
III. Unkenntnis/Nichtmitteilung bei Übernahme	1009
IV. Abdingbarkeit	1010
§ 411 Verpackung. Kennzeichnung	1011
I. Grundsatz der Verpackungspflicht	1011

	II. Verpackung § 411 S. 1	1011
	III. Kennzeichnung § 411 S. 2	1014
§ 412	Verladen und Entladen	1014
	I. Überblick	1015
	II. Verlade- und Entladepflicht des Absenders § 412 Abs. 1 S. 1	1015
	III. Betriebssicherungspflicht des Frachtführers § 412 Abs. 1 S. 2	1016
	IV. Verlade- und Entladezeiten § 412 Abs. 2	1019
	V. Standgeld § 412 Abs. 3	1019
	VI. Standgeld-Verordnung § 412 Abs. 4	1020
§ 413	Begleitpapiere	1021
	I. Überblick	1021
	II. Bereitstellung der Begleitpapiere/Auskunftserteilung	1022
	III. Haftung des Frachtführers § 413 Abs. 2	1024
	IV. Beweislast/Abdingbarkeit	1024
§ 414	Verschuldensunabhängige Haftung des Absenders in besonderen Fällen	1024
	I. Überblick	1025
	II. Haftungsvoraussetzungen	1025
	III. Rechtsfolgen	1027
§ 415	Kündigung durch den Absender	1028
	1. Überblick	1029
	2. Kündigung	1029
	3. Rechtsfolgen	1030
	4. Ordentliche Kündigung nach Übernahme des Guts	1031
§ 416	Anspruch auf Teilbeförderung	1032
	1. Überblick	1032
	2. Teilbeförderung	1032
§ 417	Rechte des Frachtführers bei Nichteinhaltung der Ladezeit	1033
	1. Überblick	1034
	2. Ordentliche Kündigung nach § 417 Abs. 2	1034
§ 418	Nachträgliche Weisungen	1036
	1. Überblick	1036
	2. Weisungsrecht	1037
	3. Ausübung des Weisungsrechts	1038
	4. Haftung des Frachtführers	1039
	5. Qualifizierter Frachtbrief als Sperrpapier	1039
§ 419	Beförderungs- und Ablieferungshindernisse	1040
	1. Überblick	1040
	2. Beförderungs- und Ablieferungshindernisse § 419 Abs. 1	1041
	3. Pflicht zur Einholung von Weisungen § 419 Abs. 1	1041
	4. Aufwendungsersatz und Vergütung	1042
	5. Keine bindenden Weisungen § 419 Abs. 3	1042

§ 420	Zahlung, Frachtberechnung	1043
	1. Überblick	1044
	2. Fracht § 420 Abs. 1 S. 1	1044
	3. Ersatz von Aufwendungen § 420 Abs. 1 S. 2	1045
	4. Vorzeitige Beendigung § 420 Abs. 2	1045
	5. Verzögerung § 420 Abs. 3	1046
	6. Vermutung der Richtigkeit von Mengenangaben	1046
§ 421	Rechte des Empfängers, Zahlungspflicht	1047
	1. Überblick	1047
	2. Anspruch auf Ablieferung des Gutes § 421 Abs. 1 S. 1	1048
	3. Anspruch auf Schadensersatz § 421 Abs. 1 S. 2 und 3	1048
	4. Zahlungsverpflichtungen des Empfängers	1049
	5. Zahlungspflicht des Absenders § 421 Abs. 4	1050
§ 422	Nachnahme	1050
	1. Überblick	1050
	2. Nachnahmevereinbarung	1050
	3. Fiktion der Rechtsinhaberschaft des Absenders § 422 Abs. 2	1051
	4. Haftung des Frachtführers § 422 Abs. 3	1051
§ 423	Lieferfrist	1052
	1. Überblick	1052
	2. Begriff der Lieferfrist	1052
	3. Vereinbarte Lieferfrist	1052
	4. Angemessene Lieferfrist	1053
	5. Rechtsfolgen	1054
§ 424	Verlustvermutung	1054
	I. Überblick	1055
	II. Verlustvermutung § 424 Abs. 1	1055
	III. Ablieferungs- und Erstattungsanspruch § 424 Abs. 3	1057
	IV. Verfügungsbefugnis § 424 Abs. 4	1058
	V. Abdingbarkeit	1059
§ 425	Haftung für Güter und Verspätungsschäden, Schadensteilung.	1059
	I. Regelungszweck	1059
	II. Haftungsgrundsatz	1060
	III. Abwägungsbedingte Schadensteilung	1061
§ 426	Haftungsausschluß	1062
	I. Regelungszweck	1062
	II. Allgemeine Haftungsausschlussgründe	1063
§ 427	Besondere Haftungsausschließungsgründe	1068
	I. Regelungszweck	1070
	II. Besondere Haftungsausschlussgründe	1070
§ 428	Haftung für andere	1078
	I. Überblick	1078
	II. Haftung für andere Personen	1079

Inhaltsübersicht

§ 429	Wertersatz	1081
	I. Regelungszweck	1082
	II. Beschränkung auf (Güter)Wertersatz	1082
§ 430	Schadensfeststellungskosten	1086
	I. Regelungszweck	1086
	II. Schadensfeststellungskosten	1086
§ 431	Haftungshöchstbetrag	1087
	I. Regelungszweck	1088
	II. Haftungshöchstbeträge	1088
§ 432	Ersatz sonstiger Kosten	1091
	I. Regelungszweck	1091
	II. Sonstige Kosten	1092
§ 433	Haftungshöchstbetrag bei sonstigen Vermögensschäden	1095
	I. Regelungszweck	1095
	II. Haftungsbegrenzung	1095
§ 434	Außervertragliche Ansprüche	1098
	I. Regelungszweck	1098
	II. Außervertragliche Ansprüche	1099
§ 435	Wegfall der Haftungsbefreiungen und -begrenzungen	1100
	I. Regelungszweck	1100
	II. Keine Haftungsbefreiungen bzw. -begrenzungen	1101
§ 436	Haftung der Leute	1106
	I. Regelungszweck	1106
	II. Haftung der Leute des Frachtführers	1107
§ 437	Ausführender Frachtführer	1108
	I. Regelungszweck	1109
	II. Ausführender Frachtführer	1110
§ 438	Schadensanzeige	1114
	I. Regelungszweck	1115
	II. Anzeigepflichtigkeit von Empfänger oder Absender	1116
§ 439	Verjährung	1121
	I. Regelungszweck	1122
	II. Ansprüche aus einer Beförderung	1122
	III. Fristbeginn § 439 Abs. 2	1123
	IV. Personenschäden	1124
	V. Fristdauer	1124
	VI. Hemmung der Verjährung § 439 Abs. 3	1124
	VII. Wirkung der Verjährung	1125
	VIII. Abdingbarkeit § 439 Abs. 4	1125

§ 440	Gerichtsstand	1125
	1. Regelungszweck	1126
	2. Gerichtsstand des Übernahme- und Ablieferungsortes § 440 Abs. 1	1126
	3. Ausführender Frachtführer § 440 Abs. 2	1127
	4. Abdingbarkeit	1127
§ 441	Pfandrecht	1127
	I. Regelungszweck	1128
	II. Entstehungsvoraussetzungen des Pfandrechts	1128
	III. Umfang des Pfandrechts	1129
	IV. Bestand des Pfandrechts	1129
	V. Erlöschen des Pfandrechts	1130
	VI. Pfandverkauf § 441 Abs. 4	1130
	VII. Abdingbarkeit / Beweislast	1131
§ 442	Nachfolgende Frachtführer	1131
	1. Einführung	1131
	2. Allgemeines	1131
	3. Pflicht zur Einziehung der Forderungen § 442 Abs. 1 S. 1	1132
	4. Forderungs- und Pfandrechtsübergang § 442 Abs. 2	1132
	5. Entsprechende Anwendung bei Spediteuren § 442 Abs. 3	1133
	6. Abdingbarkeit	1133
§ 443	Rang mehrerer Pfandrechte	1133
	I. Regelungszweck	1134
	II. Vorrang des Pfandrechts gemäß Abs. 1	1134
	III. Vorrang des Pfandrechts gemäß Abs. 2	1135
§ 444	Ladeschein	1135
	I. Regelungszweck	1136
	II. Funktion und Rechtsnatur	1136
	III. Voraussetzungen	1136
	IV. Orderladeschein § 444 Abs. 2	1136
	V. Rechtsbeziehung Frachtführer – Empfänger § 444 Abs. 3	1137
	VI. Rechtsbeziehung Frachtführer – Absender § 444 Abs. 4	1138
	VII. Abdingbarkeit	1138
§ 445	Ablieferung gegen Rückgabe des Ladescheins	1138
	I. Regelungszweck	1138
	II. Zug-um-Zug-Verpflichtung des Frachtführers	1138
§ 446	Legitimation durch Ladeschein	1140
	1. Regelungszweck	1140
	2. Empfangslegitimation § 446 Abs. 1	1140
	3. Verfügungsrecht des Empfangslegitimierten § 446 Abs. 2 S. 1	1141
	4. Leistungsverweigerungsrecht § 446 Abs. 2 S. 2	1141
§ 447	Ablieferung und Weisungsbefolgung ohne Ladeschein	1141
	I. Regelungszweck	1142
	II. Haftungsgrund § 447 S. 1	1142

III. Begrenzung der Haftungshöhe § 447 S. 2	1143
IV. Abdingbarkeit	1143
§ 448 Traditionspapiere	1143
1. Regelungszweck	1143
2. Traditionspapier	1143
§ 449 Abweichende Vereinbarungen	1144
I. Überblick	1145
II. Unabdingbarkeit § 449 Abs. 1	1145
III. Grundsatz der AGB-Festigkeit § 449 Abs. 2	1149
IV. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit der Abbedingung	1149
V. Anwendung bei ausländischem Recht § 449 Abs. 3	1150
§ 450 Anwendung von Seefrachtrecht	1150
1. Regelungszweck	1150
2. Transport ohne Umladung	1150
3. Konnossement § 450 Nr. 1	1151
4. Längere Seestrecke § 450 Nr. 2	1151
5. Abdingbarkeit	1152
 Zweiter Unterabschnitt. Beförderung von Umzugsgut	
(Vorb. vor § 451, §§ 451–451h) (Joachim)	
Vorbemerkungen vor § 451	1153
I. Überblick	1153
II. Frachtführerplichten und -haftung	1154
§ 451 Umzugsvertrag	1156
I. Regelungszweck	1156
II. Besonderheiten des Umzugsvertrags	1156
§ 451a Pflichten des Frachtführers	1158
I. Regelungszweck	1158
II. Ausgedehnter Pflichtenkreis des Frachtführers	1159
§ 451b Frachtbrief, Gefährliches Gut, Begleitpapiere, Mitteilungs- und Auskunftspflichten	1161
I. Regelungszweck	1162
II. Frachtbrief und Informationspflichten	1162
§ 451c Haftung des Absenders in besonderen Fällen	1165
I. Regelungszweck	1165
II. Absenderhaftung	1165
§ 451d Besondere Haftungsausschlußgründe	1165
I. Regelungszweck	1166
II. Haftungsausschlußgründe	1167
§ 451e Haftungshöchstbetrag	1170
I. Regelungszweck	1171
II. Haftungshöchstbetrag	1171

§ 451f Schadensanzeige	1172
I. Regelungszweck	1172
II. Schadensanzeigeobliegenheit	1173
§ 451g Wegfall der Haftungsbefreiungen und -begrenzungen	1175
I. Regelungszweck	1176
II. Wegfall der Haftungsprivilegierungen	1176
§ 451h Abweichende Vereinbarungen	1179
I. Regelungszweck	1180
II. Anderweitige Abreden	1180

Dritter Unterabschnitt. Beförderung mit verschiedenartigen Beförderungsmitteln (§§ 452–452d, Anhang CMR) (Schlüter)

§ 452 Frachtvertrag über eine Beförderung mit verschiedenartigen Beförderungsmitteln	1182
I. Regelungszweck	1182
II. Multimodaler Transportvertrag	1183
III. International abweichende Regeln	1184
§ 452a Bekannter Schadensort	1184
1. Regelungszweck	1185
2. Schadensort	1185
3. Beweislast	1186
§ 452b Schadensanzeige. Verjährung.	1186
1. Regelungszweck	1187
2. Schadensanzeige	1187
3. Verjährung der Ersatzansprüche	1187
§ 452c Umzugsvertrag über eine Beförderung mit verschiedenartigen Beförderungsmitteln	1188
§ 452d Abweichende Vereinbarungen	1188
Anhang nach §§ 452–452d	1189
Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR)	1189
I. Gegenstand und Rechtsnatur der CMR	1190
II. Anwendungsbereich der CMR	1192
Text des Übereinkommens über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR)	1193

Fünfter Abschnitt. Speditionsgeschäft (Vorb. vor § 453, §§ 453–466, Anhang ADSp) (Joachim)

Vorbemerkungen vor § 453	1211
1. Einbuße der „Leitfunktion“ durch das TRG	1211
2. Konkretisierung der Rechte und Pflichten der Speditionsvertragspartner	1212

3. Spediteur als „fremdnütziger Geschäftsbesorger“	1212
4. Verschärfte Haftung des Spediteurs	1213
5. Ausrichtung des Speditionsrechts am „Idealtypus“ des Speditionsvertrags	1213
6. Wachsende Bedeutung des Speditions geschäfts	1213
7. Gestaltungsspielraum durch AGB, insbesondere ADSp	1214
§ 453 Speditionsvertrag	1214
I. Regelungszweck	1214
II. Besonderheiten des Speditionsvertrags	1215
§ 454 Besorgung der Versendung	1216
I. Regelungszweck	1217
II. Spediteurpflichten § 454 Abs. 1 und 2	1217
III. Handeln im eigenen oder fremden Namen § 454 Abs. 3	1227
IV. Interessenwahrnehmung/Befolgung von Weisungen § 454 Abs. 4	1227
§ 455 Behandlung des Gutes. Begleitpapiere. Mitteilungs- und Auskunfts- pflichten	1227
I. Regelungszweck	1228
II. Nebenpflichten und Haftung des Versenders	1228
§ 456 Fälligkeit der Vergütung	1230
I. Regelungszweck	1230
II. Fälligkeit der Vergütung	1230
§ 457 Forderungen des Versenders	1232
I. Regelungszweck	1232
II. Forderungen des Versenders	1233
§ 458 Selbsteintritt	1234
I. Regelungszweck	1234
II. Berechtigung zum Selbsteintritt	1234
§ 459 Spedition zu festen Kosten	1237
I. Regelungszweck	1237
II. Bestimmtes Entgelt	1237
§ 460 Sammelladung	1240
I. Regelungszweck	1241
II. Sammelladung	1241
§ 461 Haftung des Spediteurs	1244
I. Regelungszweck	1245
II. Spediteurhaftung	1245
§ 462 Haftung für andere	1249
I. Regelungszweck	1250
II. Haftung für andere Personen	1250

§ 463	Verjährung	1251
	I. Regelungszweck	1251
	II. Art und Umfang der Verjährung	1252
§ 464	Pfandrecht	1256
	I. Regelungszweck	1256
	II. Art und Umfang des Pfandrechts	1256
§ 465	Nachfolgender Spediteur	1258
	I. Regelungszweck	1259
	II. Nachfolgender Spediteur	1259
§ 466	Abweichende Vereinbarungen	1260
	I. Regelungszweck und Definition	1260
	II. Abweichende Abreden	1261
	Anhang nach § 466	1264
	Übersicht über die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen 2003 = ADSp '03	1264
	1. Entstehung	1264
	2. Wichtigste Unterschiede ADSp '93/ '98/ '03	1265
	3. Rechtsnatur der ADSp	1266
	4. Anwendungsbereich	1266
	5. Einbeziehungsvoraussetzungen	1267
	Anhang ADSp '03 – Text	1270

Sechster Abschnitt. Lagergeschäft (§§ 467–475h) (Herrmann)

§ 467	Lagervertrag	1281
	I. Zur Neuregelung und praktischen Bedeutung	1282
	II. Gewerblicher Lagervertrag	1282
	III. Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht	1285
	IV. Sonderregelungen außerhalb des HGB	1288
§ 468	Behandlung des Gutes. Begleitpapiere. Mitteilungs- und Auskunftspflichten	1289
	I. Nebenpflichten des Einlagerers	1290
	II. Besonderheiten des Verbraucherschutzes	1290
	III. Haftung des Einlagerers/Verbrauchers	1291
§ 469	Sammellagerung	1291
	I. Schuldrechtliche Rechtslage	1291
	II. Dingliche Rechtslage	1291
§ 470	Empfang des Gutes	1292
§ 471	Erhaltung des Gutes	1293
§ 472	Versicherung. Einlagerung bei einem Dritten.	1295

Inhaltsübersicht

§ 473	Dauer der Lagerung	1296
§ 474	Aufwendungsersatz	1297
§ 475	Haftung für Verlust oder Beschädigung	1298
§ 475a	Verjährung	1302
§ 475b	Pfandrecht	1303
§ 475c	Lagerschein	1304
§ 475d	Wirkung des Lagerscheins	1305
§ 475e	Auslieferung gegen Rückgabe des Lagerscheins	1305
§ 475f	Legitimation durch Lagerschein	1305
§ 475g	Traditionsfunktion des Orderlagerscheins	1306
§ 475h	Abweichende Vereinbarungen	1308

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

Abkürzungen sind nur enthalten, soweit sie ungebrauchlich oder im Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache von Hildebert Kirchner und Cornelia Butz, 5. Aufl., Berlin 2003, nicht enthalten sind.

AAA	American Arbitration Association
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Jahr, Seite)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADS	Adler, Düring, Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Handkommentar, 6. Aufl. Forster, Goerdeler, Lanfermann, H.P. Müller, W. Müller, Siepe, Stolberg, Weirich, Stuttgart, 1995 ff, Teilbände 1–6
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) v. 27.12.1993, BGBl. I 2378/96, BGBl. III FNA 930-9
AfA	Absetzung für Abnutzung, Abschreibung
a.F.	alte Fassung
AFB	Association Francaise des Banques
AG	Amtsgericht; Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, mit Sonderteil AG-Report (Jahr und Seite, R mit Seite: AG-Report)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-AKV	Geschäftsbedingungen der Deutscher Auslandskassenverein AG, heute: Deutsche Börse Clearing AG
AGB-Anderkonten	Bedingungen für Anderkonten und Anderdepots (von Rechtsanwälten und Gesellschaften von Rechtsanwälten, Notaren, Patentanwälten und Gesellschaften von Patentanwälten, Angehörigen der öffentlich bestellten wirtschaftsprüfenden und wirtschafts- und steuerberatenden Berufe)
AGB-Bk	AGB der (privaten) Banken
AGB/BSK	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Bundesfachgruppe Schwertransporte und Kranarbeiten
AGB-DBBk	AGB der Deutschen Bundesbank
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; aufgehoben durch SMG
AGB-KV	Geschäftsbedingungen der Deutschen Kassenvereine (Wertpapiersammelbanken)

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

AGB-Spark.	AGB der Sparkassen und Girozentralen
AGNB	Allgemeine Beförderungsbedingungen für den gewerblichen Güternahverkehr mit Kfz
AHB	Allgemeine Haftpflichtversicherungs-Bedingungen
AIBD	Association of International Bond Dealers
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung
AktG	Aktiengesetz v. 6.9.1965, BGBl. I 1089, BGBl. III FNA 4121-1
ALB	Allgemeine Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports
ALB DB Cargo	Allgemeine Leistungsbedingungen der Deutschen Bahn AG
Allg. Bed. B	Allgemeine Bedingungen Ausfuhrbürgschaften
Allg. Bed. FG/FB	s. FG, FB
Allg. Bed. G	Allgemeine Bedingungen Ausfuhrgarantien
ÄndG	Gesetz zur Änderung (von)
Anm.	Anmerkung
AnwKom-BGB/ (Bearbeiter)	Anwaltkommentar BGB, hrsg. von Dauner-Lieb, Heidel, Ring, Bonn 2003-05
AO	Abgabenordnung i.d.F. v. 1.10.2002, BGBl. I 3866, BGBl. III FNA 610-1-3
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (bis 1954 Zeitschrift: Arbeitsrechtliche Praxis) (Gesetzesstelle, Entscheidungsnummer; Nr ohne Gesetzesstelle bezieht sich auf den kommentierten Paragraphen)
ARB	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Rechtsschutzversicherung
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz i.d.F. v. 2.7.1979, BGBl. I 853, ber. 1053, BGBl. III FNA 320-1
ArbInt	Arbitration International (Band, Jahr, Seite)
arg.	argumentum
AUG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) i.d.F. v. 3.2.1995, BGBl. I 158, BGBl. III FNA 810-31
AuslInvestmG	Auslandsinvestment-Gesetz i.d.F. v. 9.9.1998, BGBl. I 2820, BGBl. III FNA 7612-1
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Berater (jetzt RIW; Jahr und Seite)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz v. 28.4.1961, BGBl. I 481, BGBl. III FNA 7400-1
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, durch FinDAG ab 1.5.2002, vorher BAWe
BAKred	Bundesanstalt für das Kreditwesen, seit 2002 BaFin
<i>Bamberger/Roth/</i> (Bearbeiter)	Bamberger, Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2003

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

Bank	Die Bank, Zeitschrift für Bankpolitik und Bankpraxis (bis 1976: Bank-Betrieb)
BankA	Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (Jahr, Seite)
BankR-HdB/(Bearbeiter)	Schimansky, Bunte, Lwowski, Hrsg., Bankrechts-Handbuch, 3 Bde, München, 2. Aufl. 2001
Bankrechtstag (Jahr)	Bankrechtliche Vereinigung, Schriftenreihe, Bankrechtstage 1990 f, Frankfurt 1991 f, Bankrechtstage 1992 ff (jährlich) Bd 3 ff, Berlin 1993 ff (Jahr, Seite)
BAnz.	Bundesanzeiger
BAT	Bundes-Angestellten-Tarifvertrag
<i>Baumbach/Hefermehl</i> WettbewerbsR	Baumbach, Hefermehl, Wettbewerbsrecht, München, 23. Aufl. 2004
<i>Baumbach/Hefermehl</i>	Wechselgesetz und Scheckgesetz, München, 22. Aufl. 2001
<i>Baumbach/Hopt</i>	Baumbach, Hopt, Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), München, 31. Aufl. 2003, bearbeitet von Hopt und Merkt
<i>Baumbach/Hueck</i>	Baumbach, Hueck, GmbH-Gesetz, G.Hueck, Schulze-Osterloh, Zöllner, München, 17. Aufl. 2000
<i>Baumbach/Lauterbach</i>	Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, Zivilprozeßordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, München, 63. Aufl. 2005
BausparkV	Verordnung zum Schutz der Gläubiger von Bausparkassen (Bausparkassen-Verordnung – BausparkV) v. 19.12.1990, BGBl. I 2947, BGBl. III FNA 7691-2-1-2
BauspG	Gesetz über Bausparkassen i.d.F. v. 15.2.1991, BGBl. I 454, BGBl. III FNA 7691-2
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (vor 1973: Versicherungs- und Bausparwesen), durch FinDAG seit 1.5.2002 BaFin
BAWe	Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel, durch FinDAG seit 1.5.2002 BaFin
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
BayRBl.	Bayerisches Raiffeisenblatt
BB	Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
BBA	British Bankers Association
BBankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank i.d.F. v. 22.10.1992, BGBl. I 1782, BGBl. III FNA 7620-1
Bd., Bde.	Band, Bände
BdB	Bundesverband deutscher Banken e.V.
BDSG	Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz) v. 20.12.1990, BGBl. I 2954, BGBl. III FNA 204-3 betreffend
betr.	
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz i.d.F. v. 25.9.2001, BGBl. I 2518, BGBl. III FNA 801-7

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

BezG	Bezirksgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (Band, Seite)
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896, RGBl. 195, i.d.F. v. 2.1.2002, BGBl. I 42, BGBl. III FNA 400-2
BGB-InfoV	Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht i.d.F. v. 5.8.2002, BGBl. I 3002, BGBl. III FNA 400-1-4
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGBl. I, II	Bundesgesetzblatt, Teil I bzw. Teil II (Jahr, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Band und Seite), ab 1957
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite), ab 1951
BHO	Bundeshaushaltsordnung v. 16.8.1969, BGBl. I 1284
BinSchG	Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt (Binnenschiffahrtsgesetz) i.d.F. v. 15.6.1898, RGBl. 868, BGBl. III FNA 4103-1
BiRiLiG	Bilanzrichtliniengesetz
BJIBFL	Butterworths Journal of International Banking and Financial Law
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (Jahr, Seite)
BMAusw	Bundesminister(ium) für auswärtige Angelegenheiten
BMF	Bundesminister(ium) der Finanzen
BMJ	Bundesminister(ium) der Justiz
BMWA	Bundesminister(ium) für Wirtschaft und Arbeit
BMWi	Bundesminister(ium) für Wirtschaft
BMZ	Bundesminister(ium) für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
BOBrLG	Betriebsordnung der Bremer-Lagerhaus-Gesellschaft
BörsG	Börsengesetz (BörsG) v. 21.6.2002, BGBl. I 1998, BGBl. III FNA 4110-8
BörsO	Börsenordnung
BörsZulG	Gesetz zur Einführung eines neuen Marktabschnitts an den Wertpapierbörsen und zur Durchführung der Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften v. 5.3.1979, v. 17.3.1980 und v. 15.2.1982 zur Koordinierung börsenrechtlicher Vorschriften (Börsenzulassungs-Gesetz) v. 16.12.1986, BGBl. I 2478
BörsZulV	Verordnung über die Zulassung von Wertpapieren zum amtlichen Markt an einer Wertpapierbörse (Börsenzulassungs-Verordnung) i.d.F. v. 16.12.1986, BGBl. I 2832, BGBl. III FNA 4110-1-1
BR	Bundesrat
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

BuB/Bearbeiter	Bankrecht und Bankpraxis(früher: Bankgeschäftliches Formularbuch), Hellner/Steuer, Hrsg, Köln 1979 ff (Loseblatt)
BuW	Betrieb und Wirtschaft (Jahr, Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVI	Bundesverband deutscher Investmentgesellschaften
BYIL	British Yearbook of International Law
c.a.d.	cash against documents
<i>Canaris</i> ²	Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Bearbeitung, Berlin 1981, Sonderausgabe aus Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 3. Aufl.; s. auch Großkomm/Bearbeiter
<i>Canaris</i> ³	Canaris, Bankvertragsrecht, 1. Teil, 3. Bearbeitung, Berlin 1988; s. auch Großkomm/Bearbeiter
<i>Canaris</i> HandelsR	Canaris, Handelsrecht (ohne Gesellschafts- und Seehandelsrecht), München, 23. Aufl. 2000 (zit Canaris § mit Rn)
<i>Canaris</i> Vertrauenshaftung	Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
CCH	Commerce Clearing House
CESR	Committee of European Securities Regulators
CFR, C&F	cost and freight / Kosten und Fracht
CIA	Certified International Auditor
c.i.c.	culpa in contrahendo
CIF	cost, insurance, freight / Kosten, Versicherung, Fracht
CIM	Convention internationale concernant le transport des marchandises par chemins de fer, Internationales Übereinkommen v. 7.2.1970 über den Eisenbahnfrachtverkehr (BGBl. 1974 II 381)
CIP	carriage and insurance paid to / frachtfrei versichert
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods v. 11.4.1980, BGBl. II 1989, 588, ber. 1990 II 1699
CLNI	Straßburger Übereinkommen v. 4.11.1988 über die Beschränkung der Haftung in der Binnenschifffahrt, BGBl. 1998 II 1643
CMLRev	Common Market Law Review (Band, Jahr, Seite)
CMNI	Budapester Übereinkommen v. 22.6.2001 über den Vertrag über die Güterbeförderung in der Binnenschifffahrt
CMR	Convention relative au Contrat de transport international de marchandises par route, Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr v. 19. 5. 1956, RGBl. 1961 II 1120
COD	cash on delivery
COM	computer output on microfilm
COTIF	Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr v. 9.5.1980, BGBl. 1985 II 130, 666

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

cpd	Konto pro Diverse
CPT	carriage paid to / frachtfrei
CR	Computer und Recht (Jahr, Seite)
D/A	documents against acceptance
DA	Dokumenten-Akkreditiv
DAF	delivered at frontier / geliefert Grenze
DATEV	Datenverarbeitungsorganisation des steuerberatenden Berufes in der Bundesrepublik Deutschland
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DBBk	Deutsche Bundesbank; Monatsberichte der Deutschen Bundesbank (Monat, Jahr und Seite)
DDP	delivered duty paid / geliefert verzollt
DDU	delivered duty unpaid / geliefert unverzollt
Denkschrift	Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches, in: Hahn/Mudgan, Materialien zum HGB (1897)
DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz) v. 4.2.1937 (RGBl. I 171) i.d.F. v. 11.1.1995, BGBl. I 34, BGBl. III FNA 4130-1
DEQ	delivered ex quai / geliefert ab Kai
Derleder-HdB/(Bearbeiter)	Derleder, Knops, Bamberger (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004
DES	delivered ex ship / geliefert ab Schiff
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
DIN	Deutsches Institut für Normung
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V., vor 1992 Deutsches Institut für Schiedsgerichtswesen
DMBilGÄndG	Gesetz zur Änderung des D-Mark-Bilanzgesetzes und anderer handelsrechtlicher Bestimmungen v. 25.7.1994, BGBl. I 1682
DJT	Deutscher Juristentag
DNNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
D/P	documents against payment
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr, Seite)
DTB	Deutsche Terminbörse
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Jahr, Seite)
DVO	Durchführungsverordnung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (1990–1998 Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht DZWir) (Jahr, Seite)
E.v.	Eingang vorbehalten
EAG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz v. 16.7.1998, BGBl. I 1842, BGBl. III FNA 7610-13
<i>Ebenroth/Boujong/Joost/</i> (Bearbeiter)	<i>Ebenroth, Boujong, Joost (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, München 2001 (mit ErgBd. 2003)</i>
ECE	UN-Economic Commission for Europe
ECU	European Currency Unit
ed.	editor (Herausgeber)
EFTA	European Free Trade Association

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

EG	Einführungsgesetz, auch Europäische Gemeinschaft(en), (i.V.m. Artikeln) auch Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der nach dem 1.5.1999 geltenden Fassung (vorher EGV, Zitierweise des EuGH NJW 2000, 52)
eG	eingetragene Genossenschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch v. 18.8.1896, RGBl. 604, BGBl. III FNA 400-1
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche v. 10.5.1897, RGBl. 437, BGBl. III FNA 4101-1
EGInsO	Einführungsgesetz Insolvenzordnung v. 5.10.1994, BGBl. I 2911
Ehrenbergs Hdb.	Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts, hrsg. von Ehrenberg, Leipzig 1913 ff
EJT	Europäischer Juristentag
el.ERA	Anhang zu den ERA 500 für die Vorlage elektronischer Dokumente(el.ERA), Version 1.0
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz v. 24.4.1998, BGBl. I 730
ER CIM	Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern (CIM), BGBl. 1985 II 130.
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ICC)
ERAG	Richtlinien für auf erstes Anfordern zahlbare Garantien
ErgBd.	Ergänzungsband
ErbStG	Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz i.d.F. der Bek. v. 27.2.1997, BGBl. I 378, BGBl. III FNA 611-8-2-2
ErgG	Ergänzungsgesetz
Erl.	Erlaß; Erläuterungen
<i>Erman</i> /(Bearbeiter)	Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. v. Westermann, 11. Aufl., Köln 2004
ERVG	Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien
EStG	Einkommensteuergesetz i.d.F. v. 19.10.2002, BGBl. I 4210, BGBl. III FNA 611-1
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
ETA	expected time of arrival
ETB	expected time of berthing
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, auch Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (Jahr, früher Band, und Seite)
EuGVO	(Europäische) Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 22.10.2000, ABl. EG 2001 Nr. L 12/1, zuvor EuGVÜ
EuGVÜ	(Europäisches) Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.9.1968, BGBl.

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

	1972 II 773, 845, 1983 II 803, 1986 II 1020, nunmehr EuGVO
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EVO	Eisenbahn-Verkehrsordnung v. 8.9.1938, RGBl. II 663, BGBl. III 9 Nr. 934-1
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (jetzt EG)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessengemeinschaft
EWIVG	Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung v. 14.4.1988, BGBl. I 514, BGBl. III FNA 4101-8
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (Jahr, Seite)
EXQ	ex quai / ab Kai
EXW	ex works / ab Werk
EZB	Europäische Zentralbank
EZÜ	Elektronischer Zahlungsverkehr für Individualüberweisungen
FactÜ	Übereinkommen über Internationales Factoring
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Jahr, Seite)
FAS	free alongside ship / frei Längsseite Schiff
FASB	Financial Accounting Standards Board of the Financial Accounting Foundation (USA)
FB	Allgemeine Bedingungen für Fabrikationsbürgschaften
FBL	negotiable FIATA combined transport bill of lading, übertragbares Durchkonossement für den kombinierten Transport
FCA	free carrier / frei Frachtführer
FCL	full container load
FCR	forwarding agent's (forwarder's) certificate of receipt, Spediteur-Übernahmebescheinigung
FCT	forwarding agent's certificate of transport
FernAbsG	Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro v. 27.6.2000, BGBl. I 897, ber. 1139, BGBl. III FNA 402-36/1, aufgehoben durch SMG
FESCO	Federation of European Securities Regulators
FG	Allgemeine Bedingungen für Fabrikationsrisikogarantien
FG	Festgabe
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten über die Freiwillige Gerichtsbarkeit v. 17.5.1898, RGBl. 189, i.d.F. v. 20.5.1898, RGBl. 771, BGBl. III FNA 315-1
FIATA	Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés (International Federation of Freight Forwarders Associations, internationaler Spediteurverband)
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (Internationale Vereinigung Beratender Ingenieure)

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

FinDAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz) v. 22.4.2002, BGBI. I 1310, BGBI. III FNA 7610-15
FLF	Finanzierung Leasing Factoring (Jahr, Seite)
FNA	Fundstellennachweis A (Bundesrecht), s. BGBI. III
FOB	free on board / frei an Bord
FOR	free on rail
FOT	free on truck
FRA	forward rate agreement
FRC	free carrier / frei Frachtführer
FS	Festschrift
GA-Vereinbarung	Vereinbarung über das deutsche ec-Geldautomaten-System
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)
GBI.	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GeldwäscheG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz) v. 25.10.1993, BGBI. I 1770, BGBI. III FNA 7613-1
GenG	Gesetz betr die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1.5.1889, RGBI. 55, i.d.F. v. 19.8.1994, BGBI. I 220 2, BGBI. III FNA 4125-1
GenReg	Genossenschaftsregister
<i>Geßler</i>	s. Schlegelberger
<i>Geßler/Hefermehl/</i> (Bearbeiter)	Geßler, Hefermehl, Eckardt, Kropff, Aktiengesetz, Kommentar, 6 Bde, München 1973 ff; 2. Aufl. s. Münch-KommzAktG
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949, BGBI. I 1, BGBI. III FNA 100-1
GKzHGB/(Bearbeiter)	Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Ensthaler, Neuwied, 6. Aufl. 1999
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.4.1892, RGBI. 477, i.d.F. v. 20.5.1898, RGBI. 846, BGBI. III FNA 4123-1
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr, Seite)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
Großkomm ³ /(Bearbeiter)	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begr. von Staub, 3. Aufl. von Brüggemann, Canaris, Fischer, Helm, Koller, Ratz, Schilling, Ulmer, Würdinger/Röhrich, Berlin 1967 ff
Großkomm/(Bearbeiter)	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begr. von Staub, 4. Aufl., Hrsg. Canaris, Schilling, Ulmer, Berlin 1983 ff
Gruch(ot)	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Jahr, Seite)
GrZS	Großer Senat in Zivilsachen
GS	Gedächtnisschrift
GüKUMB	Beförderungsbedingungen für den Umzugsverkehr und für die Beförderung von Handelsmöbeln in besonders für die Möbelbeförderung eingerichteten Fahrzeugen im Güterfernverkehr und Güternahverkehr v. 3.8.1983 (BAnz Nr. 151 v. 16.8.1983); außer Kraft getreten durch TRG (s. dort)
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. v. 26.8.1998, BGBI. I 2546, BGBI. III FNA 703-5
GZS	Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen (Band, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897, RGrBl. 219, BGBI. III FNA 4100-1
HKzHGB/(Bearbeiter)	Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl. 2002
HRefG	Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz) v. 22.6.1998, BGBI. I 1474, BGBI. III FNA 400-2/4
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nr.)
HSG	Handelsrechtliche Schiedsgerichtspraxis
<i>Hueck/Canaris</i>	Hueck, Canaris, Recht der Wertpapiere, München, 12. Aufl. 1986
HypBG	Hypothekendarlehenbankgesetz i.d.F. v. 9.9.1998, BGBI. I 2674, BGBI. III FNA 7628-1
IASB	International Accounting Standards Board
IAS	International Auditing Standard(s), ab 1.4.2001 IFRS
IATA	International Air Transport Association
ICC, IntHK	International Chamber of Commerce, Internationale Handelskammer Paris
IDR	Informational Journal of Dispute Resolution, BB-Beilage (Jahr, Seite)
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
i.e.	im einzelnen
i.E.	im Ergebnis
i.F.	im folgenden
IFRS	International Financial Reporting Standard
IHK	Industrie- und Handelskammer
IHR	Internationales Handelsrecht (Jahr, Seite)
i.L.	in Liquidation

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

IMA	Interministerieller Ausschuß
IMF	International Monetary Fund (s. IWF)
Inc.	Incorporated
Incoterms	International Commercial Terms
InsO	Insolvenzordnung (InsO) v. 5.10.1994, BGBl. I 2866, BGBl. III FNA 311-13
IntHK (ICC)	Internationale Handelskammer Paris
InvG	Investmentgesetz v. 15.12.2003, BGBl. I 2676, BGBl. III FNA 7612-2
IOSCO	International Association of Securities Commissions
IPR	internationales Privatrecht
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (Jahr, Seite)
i.S.(v., d.)	im Sinne (von, des/der)
ISO	International Organization for Standardization
ISP	International Standby Practices
i.V.m.	in Verbindung mit
IWB	Internationale Wirtschafts-Briefe (Loseblatt)
IWF	Internationaler Währungsfond
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr, Seite)
<i>Jauernig</i> /(Bearbeiter)	Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Berger, Jauernig u.a., München, 11. Aufl. 2004
JBusL	Journal of Business Law
Jh.	Jahrhundert
Jura	Jura, Juristische Ausbildung (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (früher Deutsche Rechts-Zeitschrift und Süddeutsche Juristen-Zeitung) (Jahr, Seite)
<i>K. Schmidt</i> HandelsR	K. Schmidt, Handelsrecht, Köln, 5. Aufl. 1999
<i>K. Schmidt</i> GesR	K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, Köln, 4. Aufl. 2002
KAG	Kapitalanlagegesellschaft
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) i.d.F. v. 9.9.1998, BGBl. 2726, BGBl. III FNA 4120-4
KapAEG	Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschaftsdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz – KapAEG) v. 20.4.1998, BGBl. I 707, BGBl. III FNA 4100-1/1
KapErhG	Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 23.12.1959, BGBl. I 789, BGBl. III 4120-2, außer Kraft m.W.v. 1.1.1995 durch G v. 28.10.1994, BGBl. I 3210
Karten	Karten/cards, Zeitschrift für Zahlungsverkehr und Kartendienstleistungen (Heft, Jahr, Seite)
KfH	Kammer für Handelssachen
Kfm.	Kaufmann
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

KG	Kommanditgesellschaft; Kammergericht (Berlin)
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Abteilung A) (Band und Seite)
KMU	kleinere und mittlere Unternehmen
KO	Konkursordnung i.d.F. v. 20.5.1898, RGBl. 612, BGBl. III FNA 311-4
<i>Koller</i>	Koller, Transportrecht, 5. Aufl. 2004
<i>Koller/Roth/Morck</i>	Koller, Roth, Morck, Handelsgesetzbuch, München, 5. Aufl. 2005
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27.4.1998, BGBl. I 786, BGBl. III FNA 4121-1/2
Konzernkrit.	Der Konzern in Recht und Wirtschaft (Jahr, Seite) kritisch
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (früher: Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen) (Jahr, Seite)
KVO	Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen i.d.F. v. 23.12.1958, BAnz. Nr. 249 31.12.1958, außer Kraft getreten durch TRG (s. dort)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen i.d.F. v. 9.9.1998, BGBl. I 2776, BGBl. III FNA 7610-1
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, begründet von Lindenmaier und Möhring, neu hrsg von Nirk u.a. (Gesetzesstelle, Entscheidungsnummer; Nr. ohne Gesetzesstelle bezieht sich auf den kommentierten Paragraphen)
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (Jahr, Seite)
LSA	Abkommen über den Lastschriftverkehr
LuftVG	Luftverkehrsgesetz i.d.F. v. 27.3.1999, BGBl. I 550, BGBl. III FNA 96-1
LugÜ	Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 16.9.1988, BGBl. II 2658
<i>Lutter/Hommelhoff</i>	Lutter, GmbH-Gesetz, Köln, 15. Aufl. 2000
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MA	Montrealer Abkommen; s. auch MÜ
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung i.d.F. v. 7.11.1990, BGBl. I 2479, BGBl. III FNA 7104-6
mbH	mit beschränkter Haftung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
Mio.	Million(en)
Mrd.	Milliarde(n)
MÜ	Montrealer Übereinkommen 1999 zur Luftbeförderung; s. auch MA
MünchKommzAktG/	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

(Bearbeiter)	Kropff, Semler, München, 2. Aufl. 2000 ff; 1. Aufl. s. Geßler/Hefermehl
MünchKommzBGB/ (Bearbeiter) ⁴	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Rebmann, Rixecker, Säcker, München, 4. Aufl. 2000 ff
MünchKommzHGB/ (Bearbeiter)	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von K. Schmidt, München 1996 ff
n.F.	neue Fassung
Nachw.	Nachweise
NJ	Neue Justiz (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Jahr, Seite)
no.	number
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Jahr, Seite)
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe für Steuer- und Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
NZG	Neue Zeitschrift für das Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (Jahr, Seite)
o.V.	ohne Verfasser
ÖBA	(österreichisches) Bank-Archiv (Jahr, Seite)
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development, Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OHG	offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Jahr, Seite)
OLG	Oberlandesgericht (mit Ortsnamen)
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder (Jahr, Seite)
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Band und Seite), ab 1900
OLGR/OLG Rspr.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OLGVertrÄndG	Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten (OLG-Vertretungsänderungsgesetz) v. 23.7.2002, BGBl. I 2850
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Band, Jahr und Seite)
OLSchVO	Verordnung über Orderlagerscheine v. 16.12.1931, RGBl. I 763; aufgehoben durch TRG (s. dort)
OTC	over the counter
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWi	Ordnungswidrigkeit
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten i.d.F. v. 19.2.1987, BGBl. I 602, BGBl. III FNA 454-1
p.a.	pro Jahr
Palandt/(Bearbeiter)	Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, München, 64. Aufl. 2005

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

PangV	Preisangabenverordnung v. 18.10.2002, BGBl. I 4197, BGBl. III FNA 720-17-1
PaPkG	Preisangaben- und Preisklauselgesetz v. 9.6.1998, BGBl. I 1242, BGBl. III FNA 720-17
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz) v. 25.7.1994, BGBl. I 1744, BGBl. III FNA 4127-1
PfandbrG	Gesetz über die Pfandbriefe und verwandten Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten i.d.F. v. 9.9.1998, BGBl. I 2772, BGBl. III FNA 4135-1
phG	persönlich haftender Gesellschafter
PIN	persönliche Geheimzahl, personal identification number
POD	pay on delivery
POS	point of sale
Post AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen Post
POZ	point of sale ohne Zahlungsgarantie
PrKV	Preisklauselverordnung v. 23.9.1998, BGBl. I 3043, BGBl. III FNA 720-17-2
pub.	publication
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz – PublG) v. 15.8.1969, BGBl. I 1189, ber 1970 I 1113, BGBl. III FNA 4120-7
RabattG	Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz), v. 25.11.1933, RGBl. I 1011, BGBl. III FNA 435-1, aufgehoben
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Band, Jahr, Seite)
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Jahr, Seite)
Rdn.	Randnummer
RdW	Recht der Wirtschaft, Wien (Jahr, Seite)
RechtsVO	Rechtsverordnung
RegE	Regierungsentwurf
<i>Reithmann/Martiny</i>	Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Köln, 6. Aufl. 2004
Rev. Belge Dr. Int.	Revue Belge du Droit International
Rez.	Rezension
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt, ohne Ziffer = Teil I; mit II = Teil II (Jahr, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RL	Richtlinie
RIW	Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs (Jahr, Seite)
<i>Röhricht/v. Westphalen/</i> (Bearbeiter)	Röhricht, Graf von Westphalen, Hrsg, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Köln, 2. Aufl. 2001, Nachtrag Januar 2003 zit (2003)
ROHG	Reichs-Oberhandelsgericht
XL	

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

ROHGE	Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (Band und Seite)
<i>Roth/Altmeyen</i>	Roth, Altmeyen, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, Kommentar, München, 3. Aufl. 1997
RPS	Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit (BB Beil. Nr., Jahr, Seite)
rvgl.	rechtsvergleichend
ScheckG	Scheckgesetz v. 14.8.1933, RGBl. I 597, BGBl. III FNA 4132-1
SchG	s. ScheckG
SchiedsG	Schiedsgericht
SchiedsVfG	Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts v. 22.12.1997, BGBl. I 3224, BGBl. III FNA 310-4/3
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (Jahr, Seite)
<i>Schlegelberger</i> /(Bearbeiter)	Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Kommentar von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, 5.Aufl. München 1973 ff
Schönle	Schönle, Bank- und Börsenrecht, München, 2. Aufl. 1976
Schufa	Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung
SDR	Special Drawing Right (Sonderziehungsrecht)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nr.)
SGG	Sozialgerichtsgesetz i.d.F. v. 23.9.1975, BGBl. I 2535
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (Jahr, Seite; seit 1951 JZ)
Slg. (EuGH)	Sammlung (der Rechtsprechung des EuGH)
SMG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I 3138, BGBl. III FNA 400-2/10
Staub	s. Großkomm/(Bearbeiter)
<i>Staudinger</i> /(Bearbeiter)	Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin, 12. Aufl. 1978 ff, 13. Aufl. 1993 ff
stG	stille Gesellschaft
StGB	Strafgesetzbuch i.d.F. v. 13.11.1998, BGBl. I 3322, BGBl. III FNA 450-2
StPO	Strafprozeßordnung i.d.F. v. 7.4.1987, BGBl. I 1074
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Transaction Telecommunication
SZR	Sonderziehungsrecht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
TAN	Transaktionsnummer
TranspR	Transportrecht (Jahr, Seite)
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts zu Transparenz und Publizität v. 19.7.2002, BGBl. I 2681
TRG	Gesetz zur Neuregelung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts v. 25.6.1998, BGBl. I 1588, BGBl. III FNA 4100-1/2

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

UCC	Uniform Commercial Code
UkLaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei verbraucherrechts- und anderen Verstößen i.d.F. v. 27.8.2002, BGBl. I 3422, BGBl. III FNA 402-37
<i>Ulmer/Brandner/Hensen</i>	Ulmer, Brandner, Hensen, Schmidt, AGB-Gesetz, Köln, 9. Aufl. 2001
UmwG	Umwandlungsgesetz i.d.F. v. 28.10.1994, BGBl. I 3210, ber. 1995 I 428, BGBl. III FNA 4120-9/2
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht)
UNIDO	United Nations Industrial Development Organization
UNIDROIT	International Institute for the Unification of the Private Law (Rom)
UN-Kaufrecht	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf v. 11.4.1980, BGBl. 1989 II 588, ber 1990 II 1699, s auch CISG
UStG	Umsatzsteuergesetz i.d.F. v. 9.6.1999, BGBl. I 1270, BGBl. III FNA 611-10-14
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 3.7.2004, BGBl. I 1414, BGBl. III FNA 43-7
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen i.d.F. v. 17.12.1992, BGBl. 1993 I 2, BGBl. III FNA 7631-1
VBGL	Vertragsbedingungen für den Güterkraftverkehrs-, Speditions- und Logistikunternehmer des Bundesverbandes Güterkraftverkehr, Logistik und Entsorgung
VDMA	Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V.
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz v. 17.12.1990, BGBl. I 2840, BGBl. III FNA 402-6, aufgehoben
VerkProspG	Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz i.d.F. v. 9.9.1998, BGBl. I 2701, BGBl. III FNA 4110-3
VersR	Versicherungsrecht (Jahr, Seite)
VG	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung(en)
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, vormals Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen, ausgenommen Bauleistungen
Vorbem.	Vorbemerkung
VvaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30.5.1908, RGLbl. 263, BGBl. III FNA 7632-1
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung i.d.F. v. 19.3.1991, BGBl. I 686, BGBl. III FNA 340-1
WA	Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Warschauer Abkommen v. 12.10.1929, RGLbl. 1933 II 1039, in der Fassung von Den Haag 1955)

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

WährG	Währungsgesetz v. 20.6.1948, WiGBI. Beil. 5 S. 1
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg von Warneyer (Jahr und Nr, bis 1942/43); Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Jahr und Nr., ab 1959/60)
WEG	Wohnungseigentumsgesetz v. 15.3.1951, BGBI. I 175
WG	Wechselgesetz v. 21.6.1933, RGBl. I 399, BGBI. III FNA 4133-1
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung, Zeitschrift für Wirtschaftsanwälte und Unternehmensjuristen (Jahr, Seite)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Jahr, Seite)
WKM	Wechselkursmechanismus
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen, Teil IV (Jahr, Seite)
WO	Wechselordnung (aufgehoben)
<i>Wolf/Horn/Lindacher</i>	Wolf, Horn, Lindacher, AGB-Gesetz, München, 4. Aufl. 1999
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Jahr, Seite)
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel i.d.F. v. 9.9.1998, BGBI. I 2708, BGBI. III FNA 4110-4
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz v. 20.12.2001, BGBI. I 3822, BGBI. III FNA 4110-7
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)
ZAG	Zusatzabkommen zum Warschauer Abkommen von Guadalajara
ZBB	Zeitschrift für Bankwirtschaft und Bankrecht (Jahr, Seite)
ZBR	Zurückbehaltungsrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht (Jahr, Seite)
ZGB	Zivilgesetzbuch (in Verbindung mit dem jeweils erlassenden Staat)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Band, Jahr und Seite)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (Jahr, Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; bis 1982: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Jahr, Seite)
ZKA	Zentraler Kreditausschuß (der Spitzenverbände der Kreditwirtschaft)
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (Jahr, Seite)
<i>Zöller/(Bearbeiter)</i>	Zöller (Begr.), Zivilprozeßordnung, Köln, 25. Aufl. 2005
<i>Zöllner</i>	Zöllner, Wertpapierrecht, München 14. Aufl. 1987
ZPO	Zivilprozeßordnung i.d.F. v. 12.9.1950, BGBI. I 533, BGBI. III FNA 310-4
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

ZugabeVO	Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft, Erster Teil: Zugabewesen, v. 9.3.1932, RGBl. I 121, BGBl. III FNA 434-1, aufgehoben
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24.3.1897, RGBl. 97, BGBl. III FNA 310-04
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Jahr, Seite)
zwh.	zweifelhaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band und Seite)

VIERTES BUCH

Handelsgeschäfte

Vorbemerkungen

Schrifttum. *Baumbach/Hopt* Handelsgesetzbuch, 31. Aufl. 2003; *Canaris* Handelsrecht, 23. Aufl. 2000; Gemeinschaftskommentar zum HGB (Hrsg. *Enstbaler*), 6. Aufl. 1999; *Glanegger* u.a., Heidelberger Kommentar zum HGB (HKzHGB), 6. Aufl. 2002; Großkommentar zum HGB (begr. *Staub*), 4. Aufl., Band 4, 2004, bearb. *Koller* (§§ 343–350, 2001), *Canaris* (§§ 352–357, 2001; §§ 358–365, 2003; §§ 366–372, 2004); *Koller/Roth/Morck* HGB, 5. Aufl. 2005; Münchner Kommentar zum HGB (Hrsg. *K. Schmidt*), Band 5 (§§ 343–372), 2001; *Pfeiffer* (Hrsg.), Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999; *Röhricht/Graf v. Westphalen* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2001; *Schlegelberger* Handelsgesetzbuch, bearb. *Hefermehl* (Band 6), 5. Aufl. 1976; *K. Schmidt* Handelsrecht, 5. Aufl. 1999; weitere Nachw. z. Lehrbüchern und Kommentaren oben, Einl. I vor § 1.

S. ferner: *Borges* Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr. Vertragsschluß, Beweis, Form, Lokalisierung, anwendbares Recht, 2003; *Canaris* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Grundmann* Europäisches Handelsrecht, ZHR 163 (1999), 63 ff; *Horn* Allgemeines Handelsrecht in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band 2, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht (Hrsg. *Heldrich/Hopt*), 2000, S. 1 ff; *Königden* Selbstbindung ohne Vertrag, 1981; *Lüderitz* Die Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966; *Müller-Graff* Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, 1974; *Pfeiffer* Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr, NJW 1999, 169; *Philipowski* Die Geschäftsverbindung, 1963; *Raisch* Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965; *Reithmann/Martiny* Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004; *Sonnenberger* Verkehrs-sitten im Schuldvertrag, 1970; *Weyer* Handelsgeschäfte (§§ 343 ff HGB) und Unternehmergeschäfte (§ 14 BGB), WM 2005, 490 ff.

Die Literatur zu den einzelnen Geschäftstypen ist bei diesen nachgewiesen. Zum **internationalen Handelsverkehr** s. oben Einl. III vor § 1 Rdn. 1. Ergänzend seien zu den einzelnen Vertragstypen und Rechtsfragen des internationalen Handelsverkehrs genannt: *Basedow* Der Transportvertrag, 1987; *ders.* Depositivierungstendenzen in der Rechtsprechung zum Internationalen Einheitsrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band 2, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht (Hrsg. *Heldrich/Hopt*), 2000, S. 777 ff; *Bödeker* Staatliche Exportversicherungssysteme, 1982; *Dünnweber*, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, 1984; *Flocke* Risiken beim internationalen Anlagevertrag, 1986; *Fülbi* Das Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Gegenkaufs im internationalen Wirtschaftsverkehr, 1992; *Hinsch/Horn* Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen, 1985; *Horn/Wymeersch* Bank-Garantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade, 1990; *Kirchner* u.a., Rohstofferschließungsvorhaben in Entwicklungsländern, Bd. 1–6, 1977 ff; *Kramer* Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 1985; *Lienesch* Internationale Bankgarantien und die UN-Konvention über unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit, 1999; *Mallmann* Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, 2002; *Schlüter* Management- und Consultingverträge, 1986; *C. Schütz* Die UNCITRAL-Konvention über international gezogene Wechsel und internationale Eigenwechsel v. 9. Dezember 1988, 1992.

Zur **Schiedsgerichtsbarkeit** in Handelssachen s.d. Nachw. Einl. IV vor § 1 und: *Horn/Norton* (Hrsg.), Non-Judicial Dispute Settlement in International Financial Transactions, 2000; *Horn* (Hrsg.), Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal

Aspects, 2004; *Lew/Mistelis/Kröll*, Comparative International Commercial Arbitration, 2003; *Sanders*, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2. Aufl. 2004.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Gegenstand und Anwendungsbereich des Vierten Buches	1	a) Grundsatz	51
1. Regelungsgegenstände	1	b) Elektronischer Geschäftsverkehr	52
a) Handelsgeschäfte	1	c) Kaufmännisches Bestätigungs-schreiben	53
b) Gesetzaufbau	2	d) Handelsbrauch	54
c) BGB und HGB	3	e) Laufende Geschäftsbeziehung	55
2. Allgemeine Normzwecke	4	f) Zusammentreffen von AGB	56
3. Persönlicher Anwendungsbereich (Kaufmann; Unternehmer)	5	3. Inhaltskontrolle im kaufmännischen Bereich	57
4. Kritik	11	a) Grundsatz	57
II. Sonstige Normen für Handelsgeschäfte	12	b) Differenzierende Wertung; Branchen-üblichkeit	58
III. Allgemeines Vertragsrecht der Handels-geschäfte	14	c) Handelsbrauch	60
1. Privatautonomie	14	d) Ausländisches Vertragsstatut	61
a) Abschlußfreiheit	14	V. Sonstiges allgemeines Schuldrecht der Handelsgeschäfte	62
b) Kontrahierungszwang; Diskriminierungsverbot	15	1. Mangelnder Rechtsbindungswille	62
c) Inhaltsfreiheit	17	a) Gefälligkeitsverhältnis	62
d) Schranken der Inhaltsfreiheit	18	b) Gentlemen's agreement; Patronats-erklärung	63
2. Einzelfragen der Rechts- und Geschäfts-fähigkeit	20	c) Vorvertrag; Optionsrecht	64
a) Grundsatz	20	2. Culpa in contrahendo. Geschäftliche Kontakte	65
b) Wechselrechtsfähigkeit	21	a) Tatbestand des § 311 II BGB	65
c) Finanztermingeschäftsfähigkeit	22	b) Unbestellte Leistungen	67
3. Vertragsschluß; Fernabsatz, elektro-nischer Geschäftsverkehr	23	c) Rechtsfolge: Schuldverhältnis i.S. § 241 II BGB	68
a) Allgemeines; Schweigen	23	d) Informationspflichten	70
b) Fernabsatz, elektronischer Geschäfts-verkehr	24	e) Prospekthaftung	72
c) Verbraucherschutz; Kundenschutz	25	f) Gewährleistungsrechte und c.i.c.	74
4. Formerfordernisse	26	g) Rücktrittsrecht und Schadens-ersatzanspruch	75
a) Allgemeines	26	h) Hilfspersonen	78
b) Gesetzliche Formerfordernisse	27	i) Vorvertragliche Haftung Dritter	79
c) Elektronische Form	28	3. Geschäftsverbindung	81
d) Schriftformklauseln	30	a) Begriff	81
e) Erfüllung der Schriftform	33	b) Rahmenvertrag	84
f) Überwindung des Formmangels	34	4. Vertrauenshaftung?	85
5. Auslegung	36	5. Verjährung	86
6. Leistungsbestimmungsrechte und Vertragsanpassung	37	VI. Das Vertragsstatut internationaler Handels-geschäfte	87
a) Problemübersicht	37	1. Rechtswahl	88
b) Geschäftsgrundlage; Neuverhandlung und Anpassung	38	a) Verweisungsvertrag	88
c) Leistungsbestimmungsrechte; Preisvorbehalte	39	b) Konkludente Rechtswahl	89
d) Automatikklauseln	44	c) Wahl eines neutralen Rechts	90
e) Neuverhandlungsklauseln	45	d) Gespaltene Rechtswahl u.ä.	91
f) Wertsicherungsklauseln	46	e) Versteinerungs- und Stabilisierungs-klausel	92
IV. AGB-Recht und Handelsgeschäfte	47	2. Objektive Anknüpfung	94
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit	47	a) Grundsatz: Engste Verbindung	94
a) Kundenschutz im Handelsverkehr	47	b) Vermutungen; charakteristische Leistung	95
b) Verwender; Individualverein-barungen	48	3. Geltungsbereich des Vertragsstatuts	97
2. Einbeziehung von AGB in Handels-geschäfte	51	a) Sachnormenverweisung; Ermittlung des ausländischen Rechts	97

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
b) Vertragsschluß	98	dd) Internationales Recht im	
c) Einbeziehung von AGB	100	nationalen Recht	113
d) Vertragsinhalt	101	c) Zusammenfassung	114
4. Verbraucherverträge (Art. 29, 29a		VII. Gerichtsstands- und Schiedsverein-	
EGBGB)	102	barungen	115
5. Zwingendes Recht; ordre public	103	1. Allgemeines	115
a) lex contractus	103	2. Gerichtsstandsvereinbarungen	116
b) ausländische zwingende Normen	104	a) Rechtsgrundlagen	116
c) besondere Kollisionsnormen	105	aa) deutsches Recht	116
d) Ordre public	106	bb) EG-VO 44/2001; Lugano-Übk... ..	117
6. Internationalisierung. Lex mercatoria ..	108	b) Formerfordernisse	118
a) Wirtschaftsvölkerrecht	108	c) Wirkung	120
b) Transnationales Handelsrecht;		3. Schiedsvereinbarungen	121
Lex mercatoria	109	a) Rechtsgrundlagen; Schiedsfähigkeit ..	121
aa) rechtsunordnungslose Verträge? ..	110	b) Unwirksamkeit; Kompetenz-	
bb) Bezugnahme auf lex merca-		Kompetenz	122
toria	111	c) Form	123
cc) UNIDROIT Principles	112	d) Materielle Wirksamkeit	124

I. Gegenstand und Anwendungsbereich des Vierten Buches

1. Regelungsgegenstände

a) **Handelsgeschäfte.** Das Vierte Buch des HGB (bis zum 01.01.1986 das Dritte 1 Buch) regelt das **Verkehrsrecht** der kaufmännischen Geschäftstätigkeit, also die Verträge und sonstigen Rechtsgeschäfte und die damit zusammenhängenden Rechtsbeziehungen, mit denen der Kaufmann am Rechtsverkehr in Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit teilnimmt. Die ersten drei Bücher des HGB regeln im Unterschied dazu das **Statusrecht** und das **Organisationsrecht** des kaufmännischen Unternehmers; vgl. Einl. I vor § 1 Rdn. 23–28. Der sachliche **Anwendungsbereich** der Vorschriften des Vierten Buches wird überwiegend durch den **Begriff des Handelsgeschäfts** i.S. §§ 343–345 bestimmt. Damit sind einzelne Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen im Hinblick auf einzelne geschäftliche Vorgänge gemeint (s. § 343 Rdn. 8), während der Begriff „Handelsgeschäft“ in §§ 22–27 das Unternehmen des Kaufmanns bezeichnet. „Handelsgeschäft“ wird in § 343 durch die Begriffe Kaufmann und Handelsgewerbe näher bestimmt und hat also eine abgeleitete Bedeutung. Zentralbegriff des HGB ist der Kaufmann (s. oben Einl. I vor § 1 Rdn. 10 ff; s. auch §§ 1 ff). Eine Reihe von Normen des Vierten Buches knüpft daher auch direkt an die Begriffe Kaufmann und Handelsgewerbe an (§§ 348, 354, 355–357, 362, 366, 367, 369).

b) **Gesetzesaufbau.** Der erste Abschnitt enthält allgemeine Vorschriften (§§ 343– 2 372), die für alle Handelsgeschäfte gelten sollen, aber auch Regelungen über spezielle Geschäftsformen, z.B. die Bürgschaft (§§ 349, 350). In den anschließenden Abschnitten werden besondere Vertragstypen geregelt. Dabei ist die Regelung des Handelskaufs im zweiten Abschnitt besonders lückenhaft (§§ 373–381). Die Masse des Kaufrechts ist auch für den Kaufmann im BGB geregelt (§§ 433–479), und das HGB enthält nur punktuelle Modifikationen. Den besonderen Vertragstypen des Vierten Buches sachlich verwandt sind die Verträge der Handelsvertreter (§§ 84 ff) und Handelsmakler (§§ 93 ff). Sie sind aber im Ersten Buch geregelt, weil der Gesetzgeber Gesichtspunkte des kaufmännischen Organisationsrechts („Hilfspersonen“ des Kaufmanns; vgl. *Canaris* HandelsR §§ 18, 19) und Statusrechts (zu beidem oben Einl. I vor § 1 Rdn. 25) für ausschlaggebend hielt.

- 3 c) BGB und HGB.** Gem. Art. 2 EGHGB vom 10.05.1897 (RGBl. 437, BGBl. III FNA 4100-1 mit Änd.) sind die Vorschriften des BGB subsidiär zu denen des HGB anzuwenden. Die kaufmännische Geschäftstätigkeit unterliegt grundsätzlich den Normen des allgemeinen Privatrechts (BGB), und die Funktion der besonderen Normen des Vierten Buchs des HGB sind nur in diesem Kontext zu verstehen; vgl. auch Einl. I vor § 1 Rdn. 3 f. Das Vierte Buch enthält teils Abweichungen von den allgemeinen Normen des BGB (z.B. §§ 348, 349, 350, 352, 373 ff), teils regelt es Geschäftsformen, die ausschließlich dem kaufmännischen Verkehr zugeordnet werden, wie das Kommissions-, Fracht-, Speditions- und Lagergeschäft (§§ 383 ff, 407 ff, 453 ff, 467 ff), die aber ebenfalls als Modifikation von Vertragstypen des BGB, insbes. der §§ 631 ff, 675 BGB, zu verstehen sind. S. auch i.F. II.
- 4 2. Allgemeine Normzwecke** des Rechts der Handelsgeschäfte sind Klarheit, Sicherheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs und die Verlässlichkeit des Kaufmanns; vgl. auch Einl. I § 1 Rdn. 28. Die wichtigsten Instrumente dazu sind: (1) die Maßgeblichkeit der kaufmännischen Gebräuche und der im kaufmännischen Verkehr üblichen Bedeutung von Begriffen, Klauseln und Verhaltensweisen bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen und Rechtshandlungen (§§ 346, 358–361, 380, 419, 459); (2) die strikte Bindung des Kaufmanns an sein Wort, auch wenn es formlos gegeben wurde (§§ 348–350), und ggf. auch an sein sonstiges Verhalten (§ 346; zur Vertrauenshaftung s. Rdn. 68); (3) die Verbindlichkeit eines bestimmten geschäftsüblichen Verhaltens, so daß der Handelsbrauch eine maßgebliche Grundlage der Auslegung dieses Verhaltens bildet (§ 346), ein Geschäftsbesorgungsauftrag eine Entgeltspflicht begründet (§ 354) und Schweigen in Ausnahmefällen als Annahme gilt (s. § 362 und zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben § 346 Rdn. 44, 48 ff, 54 ff); (4) erweiterter Schutz des guten Glaubens an den Schein einer Rechtsposition (§§ 366, 367); (5) rationelle Abwicklung von Geschäften, z.B. durch Verrechnung im Kontokorrent (§§ 355–357) und schnelle Geschäftsabwicklung, z.B. durch kurzfristige Rügepflicht (§§ 377, 391); (6) weiterreichende und schärfer abgegrenzte Risikozuweisung, z.B. beim Fixhandelskauf (§ 376), beim Delkredere des Kommissionärs (§ 394) und bei dessen Selbsteintritt (§§ 400, 402); (7) veränderte und i.d.R. erhöhte Sorgfaltspflichten des Kaufmanns (§ 347), vgl. z.B. zur Auskunftshaftung § 347 Rdn. 49 ff; (8) Grundsätze des Verbraucherschutzes haben in neueren Normen des HGB aufgrund der Transportrechtsreform vom 25.06.1998 Aufnahme gefunden, vgl. §§ 414 III, 449 I, 451h I, 466 I.

3. Persönlicher Anwendungsbereich (Kaufmann; Unternehmer)

- 5** Soweit das Gesetz in den einzelnen Normen des Vierten Buches ein Handelsgeschäft voraussetzt, genügt es grundsätzlich, daß für nur eine Seite ein solches Geschäft vorliegt; § 345. Die Vorschriften über Handelsgeschäfte finden daher in großem Umfang auch auf die Geschäfte von Privatpersonen Anwendung, die selbst nicht Kaufmann sind, aber mit einem Kaufmann ein Geschäft machen. Dies gilt im Grundsatz auch für die besonderen Vertragstypen der §§ 373 ff. Bestimmte Normen gelten aber nur im Hinblick auf diejenige Partei, die Kaufmann ist und für die das Geschäft ein Handelsgeschäft darstellt, z.B. für den kaufmännischen Bürgen (§§ 349, 350). Die kaufmännischen Sorgfaltspflichten gem. § 347 treffen nur den Kaufmann; s. § 347 Rdn. 4 ff. Andere Normen setzen voraus, daß das Geschäft für beide Seiten ein Handelsgeschäft ist (§§ 377, 379); Einzelheiten s. § 345.
- 6** Die Anwendung der Vorschriften des vierten Abschnitts setzt also voraus, daß wenigstens eine Partei **Kaufmann** ist; in bestimmten Fällen müssen es beide Parteien

sein. Kaufmann ist jeder Gewerbetreibende ohne Rücksicht auf die Art seines Gewerbes kraft Gesetzes und ohne Eintragung in das Handelsregister (§ 1 I i.d.F. HRefG 1998, BGBl. I S. 1474) mit Ausnahme der Kleingewerbetreibenden (§ 1 II) und der Land- oder Forstwirte (§ 3). Die Kaufmannseigenschaft durch Eintragung im Handelsregister erwerben Kleingewerbetreibende (§ 2) und Land- oder Forstwirte (§ 3 II und III). Kaufleute sind auch die Personenhandelsgesellschaften OHG und KG (§ 6 I) und kraft besonderer gesetzlicher Anordnung die Kapitalgesellschaften AG, KGaA (§ 3 I u. § 278 III AktG) und GmbH (§ 13 III GmbHG), worauf § 6 II verweist. Auch die sonstigen juristischen Personen sind Kaufmann und eintragungspflichtig (vgl. § 33 u. BayObLGZ 2000, 213, 215 betr. Sparkassen), wenn sie kaufmännisch i.S. § 1 tätig sind, und können Kaufmann auch durch Eintragung nach §§ 2 und 3 werden. Die Deutsche Bundesbank ist Kaufmann i.S. § 1 (arg. § 29 III BBankG). Kraft besonderer gesetzlicher Anordnung findet das HGB auf die eG Anwendung (§ 17 II GenG), das Vierte Buch auf den VVaG (§ 16 VAG; Ausnahme: sog. „kleinere Vereine“, § 53 VAG).

Ausreichend ist auch die Eigenschaft als eingetragener **Scheinkaufmann** i.S. § 5, 7 also als ein zu Unrecht im Handelsregister eingetragener Gewerbetreibender. Die Vorschrift ist allerdings nach der Neufassung von § 2 fast bedeutungslos.¹ Der Scheinkaufmann wird also zum Schutz seines Geschäftspartners den Vorschriften des Vierten Buches unterworfen, kann sich aber selbst zu seinem Vorteil auf diese Vorschriften nicht berufen.² Der Dritte kann sich statt dessen auf die wahre Rechtslage berufen und den Scheinkaufmann als Nichtkaufmann behandeln, wenn dies für ihn vorteilhafter ist.³ Über § 5 hinaus wird auch der nicht eingetragene Scheinkaufmann, der gutgläubigen Dritten den Eindruck der Kaufmannseigenschaft vermittelt, zugunsten dieses Dritten (einseitig) als Kaufmann behandelt.

Die §§ 343–372 mit Ausnahme der §§ 348–350 sind kraft gesetzlicher Anordnung auch auf bestimmte **Kleingewerbetreibende** anzuwenden, die mangels Eintragung nicht Kaufmann (nach § 2) geworden sind: Kommissionäre (§ 383 II), Frachtführer (§§ 407 III 2), Spediteure (§ 453 III 2) und Lagerhalter (§ 467 III 2). Für kleingewerbliche Handelsvertreter (§ 84 IV) und Handelsmakler (§ 93 III) ist dagegen nur die Geltung der einschlägigen Vorschriften des Ersten Buches (§§ 85–92c bzw. §§ 94–104) angeordnet, nicht die Geltung des Vierten Buches, obwohl ein Grund dafür, insbes. ein Unterschied zur erstgenannten Gruppe, nicht ersichtlich ist. Diese unbegründete Gesetzeslücke ist durch Rechtsanalogie zu §§ 383 II, 407 III 2, 453 III 2, 467 III 2 zu schließen, so daß auch für nicht eingetragene kleingewerbliche Handelsvertreter und Handelsmakler die Vorschriften des Vierten Buches mit Ausnahme der §§ 348–350 Anwendung finden.⁴ 8

Nicht dem Begriff des Kaufmanns unterfallen **Freiberufler**, weil sie nach traditioneller, vom Gesetzgeber nicht angetasteter Auffassung nicht Gewerbetreibende sind.⁵ Auf sie sind bestimmte Grundsätze über Handelsgeschäfte, z.B. über die Bedeutung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben, entsprechend anzuwenden (vgl. § 346 Rdn. 63).⁶

¹ Str.; a.A. *Röhricht/Graf von Westphalen* § 5 Rdn. 12 f.

² BGHZ 36, 273, 277; *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 6; *Großkomm/Koller* Vor §§ 343 ff Rdn. 25 ff; *Baumbach/Hopt* § 5 Rdn. 15.

³ *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 6.

⁴ *Roth* in *Koller/Roth/Morck* Einleitung vor

§ 1 Rdn. 13; § 84 Rdn. 1; *Großkomm/Koller* Vor §§ 343 ff Rdn. 32.

⁵ Begr. RegE HandelsrechtsreformG 1998, BR-Drucks. 340/97, S. 34; *Henssler* ZHR 161 (1997) 13, 25 ff.

⁶ RG JW 1931, 522, 524; BGH DB 1967, 1362; NJW 1976, 1402; 1987, 1940.

- 9 Der in § 14 BGB definierte Begriff des **Unternehmers** ist weiter als der Begriff des Kaufmanns. Als Gegenbegriff zum Begriff des Verbrauchers (§ 13 BGB) hat der Unternehmerbegriff Bedeutung für die Anwendung von Verbraucherschutzrecht, das im BGB im Abschnitt „Besondere Vertriebsformen“ geregelt ist (§§ 312–312f BGB). Unternehmer ist, wer beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Dazu gehören Kaufleute (§ 1 I u. § 2), Kleingewerbetreibende (§ 1 II) und Freiberufler, ferner bestimmte Einrichtungen der privatrechtlich handelnden öffentlichen Leistungsverwaltung (*Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, 2005, § 14 Rdn. 2). Im Recht der AGB (§§ 305 ff BGB), das allgemein dem Kundenschutz dient, ist dem Unternehmer ein z.T. reduzierter Schutz gewährt (§ 310 I BGB), dem Verbraucher ein z.T. gesteigerter Schutz (§ 310 III BGB). Im neuen Recht der **Finanztermingeschäfte** trifft den Unternehmer die gesetzliche Informationspflicht über die Risiken der Geschäfte gegenüber dem Verbraucher (§ 37d WpHG i.d.F. 4. Finanzmarktförderungsg) (*Horn/Balzer* FS Kümpel, 2003, S. 275 ff). Die Anwendungsbereiche der Begriffe Kaufmann und Unternehmer überschneiden sich, sind aber nicht deckungsgleich. Der Kaufmannsbegriff ist Anknüpfungspunkt für Normen des HGB, der Begriff des Unternehmers Anknüpfungspunkt des BGB und neuerer Spezialgesetze (WpHG) (Einzelheiten s. *Weyer* WM 2005, 490 ff).
- 10 Für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Vierten Buches des HGB ist der Begriff des Unternehmers i.S. § 14 BGB vom Gesetzgeber nicht geschaffen worden. Auf einen Unternehmer können aber auch dann, wenn er nicht Kaufmann ist, bestimmte Grundsätze des kaufmännischen Geschäftsverkehrs angewendet werden, so z.B. die Grundsätze über die Bedeutung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben im geschäftlichen Verkehr; dies gilt allgemein für Personen, die typischerweise besondere Erfahrung im geschäftlichen Verkehr haben.⁷ Der Begriff des **Verbrauchers** wird auch im HGB verwendet, und zwar in einzelnen Verbraucherschutznormen des Transportrechts aufgrund der Transportrechtsreform 1998 (§§ 414 IV, 449 I, 451h I, 466 I).

4. Kritik

- 11 Die rechtspolitische Kritik am Vierten Buch des HGB kann daran ansetzen, daß die ganze Regelung, insbes. die allgemeinen Vorschriften, äußerst bruchstückhaft ist; viele Vorschriften hätten sich als Ausnahmen von der allgemeinen Regelung im BGB einarbeiten lassen. Das Vierte Buch gibt nicht im entferntesten einen Überblick über das heutige Recht der Handelsgeschäfte. Umfangreiche Spezialgebiete haben sich durch Rechtsprechung und Lehre sowie punktuelle Gesetzgebung entwickelt und zentrale Bedeutung für den Handelsverkehr erlangt wie das Bankrecht. Ferner kann das Vierte Buch des HGB nicht die umfangreichen und wichtigen Entwicklungen des Handelsrechts durch internationale Abkommen und allgemein die Ausbildung internationalen Einheitsrechts widerspiegeln (zu letzterem unten Rdn. 108 ff).⁸

⁷ BGH NJW 1952, 257; BGHZ 40, 42; BGH NJW 1975, 1358, 1359; DB 1981, 636. Zu den Freiberuflern (als Untergruppe dazu) vgl. Fn. 6.

⁸ Zur rechtspolitischen Kritik in diesem Sinn vgl. *Kramer* FS Ostheim, 1990, 299, 319; *Basedow* ZHR 161 (1997) 186 ff; MünchKommz-HGB/K. *Schmidt* Vor § 343 Rdn. 4–7.

II. Sonstige Normen für Handelsgeschäfte

Das BGB behält auch für die Privatrechtsgeschäfte des Handelsverkehrs seine **12** grundlegende Bedeutung. Der Vorrang der Normen des HGB als *lex specialis* darf nicht den Blick dafür verstellen, daß das Vierte Buch des HGB auf dem BGB aufbaut und daß weite Normbereiche zur Regelung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs ganz oder überwiegend im BGB geregelt sind, darunter auch solche Normen, die historisch zunächst im Handelsrecht ausgebildet und dort normiert worden sind (ADHGB), später aber ins BGB übernommen wurden (z.B. Vertretungsregeln). Von großer praktischer Bedeutung für den Kaufmann ist auch das **Verbraucherschutzrecht**, weil und soweit viele Geschäfte mit dem Endverbraucher geschlossen werden. Es ist durch die Schuldrechtsreform 2002 weitgehend ins BGB integriert worden (§§ 312–312 f BGB). Gleiches gilt für das Recht des Kundenschutzes gegenüber AGB (§§ 305–310 BGB); dazu i.F. IV, Rdn. 47 ff.

Außerdem findet auf den privatrechtlichen Wirtschaftsverkehr eine Fülle weiterer **13** Gesetze Anwendung. Einige davon werden herkömmlich als „kaufmännische **Nebengesetze**“ bezeichnet, obwohl sie auch auf Nichtkaufleute Anwendung finden. Dazu gehören das Wechselgesetz und das Scheckgesetz, die beide auf internationalen Abkommen beruhen (vgl. oben Einl. vor § 1). Daneben ist das Gebiet des **Gesellschaftsrechts** zu nennen, das im HGB nur für die Personenhandelsgesellschaften geregelt ist (§ 105 ff), für die Kapitalgesellschaften in besonderen Gesetzen (AktG; GmbHG), ferner das private **Wettbewerbsrecht** (UWG). Zum kaufmännischen **Gewohnheitsrecht** und zum **Handelsbrauch**, der selbst nicht Rechtsquelle ist, vgl. § 346 Rdn. 1 ff, 15.

III. Allgemeines Vertragsrecht der Handelsgeschäfte

Da auf die Rechtsgeschäfte des Handelsverkehrs grundsätzlich die Vorschriften des **14** BGB Anwendung finden (Rdn. 3), soweit nicht die §§ 343 ff Modifikationen und Ergänzungen vorsehen, sind i.F. nur wenige besonders wichtige allgemeine Grundsätze hervorzuheben sowie solche Besonderheiten, die in den §§ 343 ff nicht normiert sind.

1. Privatautonomie

a) **Abschlußfreiheit**. Der Kaufmann genießt wie jeder Bürger die durch Art. 2 I und 12 GG verbürgte Privatautonomie (Vertragsfreiheit); vgl. auch Einl. V vor § 1 Rdn. 4. Dazu gehört auch die Abschlußfreiheit, d.h. die Freiheit, seine Geschäftspartner auszuwählen und andere abzulehnen. Dieses Recht hat z.B. der Einzelhändler gegenüber Kunden,⁹ ebenso die Bank gegenüber Kunden und Mitarbeitern.¹⁰ Anders bei vertraglicher Verpflichtung, z.B. zum Abschluß von Überweisungsverträgen aufgrund Girovertrags (§ 676 f BGB; dazu unten Anh. § 372 Rdn. V/10). Ob die Bank wegen der großen Bedeutung, die heute ein Girokonto für jedermann darstellt, verpflichtet ist, einen Girovertrag mit jemandem abzuschließen, der kein solches Konto hat, ist umstritten und im Grundsatz abzulehnen.¹¹ Bereits eingeleitete Vertragsver-

⁹ OLG Hamm BB 1964, 940; OLG Celle WuW/E OLG 1306; *Baumbach/Hopt* Einl. vor § 343 Rdn. 6.

¹⁰ LG Itzehoe WuB I G 7 – 1.00 Anm. Pfeifer

(betr. Ablehnung des Kaufauftrags für Futures).

¹¹ Zutr. BankRHdb/*Schimansky* § 47 Rdn. 2; s. auch unten Anh. § 372 Rdn. II/177 f.

handlungen dürfen abgebrochen werden, ohne daß grundsätzlich eine Pflicht zum Aufwendungsersatz entsteht.¹² Die schuldhaftige Erweckung des Vertrauens auf einen Vertragsabschluß kann ausnahmsweise eine Schadensersatzpflicht auf das negative Interesse begründen;¹³ vgl. auch zum besonderen Fall des § 663 BGB, § 362 HGB, BGH NJW 1984, 866f. Auch eine bestehende Geschäftsverbindung schränkt die Abschlußfreiheit nicht ein; dazu i.F. Rdn. 64 und unten § 346 Rdn. 41.

- 15** b) Ausnahmsweise besteht eine Pflicht zum Vertragsabschluß (**Kontrahierungszwang**):¹⁴ (1) Wer bei Verweigerung des Vertragsschlusses dem anderen vorsätzlich in sittenwidriger Weise einen Schaden zufügen würde, ist gem. § 826 BGB zum Vertragsabschluß verpflichtet; dies trifft vor allem dann zu, wenn der Betreffende im Hinblick auf die Vertragsleistung eine Monopolstellung hat, also andere Anbieter oder Nachfrager nicht oder nicht rechtzeitig zu erreichen sind.¹⁵ Dieser in der älteren Rechtsprechung entwickelte Gedanke ist heute durch das wettbewerbsrechtliche **Diskriminierungsverbot** (i.F. (3)) erweitert worden.¹⁶ (2) Der gleiche Grundgedanke hat bei den (früher häufig öffentlich-rechtlichen, heute durchweg privaten) Versorgungs- und Verkehrsunternehmen zur gesetzlichen Anordnung von Abschlußpflichten geführt; vgl. § 5 II PflVersG, § 10 EnWG (allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht)¹⁷ und § 6 EnWG (verhandelter Netzzugang), § 22 PersBefG, § 21 II LuftVG. (3) Aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB) kann für marktbeherrschende Unternehmen, Kartelle, marktmächtige Unternehmen, von denen die Marktgegenseite abhängig ist, und für Preisbinder eine Pflicht zum Vertragsabschluß folgen (§ 33 I, III GWB).¹⁸

- 16** **Antidiskriminierungs-RL.** Die zivilrechtlichen Gleichbehandlungs-RL der EG von 2000 und 2004¹⁹ und die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungs-RL der EG von 2000 und 2002²⁰ sind in deutsches Recht umzusetzen. Als zivilrechtliche Sanktionen sind ein Kontrahierungszwang und ein Schadensersatzanspruch vorgesehen. Zu unterscheiden ist ein arbeitsrechtliches und ein zivilrechtliches Benachteiligungsverbot. Die Vorgaben der EG-RL nennen für das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot nur die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft; im Arbeitsrecht sollen daneben auch die Merkmale Religion und Weltanschauung, Geschlecht, sexuelle Identität, Behinderung und Alter gelten. Schon aus dem allgemeinen Normbestand des BGB lassen sich wirk-

¹² BGH NJW 1975, 43; WM 1977, 620; vgl. auch unten § 346 Rdn. 42.

¹³ BGH NJW 1967, 2199; BGHZ 71, 395; BGH WM 1978, 425.

¹⁴ *Bydlinski* AcP 180 (1980) 1; *Kilian* AcP 180 (1980) 47; *H. Hübner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs², 1996, Rdn. 1016 ff; *Fikentscher* Schuldrecht⁹, 1997, Rdn. 86.

¹⁵ RGZ 132, 273, 276; 148, 326, 334; *L. Raiser* ZHR 111 (1948), 75, 86 ff; MünchKommz BGB/*Kramer*⁴ Vor § 145 Rdn. 13; *Fikentscher* (Fn. 14), Rdn. 86. Die Rspr. ist im Einzelfall zurückhaltend; RGZ 133, 389; BGH NJW 1980, 186.

¹⁶ *Kilian* AcP 180 (1980) 47, 60; MünchKommz BGB/*Kramer*⁴ Vor § 145 Rdn. 15.

¹⁷ Vgl. BGHZ 24, 148, 151 zu § 6 EnWG a.F., der § 10 n.F. EnWG entspricht.

¹⁸ BGHZ, 36, 91, 100 (Gummistrümpfe); 49, 90, 98 (Jägermeister); BGH NJW 1976, 801 (Rossignol); BB 1979, 797 (Nordmende); BB 1980, 1117 (Modellbauartikel II); NJW-RR 1999, 189 (Depotkosmetik); *Markert* in *Immenga/Mestmäcker* GWB³, 2001, § 20 Rdn. 228; *Emmerich* ebenda, § 33 Rdn. 48.

¹⁹ RL 2000/43/EG des Rates v. 29.06.2000, ABIEG Nr. L 180 v. 19.07.2000, S. 22; RL 2004/113/EG des Rates v. 13.12.2004, ABIEG Nr. L 373 v. 21.12.2004, S. 37.

²⁰ RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000, ABIEG Nr. L 303 v. 02.12.2000, S. 16; RL 2002/73/EG des Europ. Parl. und des Rates v. 23.09.2002, ABIEG Nr. L 269 v. 05.10.2002, S. 15; Überblick *Armbrüster* ZRP 2005, 41 ff.

same Sanktionen gegen Diskriminierungen aus den §§ 138, 242, 823, 826, 1004 BGB ableiten.²¹

c) Inhaltsfreiheit. Aus der durch Art. 2 I GG geschützten Privatautonomie folgt die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung der Verträge. Eine Notwendigkeit, beim Inhalt von Schuldverträgen einen bestimmten gesetzlichen Vertragstyp einzuhalten (Typenzwang), besteht dabei weder nach dem Schuldrecht des BGB noch nach HGB. Anders im Sachenrecht und in gewissem Umfang im Wertpapierrecht; vgl. zum numerus clausus der kaufmännischen Orderpapiere unten § 363 Rdn. 6 u. 39. Ist ein bestimmter Typ oder eine bestimmte Gestaltungsform gewählt, können allerdings einzelne zwingende Normen eingreifen; vgl. zum Kommissionsgeschäft die §§ 392 II, 400 II–V, zum Handelsvertreter § 89 b (allg. oben Einl. I vor § 1 Rdn. 5).

d) Allgemeine Schranken der Inhaltsfreiheit ergeben sich aus gesetzlichen Verboten i.S. § 134 BGB sowie auch aus dem Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte in § 138 BGB; zum Wucherdarlehen s. § 352 Rdn. 30. Bei der Beurteilung, ob ein Geschäft sittenwidrig ist, kann die Kaufmannseigenschaft der benachteiligten Vertragspartei und ihre Erfahrung einschränkend berücksichtigt werden, insbes. beim Merkmal der „Un-erfahrenheit“.²² Soweit Vertragstexte **AGB** darstellen, unterliegen sie der **Inhaltskontrolle** nach § 307 BGB (i.F. Rdn. 57 ff). Bestimmte Verträge und Vertragsklauseln sind nur mit **Genehmigung** wirksam. Dazu gehören **Wertsicherungsklauseln**, die den Betrag von Geldschulden vom Preis oder Wert anderer Güter oder Leistungen abhängig machen, gem. § 2 PaPkg (aufgrund Euroeinführungsg v. 9.6.1998, BGBI. I 1998 S. 1242, der an die Stelle des aufgehobenen § 3 WährungsG getreten ist). Die (gem. § 2 II PaPkg erlassene) PreisklauselVO vom 23.09.1998 (BGBI. I 1998 S. 3043) hat eine Reihe von Vertragsklauseln, die die Praxis entwickelt hat, von der Genehmigung freigestellt; dazu § 361 Rdn. 19 ff.

Bei der **Auslegung** (Rdn. 36) und Durchführung von Verträgen gilt das Gebot von Treu und Glauben gem. §§ 157, 242 BGB; dabei sind die besonderen Verkehrsan-schauungen des Handelsverkehrs (s. § 346 Rdn. 1 ff) und die besonderen Sorgfalts-maßstäbe des Kaufmanns (s. § 347 Rdn. 1 ff) zu beachten. Aus § 242 BGB wird auch in begrenztem Umfang eine richterliche **Inhaltskontrolle** von Verträgen hergeleitet.²³ Dies gilt auch für Gesellschaftsverträge, wo ein Schwerpunkt der Kontrolle unter dem Gesichtspunkt des Anlegerschutzes bei Publikumsgesellschaften liegt (oben § 161 Rdn. 55 u. 160 ff). Wieweit der Mißbrauch wirtschaftlicher Macht eine Inhaltskontrolle begründen kann, ist umstritten.²⁴ Die Kriterien dafür sind unvermeidlich un-sicher, und ein Teil des Problems ist durch das AGB-Recht (§§ 305c, 307–309 BGB; bis 31.12.2001: §§ 3, 9–11 AGB-Gesetz) gelöst. Davon zu unterscheiden ist die Tat-sache, daß Verträge oder Vertragsklauseln, auch wenn sie individuell ausgehandelt sind, gegen das **GWB**, insbes. das Verbot der Diskriminierung und der unbilligen Behinderung nach § 20 **GWB**, verstoßen können und Gegenstand einer Untersagungs- oder Bußgeldverfügung werden.

²¹ *Bezenberger* AcP 196 (1996), 375; *Picker* JZ 2003, 540, 545; v. *Koppenfels* WM 2002, 1489, 1495. Zum (obsoleten) Entwurf eines deut-schen Antidiskriminierungs-G v. 2005 s. NJW-Dok. Heft 1–2. 2005, S. XXXV.

²² BGH BB 1966, 226; MünchKommzHGB/ *K. Schmidt* Vor § 343 Rdn. 16.

²³ Zu notariellen Kaufverträgen von Neubau-grundstücken BGHZ 101, 350; 108, 164, 168; Überblick *Horn* in *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, 1999, § 23 Rdn. 280.

²⁴ Überblick bei *Fikentscher* (Fn. 14), Rdn. 89–91.

In großem Umfang wird der Inhalt von Verträgen des Handelsverkehrs durch Handelsklauseln (s. § 346 Rdn. 67 ff), Formverträge und AGB bestimmt. Hier greift das AGB-Recht ein, s. i.F. IV (Rdn. 47 ff).

2. Einzelfragen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit

- 20** a) Maßgeblich sind im Grundsatz die allgemeinen Normen des BGB über Rechts- und Geschäftsfähigkeit; zu den Besonderheiten der Personenhandelsgesellschaften vgl. oben § 124 Rdn. 1 ff, 12 ff; § 161 Rdn. 1 ff, 13 ff, sowie BGHZ 146, 341 ff zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR.
- 21** b) **Wechselrechtsfähig** und **scheckrechtsfähig** sind außer den natürlichen und juristischen Personen auch die OHG und die KG gem. §§ 124, 161 II. Gleiches gilt nach jüngerer Rechtsprechung und neuer h.M. auch für die GbR (BGHZ 136, 254 betr. Scheckfähigkeit, und BGHZ 146, 341 betr. allgemeine Rechts- und Parteifähigkeit der GbR). Dadurch und durch die Ausdehnung des Kaufmannsbegriffs erledigen sich frühere Zweifelsfragen nach der Wechselrechtsfähigkeit der sollkaufmännischen OHG oder KG und einer statt dessen eingreifenden Rechtsscheinhaftung der Gesellschafter (BGHZ 61, 59, 68 und Voraufll. Rdn. 13).
- 22** c) **Finanztermingeschäfte** können alle natürlichen und juristischen Personen und auch die Personenhandelsgesellschaften abschließen sowie die GbR, deren Fähigkeit zur selbständigen Teilnahme am Rechtsverkehr heute anerkannt ist (BGHZ 146, 341). Das frühere Schutzkonzept, Privatpersonen vor den Gefahren solcher Geschäfte (früherer Terminus: Börsentermingeschäfte) dadurch zu schützen, daß ihnen grundsätzlich die sog. Börsentermingeschäftsfähigkeit fehlte und gegen die Wirksamkeit solcher Geschäfte der Termineinwand erhoben werden konnte (§ 53 a.F. BörsG), wurde 2002 aufgegeben. Dieses Schutzkonzept war schon durch die Börsenrechtsreform 1989 dahin reduziert worden, daß Privatpersonen, die weder Kaufmann noch sonst in Börsengeschäften erfahren waren, die Börsentermingeschäftsfähigkeit durch eine formalisierte schriftliche Information über die Risiken solcher Geschäfte erwerben konnten (§ 53 II a.F. BörsG). Diese Formalisierung der gesetzlichen Informationspflicht wies Schutzlücken auf („Börsentermingeschäftsfähigkeit kraft Informationsblatt“; krit. *Schwark* FS Steindorff 1990, S. 473, 484). Die Rechtsprechung hat dies weitgehend unter Zustimmung der Literatur dadurch kompensiert, daß sie neben der gesetzlichen Informationspflicht nach § 53 II a.F. BörsG weiterhin eine privatrechtliche Informationspflicht aus Vertrag oder Gesetz (c.i.c. oder Delikt) zur ergänzenden (mündlichen) Aufklärung des Kunden annahm; ihre Verletzung löste Schadensersatzansprüche gegen die Bank oder den sonstigen Wertpapierdienstleister, der das Finanzdienstleistungsgeschäft mit dem Kunden vornahm, aus.²⁵

Das Vierte FinanzmarktförderungsG hat ab 01.07.2002 das Rechtsinstitut der Börsentermingeschäftsfähigkeit beseitigt. Das Informationsmodell wurde beibehalten. Es bestehen also weiterhin gegenüber Privatkunden, die nicht Kaufleute oder börsenerfahren sind („Verbraucher“), die formalisierten gesetzlichen Informationspflichten des „Unternehmers“ (§ 37d WpHG n.F.). Ihre Verletzung begründet einen Schadensersatzanspruch des Anlegers gegen das informationspflichtige Unternehmen (§ 37d IV 1

²⁵ BGH ZIP 1996, 1206; 1997, 782; *Horn* ZIP 1990, 2, 16 ff; *ders.* ZIP 1997, 1361 ff; *Schwark* BörsG², 1994, § 53 Rdn. 28.

WpHG n.F.). Daneben besteht die von der Rechtsprechung entwickelte allgemeinzivilrechtliche Informationshaftung fort.²⁶

3. Vertragsschluß

a) **Allgemeines; Schweigen.** Der Vertragsschluß bei Handelsgeschäften richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff BGB. Trotz fehlenden Erklärungsbewußtseins ist der Erklärende an seine Äußerung gebunden, wenn diese im Verkehr als Willenserklärung aufgefaßt wurde und er diese Wirkung erkennen konnte; ihm bleibt nur das Anfechtungsrecht gem. § 119 BGB mit der Haftung gem. § 122 BGB; BGHZ 91, 324 (betr. Bestätigung einer Bankbürgschaft). 23

Die Erklärung der **Annahme** des Vertragsangebots wird abweichend von der Terminologie des BGB im Handelsverkehr häufig „**Auftragsbestätigung**“ genannt (dazu § 346 Rdn. 46). Die Annahme kann auch **konkludent** erklärt werden. Wer von seinem Schuldner einen Scheck über einen Teilbetrag erhält, dessen Einlösung nur bei Annahme des Angebots eines (für den Gläubiger ganz ungünstigen) Abfindungsvertrags zulässig sein soll, läuft nach BGH (WM 1986, 322) Gefahr, bei Scheckeinlösung so behandelt zu werden, als habe er das Angebot (gem. § 151 BGB) angenommen („Erlaßfalle“). Dies überzeugt nicht, wenn der Gläubiger den Scheckbetrag ohne Einschränkung zu beanspruchen hatte. Der BGH hat später seine Sichtweise stark eingeschränkt: Zeigt der Gläubiger durch sein Verhalten, daß er das Erlaßangebot nicht annehmen will, oder besteht ein grobes Mißverhältnis zwischen der Schuld und dem Erlaßangebot, so ist ein Einverständnis des Gläubigers regelmäßig nicht anzunehmen.²⁷

Unter besonderen Umständen kann auch das **Schweigen** auf ein Vertragsangebot Annahme bedeuten (§ 346 Rdn. 43 ff). Einen Sonderfall dieser Art regelt § 362 (s. dort insbes. Rdn. 3). Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben führt dazu, daß das Schreiben für den Abschluß und Inhalt des betreffenden Vertrags u.U. maßgeblich wird (dazu § 346 Rdn. 49 ff, 59 ff).

b) **Fernabsatz; elektronischer Geschäftsverkehr.** Der vermehrte Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel (e-mail, Internetangebot, elektronische Handelsportale) hat den seit jeher mit Fernkommunikation (Brief, Telegramm, Telex, Fax, Telefon) arbeitenden Geschäftsverkehr unter Kaufleuten und mit Privatkunden (z.B. Versandhandel) qualitativ und quantitativ verändert, wobei aber die herkömmlichen Kategorien des Privatrechts über den Vertragsschluß grundsätzlich mit Modifikationen weiter gelten (*Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, S. 348 ff). In Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie regelt § 312e BGB besondere Informationspflichten des Unternehmers, der Waren oder Dienstleistungen über einen Tele- oder Mediendienst anbietet (Einzelh. s. Kommentare zum BGB; zur Einbeziehung von AGB Rdn. 51 ff). Der Vertrag kommt auch zustande, wenn diese Pflichten nicht erfüllt werden (*Grigoleit* WM 2001, 597). Daneben bestehen bei Fernabsatzverträgen i.S. § 312b I 1 BGB, die auf die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich Finanzdienstleistungen gerichtet sind und unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, weitere Informationspflichten, die durch § 312c I, II i.V.m. § 1 BGB-InfoV konkretisiert werden. Das bei Fernabsatzverträgen durch § 312d I BGB eingeräumte Widerrufs- und 24

²⁶ Schäfer/Lang BKR 2002, 197 ff; Horn/Balzer FS Kümpel, 2003, 275, 276 f.

²⁷ BGHZ 111, 97; BGH NJW 2001, 2324; Anm. Haertlein EWiR 2001, 745.

Rückgaberecht besteht nicht hinsichtlich der Lieferung von Waren und der Erbringung von Finanzdienstleistungen, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt (§ 312d IV Nr. 6 BGB).

Bei „**Internet-Auktionen**“, die häufig nicht die Merkmale einer Versteigerung erfüllen, weil ein Zuschlag (§ 156 BGB) durch AGB ausgeschlossen ist,²⁸ erklärt der (gewerbliche) Anbieter schon mit der Freischaltung seiner Angebotsseite ein verbindliches **Vertragsangebot** an den Bieter des Höchstgebotes jedenfalls dann, wenn dies in den AGB des Auktionshauses festgelegt (oder in der Werbung entsprechend herausgestellt) ist.²⁹ Die **Annahme** erfolgt bei solchen Internet-Auktionen, bei denen kein Zuschlag vorgesehen ist, durch Abgabe des maßgeblichen (letzten) Kaufangebots des Kunden,³⁰ falls nicht dem Käufer eine Bedenkzeit und ein befristetes Rückgaberecht in den AGB eingeräumt wurde (BGH NJW 2004, 852 betr. „umgekehrte Versteigerung“ mit sinkendem Anbieterpreis). Wird der Kaufvertrag im Rahmen einer solchen Internet-Auktion (ohne vorgesehenen Zuschlag) zwischen einem gewerblichen Anbieter und einem Verbraucher geschlossen, so hat der Verbraucher das Widerrufsrecht der §§ 312d Abs. 1, 355 BGB; der Ausschlußgrund des § 312d Abs. 4 Nr. 5 greift nicht ein (BGH NJW 2005, 53).

- 25** c) Dem **Verbraucherschutz und Kundenschutz** dienen bestimmte Vorschriften des BGB, die sich auf den Vertragsabschluß beziehen, nämlich einmal die Bestimmungen über besondere Vertriebsformen gem. §§ 312–312f BGB, ferner die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen für AGB gem. § 305 II BGB (i.F. Rdn. 51 ff) und die Bestimmungen über den Abschluß eines Verbraucherdarlehensvertrages gem. § 492 BGB; s. dazu die Kommentare zum BGB.

Neben den zuvor erwähnten Informationspflichten bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312e I Nr. 2 BGB) sowie bei Fernabsatz- und Finanz-Fernabsatzverträgen (§ 312c BGB i.V.m. § 1 BGB-InfoV) treffen den Unternehmer **besondere Informationspflichten** auch in weiteren Geschäftsbereichen, so bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen (§§ 482, 484 BGB), Verbraucherkreditverträgen (§§ 492, 502 BGB), Pauschalreiseverträgen (§ 651a III BGB) und im Überweisungsrecht (§ 675a I 2 BGB) (*Hoffmann* ZIP 2005, 829 ff). Sie entstammen vornehmlich dem **Verbraucherschutzrecht**, gelten z.T. aber auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr (vgl. § 312e I Nr. 2 BGB; § 651a III BGB; § 675a I 2 BGB i.V.m. § 12 I Nr. 1 BGB-InfoV). Während sich bei der Verletzung der verbraucherschützenden Informationspflichten ausdrückliche Sanktionen ergeben (z.B. beginnt gem. § 312d Abs. 2 BGB die Widerrufsfrist nicht vor Erfüllung der nachvertraglichen Informationspflichten), fehlt es bei den nicht verbraucherschützenden Informationspflichten an einer direkten Sanktionierung, so daß hier ein Rückgriff auf die allgemeinen Regeln des Zivilrechts geboten ist (*Hoffmann* aaO 833 ff). Zu Informationspflichten (Aufklärungspflichten) des Kaufmanns s. auch § 347 Rdn. 49 ff, der Bank Anh. § 372 III Rdn. 1 ff.

²⁸ BGHZ 149, 129 = BGH NJW 2002, 363; NJW 2004, 852.

²⁹ BGHZ 149, 129 = BGH NJW 2002, 363, 364; OLG Hamm NJW 2001, 1142; *Mankowski* EWIR 2000, 415; *Rüfner* JZ 2000, 715 (beide

zur gegenteiligen Entscheidung des LG Münster DB 2000, 663); krit. *Spindler* ZIP 2001, 809; Überblick *Wiebe* MMR 2000, 323.

³⁰ BGHZ 149, 129 = BGH NJW 2002, 363, 364; NJW 2005, 53.

4. Formerfordernisse

a) **Allgemeines. Der mündliche** (telefonische) **Vertragsschluß** unter Kaufleuten ist nach allgemeinen Grundsätzen wirksam; beim Abschluß durch konkludentes Verhalten kann Handelsbrauch für die Bedeutung des Verhaltens relevant sein (s. § 346 Rdn. 39 ff). Besteht ein Handelsbrauch, den mündlichen Abschluß alsbald zu bestätigen, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags davon nicht ab, wenn die Parteien die schriftliche Bestätigung nur zu Beweis Zwecken verwenden wollen.³¹ Anders, wenn die Parteien den wirksamen Abschluß von der Schriftform abhängig gemacht haben (Rdn. 31). Schriftliche Erklärungen (Angebot, Annahme, Vertragstext) haben die Vermutung der Vollständigkeit für sich; wer abweichende mündliche Vereinbarungen behauptet, trägt die Beweislast.³²

b) Für Handelsgeschäfte gelten grundsätzlich die **Formvorschriften des BGB**; z.B. die §§ 311b I, 873, 925 BGB für Grundstücksgeschäfte. Vereinbarungen über vertikale Preisbindungen bei Zeitungen und Zeitschriften sind schriftlich abzufassen (§ 30 II GWB). **Schiedsverträge** auch mit und unter Kaufleuten unterliegen dem Schriftformerfordernis des § 1031 I ZPO, der für den gewerblichen Verkehr Erleichterungen (I 2. Alt., II–IV), bei Beteiligung eines Verbrauchers am Vertrag gesteigerte Anforderungen vorsieht (Abs. 5: beiderseitig eigenhändig unterzeichnete Urkunde). Ist der Vertragsgegner des Kaufmanns ein Verbraucher, so müssen die zu dessen Schutz gegebenen Formvorschriften (z.B. Schriftform des Verbraucherdarlehens gem. § 492 I BGB) eingehalten sowie die für besondere Vertriebsformen geltenden Pflichten gem. §§ 312–312 f BGB erfüllt werden. **Formfrei** ist die Bürgschaft, das Schuldversprechen oder das Schuldanerkennnis des Kaufmanns (§ 350); das Schriftformerfordernis der §§ 766 S. 1, 780 und 781 S. 1 BGB besteht hier nicht.

c) Die **gesetzlichen Formerfordernisse des BGB**, die im übrigen grundsätzlich für den Kaufmann gelten, sind neben der Schriftform (§ 126 BGB) die **elektronische Form** (§ 126a BGB) und die **Textform** (§ 126b BGB); letztere beiden Formen sind durch das FormanpassungsG 2001³³ ins BGB eingeführt worden; s. dazu die Kommentare zum BGB. Die elektronische Form soll die gesetzliche Schriftform i.S. § 126 ersetzen können; der Gesetzgeber hat aber in wichtigen Fällen die Gleichwertigkeit ausdrücklich ausgeschlossen, so für das Verbraucherdarlehen (§ 492 I 2 BGB) sowie für Bürgschaft (§ 766 S. 2 BGB), Schuldversprechen (§ 780 S. 2 BGB) und Schuldanerkennnis (§ 781 S. 2 BGB), sofern der Schuldner nicht Kaufmann ist (vgl. § 350).

Erforderlich i.S. § 126a I BGB ist die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz. Elektronische Signaturen sind Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verknüpft sind und die zur Authentifizierung des Texturhebers dienen (§ 2 Nr. 1 SigG). Sie sind qualifiziert, wenn sie den besonderen Anforderungen an die Sicherheit des Nachweises der Authentizität dienen. Dies kann durch Verwendung eines privaten Schlüssels zur Textverschlüsselung durch den Texturheber geschehen, der ausschließlich diesem zugeordnet und nur ihm bekannt ist, und durch die Verwendung eines öffentlichen Schlüssels durch den Adressaten zur Entschlüsselung des Textes. Zugun-

³¹ RG JW 1924, 405; BGH NJW 1964, 1269.

³² BGH NJW 1980, 1680; BGHZ 79, 281, 287; MünchKommzBGB/*Einsele*⁴ § 127 Rdn. 16.

³³ G zur Anpassung der Formvorschriften des

Privatrechts an den modernen Rechtsge-
schäftsverkehr v. 13.07.01, BGBl. I 1542, in
Kraft seit 01.08.01.

sten des Adressaten streitet eine prima facie-Vermutung, daß die Erklärung vom Signaturschlüsselinhaber abgegeben worden ist; der Inhaber muß diesen Anschein entkräften (§ 292a ZPO). Die Textform i.S. § 126b BGB ist eine erleichterte Schriftform, die die klassischen Funktionen der Schriftform (Warnung, Beweis und Identitätshinweis) nicht erfüllt, aber zur Dokumentation und Information geeignet ist. Hier genügt auch die elektronische Speicherung des Textes ohne qualifizierte elektronische Signatur, also z.B. ein per e-mail zugeleiteter Text. Eine Reihe von Vorschriften im HGB (§§ 410 I, 438 IV, 455 I u. 468 I), im BGB und in anderen Gesetzen verlangen **Textform**.

- 30** d) **Schriftformklauseln.** Im kaufmännischen Verkehr wird häufig für Verträge die Schriftform gem. § 127 BGB vereinbart; nach dieser Vorschrift gelten im Zweifel für die gewillkürte Schriftform die gleichen Anforderungen wie für die o.a. gesetzlichen Schriftformen der §§ 126, 126a und 126b BGB. Eine Schriftformvereinbarung kann auch in AGB geschehen.³⁴ Sehen die AGB beider Seiten eine Schriftformklausel vor, so gilt die Schriftform ohne weiteres als vereinbart (s. Rdn. 56; zum Problem des Verwenders i.S. § 305 I 1 BGB s. Rdn. 48). Zur formlosen Aufhebung der Schriftformklausel i.F. Rdn. 35.

Schriftformklauseln in AGB unterliegen grundsätzlich der Inhaltskontrolle gem. §§ 307–309, 310 BGB (unten IV Rdn. 57 ff.). Ihre Wirksamkeit ist jedenfalls bei Vorliegen eines berechtigten Interesses anzuerkennen.³⁵ In bestimmten Branchen und Geschäftsformen des Handelsverkehrs entspricht die Schriftform einem Bedürfnis und ist weithin üblich, so daß jedenfalls keine generellen Bedenken gegen sie aus §§ 305c, 307–309, 310 BGB bestehen.

- 31** Die Schriftform kann reinen Beweiszwecken dienen. Dies ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Parteien auf die Textform i.S. § 126b BGB geeinigt haben. Im Zweifel ist aber anzunehmen, daß die Schriftform Wirksamkeitsvoraussetzung sein soll; vgl. § 154 II BGB.³⁶ Mündliche Nebenabreden zum gleichen Vertragsgegenstand sind dann unwirksam; anders, wenn diese Rechtsfolge durch Abrede beseitigt wurde (Rdn. 34). Unter Kaufleuten können in AGB gem. § 310 I 1 BGB entgegen § 309 Nr. 13 BGB auch weiterreichende, über § 127 BGB hinausgehende Formerfordernisse vorgeschrieben werden (qualifizierte Schriftformklausel);³⁷ besteht dafür aber kein objektives Bedürfnis, so kann diese Klausel gem. § 307 BGB unwirksam sein.³⁸

- 32** Eine **Vollständigkeitsklausel** („weitere Vereinbarungen und Abreden sind nicht getroffen worden“; vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 1194) wiederholt nur den Grundsatz, daß ein schriftlicher Vertrag die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hat und daß daher beweispflichtig ist, wer zusätzliche oder abändernde Abreden behauptet (BGHZ 79, 281, 287). Da die Klausel die gesetzliche Beweislast nicht verändert, ist sie auch gegenüber Privatkunden (§ 309 Nr. 12b BGB) wirksam.³⁹ Soll die Klausel dagegen eine weitergehende Wirkung haben (Vermutung, Fiktion),

³⁴ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher AGBG⁴, § 9 Rdn. S 32.

³⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher AGBG⁴, § 9 Rdn. S 33.

³⁶ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher AGBG⁴, § 9 Rdn. S 32.

³⁷ Vgl. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher AGBG⁴, § 11 Nr. 16 Rdn. 16.

³⁸ BGH NJW 1985, 2329, 2330 (zu § 9 AGB-Gesetz).

³⁹ BGHZ 79, 281, 287; BGH NJW 1985, 623, 630; 1985, 2329, 2331; ZIP 1999, 1887; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher AGBG⁴, § 9 Rdn. S 49; Heinrichs EWIR 2000, 1.

bestehen gegen ihre Wirksamkeit schon im Individualvertrag Bedenken.⁴⁰ Als AGB-Klausel verstößt sie gegen § 309 Nr. 12 BGB.

e) Die **Erfüllung** der vereinbarten Schriftform ist durch § 127 BGB erleichtert. Im Zweifel genügt die telekommunikative Übermittlung und bei einem Vertrag der Briefwechsel (Abs. 2 S. 1). Es genügt daher ein Fax, eine E-Mail, ein Fernschreiben (*Buckenberger* DB 1982, 635) oder ein Telegramm. Das Telegramm kann fernmündlich aufgegeben werden; das Ankunftstelegramm muß aber als Schriftstück zugegangen sein, weil sonst der Empfänger nicht über die Verkörperung der Erklärung verfügen kann (*Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 127 Rdn. 2). Der Mangel der eigenhändigen Unterschrift unter der telekommunikativ übermittelten Erklärung ist unschädlich; die Erklärung muß aber unzweideutig ergeben, wer die Erklärung abgegeben hat (BGH NJW-RR 1996, 641; ZIP 1999, 136). Wenn § 127 II BGB für den Vertragsschluß Briefwechsel genügen läßt, so kann dieses Erfordernis mit der Zulässigkeit der telekommunikativen Übermittlung so kombiniert werden, daß es ausreicht, wenn eine Partei einen Brief schickt, die andere z.B. ein Fernschreiben; eine E-Mail nur, wenn (auch) elektronische Form vereinbart ist (Abs. 3). Der Absender muß eindeutig erkennbar sein. Für den Brief ist im Zweifel eigenhändige Unterschrift zu fordern (*Staudinger/Hertel* BGB¹³, 2004, § 127 Rdn. 45; a.A. *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 127 Rdn. 2). Nur unter besonderen Umständen kann die gewillkürte Schriftform auch durch Aushängung einer unbeglaubigten Fotokopie der unterzeichneten Originalurkunde gewahrt werden (BAG NJW 1999, 596 betr. Übergabe der Kopie des in der Gerichtsakte enthaltenen Kündigungsschreibens in einem Gerichtstermin). 33

f) **Überwindung des Formmangels; Aufhebung der Schriftform.** Ist das Rechtsgeschäft mangels der **gesetzlichen Form** gem. § 125 BGB nichtig und keiner der gesetzlichen Heilungstatbestände eingetreten (vgl. z.B. §§ 311b I 2, 518 II, 766 S. 3 BGB), so kann der Berufung auf die Formnichtigkeiten in seltenen Ausnahmefällen der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegengehalten werden, um untragbare Ergebnisse zu vermeiden.⁴¹ Für die **vereinbarte Schriftform** („Schriftformklausel“) gilt im Grundsatz das gleiche. Sie hat aber geringere Bestandskraft, weil die Parteien sie jederzeit aufheben können. Vereinbarte Schriftform gilt daher in folgenden Fällen nicht (Überblick *Tiedtke* MDR 1976, 367): (1) in dem o.a. Fall, daß der Berufung auf den Formmangel der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegensteht; dies ist z.B. der Fall, wenn die Einhaltung der verabredeten Schriftform bewußt vereitelt worden ist (BGHZ 66, 378). (2) Es kann eine Ausnahme von der Schriftform vereinbart sein, insbes. für bestimmte, abgrenzbare Teile des Vertrages oder für Nebenabreden. Diese Vereinbarung kann auch konkludent erfolgen. Die Beweislast dafür trägt, wer sich auf die Gültigkeit der mündlichen Abrede beruft (Rdn. 32). Eine solche vereinbarte Ausnahme kann vorliegen, wenn beim Gebrauchtwagenkauf der km-Stand zwar im Vertragsformular (mit Schriftformklausel) nicht erwähnt, aber deutlich auf dem Verkaufsschild angegeben ist (BGH WM 1975, 897: wirksame Eigenschaftszusicherung). Gültig ist auch eine mündliche Kulanzzusage trotz AGB-Schriftformklausel (OLG Köln DB 1975, 2271: Motortausch bis 60.000 km). 34

⁴⁰ Wie hier wohl *Baumbach/Hopt* Einl. vor § 343 Rdn. 9; a.A. OLG Karlsruhe BB 1972, 198 (d.h. Beweisantritt über Nebenabrede sei ausgeschlossen).

⁴¹ BGHZ 29, 7, 10; 48, 396, 398; 92, 164, 172; 132, 119, 128.

- 35** (3) Die Schriftformklausel kann jederzeit von den Parteien aufgehoben werden; dies kann mündlich, auch konkludent, geschehen und selbst dann, wenn die Parteien an die Schriftformklausel gar nicht gedacht haben, der Geltungswille für die mündliche Abrede aber eindeutig ausgedrückt ist.⁴² Ein Aufhebungswille ist zu verneinen, wenn die Parteien für die mündliche Zusatzabrede schriftliche Bestätigung vereinbart haben (BGH BB 1967, 1309). Die Abrede, daß für die Aufhebung der Schriftform ebenfalls Schriftform erforderlich sei, ist in AGB unwirksam, aber auch in einer Individualvereinbarung, weil die Parteien nicht endgültig ihre Autonomie zur formfreien Vereinbarung aufgeben können (str.).⁴³

5. Auslegung

- 36** Für die Auslegung der Verträge und sonstigen Willenserklärungen im Handelsverkehr gelten grundsätzlich die §§ 133, 157 BGB und die dazu entwickelten Regeln. Bei der Auslegung ist gem. § 346 Handelsbrauch zu berücksichtigen, s. § 346, insbes. Rdn. 3, 34 ff.

6. Leistungsbestimmungsrechte und Vertragsanpassung

Schrifttum. S. die Kommentare zu §§ 313, 315–319 BGB und die Kommentare zum AGB-Recht (§§ 305–310 BGB) und zum (aufgehobenen) AGB-Gesetz, z.B. *Wolf/Horn/Lindacher* 4. Aufl. 1999, insbes. § 9 Rdn. L 117 ff; § 23 Rdn. 150, 710, 720; § 24 Rdn. 26 f. Ferner (Auswahl): *J.F. Baur* Vertragliche Anpassungsregeln, dargestellt am Beispiel langfristiger Energielieferungsverträge, 1983; *Berger* Neuverhandlungs-, Revisions- und Sprechklauseln im internationalen Wirtschaftsvertragsrecht, RIW 2000, 1; *Dürkes* Wertsicherungsklauseln, 10. Aufl. 1992; *Fecht* Neuverhandlungspflichten, 1988; *Horn* Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981) 255; *ders.* Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem in: Gutachten u. Vorschläge z. Überarb. d. Schuldrechts (Hrsg. BJM) Bd. I 1981, S. 551 ff; *ders.* Vertragsbindung unter veränderten Umständen. Zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen in langfristigen Verträgen, NJW 1985, 1118; *Kiethe* Nachverhandlung mit der Treuhandanstalt, 1994; *Kröll* Ergänzung und Anpassung von Verträgen durch Schiedsgerichte, 1998; *Kronke* Zur Funktionsdogmatik der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB, AcP 183 (1983) 113; *Nelle* Neuverhandlungspflichten, 1994; *K. Schmidt/Andreas Blaschczok* Geldrecht (Staudinger, §§ 244–248) 13. Aufl. 1997; *Vogler* Indexierungsverbot nach § 2 Preisangaben- und Preisklauselgesetz, NJW 1999, 1236; *R.M. Wiedemann* Preisänderungsvorbehalte, 1991; *M. Wolf* Preisanpassungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten, ZIP 1987, 341; zum internationalen Wirtschaftsverkehr *Horn/Fontaine/Maskow/Schmittthoff* Die Anpassung langfristiger Verträge, 1984; *Horn* (Hrsg.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 1985.

- 37** a) **Problemübersicht.** Im Handelsverkehr besteht ein verbreitetes Bedürfnis, bestimmte Vertragspunkte bei Vertragsschluß offen zu lassen und erst später festzulegen, z.B. Preise (Preisvorbehalt) oder die Einzelheiten komplexer Leistungen und Lieferungen (z.B. Bauleistungen, Lieferung technischer Anlagen). Der Vertrag ist also noch **ausfüllungsbedürftig**. Hier greifen Leistungsbestimmungsklauseln ein (i.F. c). Ferner besteht häufig ein Bedürfnis nach Abänderung bereits getroffener Leistungs- und Preisvereinbarungen. Hier kann der gesetzliche Tatbestand einer schwerwiegenden Störung der Geschäftsgrundlage gegeben sein (i.F. b). Der Handelsverkehr verwendet darüber hinaus insbes. bei Verträgen mit längerer Laufzeit (lange Lieferzeit oder Dauerschuldverhältnis wie Miete oder Energielieferung) oder Verträgen über komplexe Lei-

⁴² BGH WM 1965, 175; 1972, 311 ff; BGHZ 71, 164; *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 125 Rdn. 14.

⁴³ *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 125 Rdn. 14; im

Ergebnis auch BGH NJW 1986, 3131, 3132; a.A. BGHZ 66, 378; BFH BStBl. II 1991, 933, 934.

stungen eine Fülle vertraglicher Anpassungsregelungen und Preisklauseln.⁴⁴ Diese Regelungen lassen sich nach ihrer Funktion im Vertrag und nach dem Verfahren der Anpassung einteilen in die bereits erwähnten Leistungsbestimmungs- und -abänderungsrechte (c), Automatikklauseln (d), Neuverhandlungsklauseln (e) und Wertsicherungsklauseln (f).

Die Vereinbarungen unterliegen verschiedenen normativen Anforderungen (*Horn* NJW 1985, 1119): Als Individualvereinbarungen sind sie in den Grenzen der §§ 138, 242, 315 ff BGB zulässig. Weitaus häufiger werden sie als AGB verwendet. Hier greifen die z.T. gesteigerten Anforderungen des AGB-Rechtes ein, insbes. des § 307 BGB (vgl. auch § 309 Nr. 1 BGB). Ferner greifen sondergesetzliche Regelungen ein (*Horn* aaO; zum GWB *Baur* aaO). Bei Wertsicherungsklauseln ist § 2 PaPKG zu beachten; dazu § 361 Rdn. 19 ff.

b) Geschäftsgrundlage; Neuverhandlung und Anpassung. Auch bei Fehlen einer Anpassungsklausel oder bei Vereinbarung einer untauglichen Anpassungsklausel ist eine Vertragsanpassung (und ggf. eine Vertragsauflösung) unter den strengen Voraussetzungen der wesentlichen Störung der Geschäftsgrundlage i.S. § 313 I BGB möglich. Da der Rechtsverkehr auf die Verlässlichkeit vertraglicher Verpflichtungen angewiesen ist, sind die einschränkenden Voraussetzungen des Tatbestandes des § 313 I BGB sorgfältig zu beachten. Die Umstände müssen zur Grundlage des Vertrags geworden sein, d.h. beide Parteien müssen das Vorhandensein und Fortbestehen dieser Umstände bei Vertragsschluß als Teil ihrer Entscheidungsgrundlage vorausgesetzt haben. Diese Umstände müssen sich schwerwiegend verändert haben; das Festhalten am unveränderten Vertrag muß einem Teil nicht mehr zumutbar sein; die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung darf eine Berücksichtigung der Veränderung nicht ausschließen.⁴⁵ Rechtsfolge ist der Anspruch der belasteten Partei auf Anpassung des Vertrages. Dies führt zu einer **Neuverhandlungspflicht** beider Parteien und bei ihrem Scheitern zu einer richterlichen **Vertragsanpassung** anhand der Kriterien des § 313 I BGB.⁴⁶

Ist eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des **Rücktrittsrechts** tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur **Kündigung** (§ 313 III BGB). Daneben besteht ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners, sofern die Leistungserbringung einen Aufwand erfordert, der unter Berücksichtigung des Vertragsinhalts und der Grundsätze von Treu und Glauben für ihn unzumutbar ist (§ 275 II BGB). Das Verhältnis von § 275 II zu § 313 I BGB ist ungeklärt.⁴⁷ § 275 II BGB, der an die früher vom RG verwendete Kategorie der „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ erinnert, ist gerade im kaufmännischen Geschäftsverkehr mit größter Zurückhaltung zu verwenden. Im Zweifel führt die Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses (vgl. § 275 II 1 BGB) dazu, daß der Versprechende das Risiko eines erhöhten Aufwandes selbst tragen muß und nicht auf den Vertragsgegner abwälzen kann. Diese Berücksichtigung der vertraglichen Risikoverteilung ist in § 313 I BGB zurecht ausdrücklich geboten. – Eine richterliche Vertragsanpassung kann auch außerhalb des Tatbestandes

⁴⁴ Überblick *Horn* NJW 1985, 1118 m.N.; *Baur* Vertragliche Anpassungsregeln; zum internat. Bereich *Horn* Adaptation, S. 111 und *ders.* in: *Horn/Fontaine/Maskow/Schmittthoff* S. 18–36.

⁴⁵ Vgl. i.E. die Kommentare zu § 313 I BGB und *Horn* in Gutachten u. Vorschläge z. Über-

arb. d. Schuldrechts (Hrsg. BJM), Bd. I 1981, S. 577 ff, 591, 636 ff.

⁴⁶ *Horn* AcP 181 (1981) 255; *ders.* Gutachten u. Vorschläge z. Überarb. d. Schuldrechts (Fn. 45), S. 579, 629 ff.

⁴⁷ Weiterführend *Schlüter* ZGS 2003, 346 ff.

des § 313 I BGB im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung möglich sein. Diese kann auch eingreifen, wenn eine Anpassungsregelung unwirksam ist.⁴⁸

- 39 c) **Leistungsbestimmungsrechte** und -änderungsrechte finden sich in den AGB für wichtige Massenverträge, insbes. der Banken und Versicherungen, und in Lieferverträgen hinsichtlich der Preise (**Preisvorbehalte**; Listenpreisklauseln) und ggf. anderer Leistungsbestandteile. Bestimmungsrechte **Dritter** sind z.B. im Gebrauchtwagenhandel (BGH NJW 1983, 1854 betr. DAT-Schätzpreis), in Architektenhonorarregelungen (BGHZ 81, 229) und bei Mietanpassung durch Schiedsgutachten (BGHZ 62, 314) anzutreffen. Als Individualvereinbarungen sind diese Leistungsbestimmungsrechte gem. §§ 315, 317 BGB grundsätzlich zulässig. Hauptproblem ist die Vereinbarung sachgerechter und hinreichend bestimmter Entscheidungskriterien für die Partei oder den Dritten. Dabei dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.⁴⁹

Individualvereinbarungen über Leistungsbestimmungsrechte unterliegen nur einer Inhaltskontrolle nach §§ 242, 315, 317 BGB. Danach ist die Vereinbarung nur unter engen Voraussetzungen unwirksam, insbes. wenn sie auch reine Willkürentscheidungen vorsieht (*Palandt/Heimrichs* BGB⁶⁴, § 315 Rdn. 5). Die **Ausübung** der Bestimmungsrechte, d.h. deren konkretes Ergebnis, unterliegt der differenzierten gerichtlichen Billigkeitsprüfung gem. §§ 315 III 2, 319 I 2 BGB. Leistungsbestimmungsrechte können auch als Instrumente der Vertragsanpassung, d.h. der Abänderung einer bereits getroffenen vertraglichen Leistungsbestimmung, vereinbart werden.⁵⁰

- 40 Leistungsbestimmungsrechte können auch durch **AGB** eingeräumt werden. Sie unterliegen dann den Maßstäben des § 305c BGB (überraschende und mehrdeutige Klauseln) und der Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB; letztere ist nicht durch § 307 III 1 BGB ausgeschlossen, weil Leistungsbestimmungsklauseln von Rechtsvorschriften abweichen.⁵¹ Da Leistungsbestimmungsrechte vom Grundsatz der beiderseitigen konsensualen Bestimmung des Leistungsinhalts abweichen und tendenziell den Vertragsgegner des Bestimmungsberechtigten benachteiligen, bedürfen solche Klauseln in AGB einer sachlichen Rechtfertigung durch Art oder Umstände des betreffenden Geschäfts und einer angemessenen Ausgestaltung im Sinne eines Interessenausgleichs, um der Inhaltskontrolle standzuhalten.⁵² Der Kaufmann ist relativ weniger schutzbedürftig als der Privatkunde, z.B. bei Listenpreisklauseln.⁵³ Gegenüber Kaufleuten ist das Verbot von Klauseln über kurzfristige Preiserhöhungen in § 309 Nr. 1 BGB auch nicht indirekt (vermittels Wertung nach § 307 BGB) anwendbar (BGHZ 93, 252 betr. §§ 9, 11 Nr. 1 AGBG). Bei Anpassungsrechten jenseits der Viermonatsfrist des § 309 Nr. 1 BGB ist Privatleuten bei einer Anpassung, die den Lebenshaltungskostenindex überschreitet, ein Rücktrittsrecht einzuräumen, Kaufleuten nicht.⁵⁴

⁴⁸ BGHZ 81, 135, 138 f; BGHZ 90, 69 (betr. unwirksame Tagespreisklausel bei Neuwagenkauf).

⁴⁹ *Horn* in Gutachten u. Vorschläge z. Überarb. d. Schuldrechts (Fn. 45), S. 581 m.N.; *ders.* NJW 1985, 1121; *Kronke* AcP 183 (1983), 113, 119; vgl. auch *Baur* Vertragliche Anpassungsregeln, S. 68 ff. Bedenklich insoweit BGHZ 55, 248; vgl. aber auch BGH NJW 1975, 1557.

⁵⁰ Vgl. z.B. BGH ZIP 1985, 284; allg. *Horn* NJW 1985, 1121; *Baur* Vertragliche Anpassungsregeln, S. 60 f.

⁵¹ BGHZ 81, 229, 232; 82, 21; BGH ZIP 1985, 284 f; *Horn* NJW 1985, 1121.

⁵² BGHZ 82, 238, 240; 89, 206, 211; BGH NJW-RR 1988, 1077, 1080; BGH NJW 1992, 2356, 2357; NJW 1994, 1060, 1063; *Horn* NJW 1985, 1118, 1121.

⁵³ *Horn* in *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 26; zust. BGHZ 92, 200, 206.

⁵⁴ Zur Tagespreisklausel beim Kfz-Kauf durch Privatkunden s. BGHZ 82, 21, 25 und BGHZ 90, 69, 78 und NJW 1984, 1180 f; zur Preisklausel gegenüber Kaufleuten z.B. BGHZ 92, 200.

In langfristigen Lieferverträgen mit Kaufleuten im Rahmen von Vertriebssystemen wird ein nicht näher konkretisiertes Preisanhebungsrecht an aktuelle Angebotspreise (**Listenpreisklausel**), das also lediglich durch den Wettbewerb begrenzt wird, als zulässig angesehen.⁵⁵ Dies muß jedoch auch außerhalb solcher Vertriebssysteme (mit gleichgerichteten Interessen) gelten, sofern der Wettbewerb die Anpassungsmöglichkeit des Bestimmungsberechtigten begrenzt; nur wo es am Wettbewerb fehlt (z.B. noch immer in Energieversorgungsverträgen) muß die Klausel durch den Maßstab der Kostensteigerungen begrenzt werden; str.⁵⁶ Der Umstand, daß einseitig ein Anpassungsrecht des Verwenders vorgesehen ist, ist – für sich betrachtet – wohl regelmäßig unschädlich.⁵⁷ **41**

Sonstige Leistungsbestimmungsrechte in AGB sind auch im kaufmännischen Verkehr wirksam, wenn die Entscheidungskriterien transparent sind (§ 307 I 2 u. III 2 BGB) oder ggf. die Interessen des Kunden auf andere Weise gewahrt werden. Zur letzteren Gruppe gehört z.B. das Dispositionsrecht des Pressegrossisten, der Sortiment und Stückzahl der zu vertreibenden Presseerzeugnisse bestimmt; dieses Recht wird kompensiert durch das nach Handelsbrauch bestehende Remissionsrecht des Zeitschriftenhändlers (BGHZ 82, 238). Der Automobilhersteller soll kein freies Änderungsrecht hinsichtlich des Marktgebietes seines Vertragshändlers haben (BGHZ 89, 206, 210 ff); dies soll aber nur gelten, wenn dem Vertragshändler ein eigenes Marktverantwortungsgebiet im Vertriebssystem vertraglich zugesichert war; andernfalls kann in AGB formularmäßig das Recht zur Einsetzung weiterer Händler im selben Gebiet vorbehalten werden (BGHZ 93, 29, 52 ff). Die letztere Entscheidung bestätigt die grundsätzliche Freiheit des Herstellers zur Wahl seines Vertriebssystems. Diese Rechtsprechung ist allerdings, soweit sie die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Gebietsschutzes im KfZ-Handel voraussetzt, aufgrund EG-Rechts ab 2005 gegenstandslos.⁵⁸ **42**

Die Inhaltskontrolle von einseitigen Leistungsbestimmungsrechten des Verwenders von AGB ist zum Schutz der Gegenseite besonders wichtig, wenn der Verwender ein **Versorgungs- oder Verkehrsunternehmen** ist und eine monopolähnliche oder jedenfalls marktstarke Stellung hat und die Marktgegenseite nicht oder nicht leicht auf andere Anbieter ausweichen kann. Die bei Versorgungsverträgen verbreiteten **Preis-anpassungsklauseln** unterliegen einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.⁵⁹ Die Inhaltskontrolle gilt nicht nur für Sonderabnehmer, sondern auch für Tarifkunden (BGH NJW 1987, 1828); anders bei Individualvereinbarungen (BGH NJW-RR 1990, 1204). Die aufgrund von Leistungsbestimmungs- und -anpassungsklauseln erlassenen Tarife unterliegen hinsichtlich ihrer Höhe der gerichtlichen Billigkeitskontrolle gem. § 315 III BGB (BGH NJW 1998, 3188, 3191). **43**

d) Automatik Klauseln (z.B. Preisgleitklauseln) legen im Vertrag das Anpassungsprogramm durch eine Formel vollständig fest, z.B. die Anpassung von Preisen an **44**

⁵⁵ BGHZ 93, 252 (Schmiermittel); BGH NJW 1985, 853 (Kfz-Vertragshändler).

⁵⁶ Horn NJW 1985, 1122 f; enger Wolf ZIP 1987, 341 ff (durchweg Begrenzung auf nicht vorhersehbare Kostensteigerungen).

⁵⁷ Wolf ZIP 1987, 341 ff; a.A. OLG Frankfurt NJW 1986, 1355 betr. Leasing-Vertrag.

⁵⁸ VO (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission v.

31.7.2002, AblEG Nr. L 203, S. 30, Art. 4 (1) b und Art. 5 (2) b.

⁵⁹ Horn in Wolf/Horn/Lindacher AGBG⁴, § 23 Rdn. 150 m.N.; BGH NJW 1987, 1828 (Gasanschlußkosten); BGH NJW-RR 1992, 183 (Stromtarife); BGH NJW 1992, 172 (Abwasserentgelte).

Kostenentwicklungen.⁶⁰ Die Klauseln unterliegen nicht der Billigkeitskontrolle des § 315 III BGB, da ein Ermessen des Berechtigten gerade ausgeschlossen sein soll. Die Klauseln sind im Rahmen der §§ 138, 242 BGB zulässig. Eine Genehmigungsbedürftigkeit kann sich aus § 2 II PaPkg ergeben. Sofern in AGB verwendet, dürfen die Klauseln nicht überraschend oder unklar sein (§§ 305c I, 307 I BGB); beides wird man bei Branchenüblichkeit oft verneinen können. Die Klauseln unterliegen trotz des Preiskontrollverbots, das sich indirekt aus § 307 III 1 BGB (früher: § 8 AGBG) entnehmen läßt, der Inhaltskontrolle (*Horn NJW* 1985, 1120). Bei unvorhergesehenen Entwicklungen besteht die Gefahr überproportionaler Anpassungseffekte. Hier kann eine beigefügte **Revisionsklausel** (Rdn. 45) oder ein Lösungsrecht helfen; dies kann zur Angemessenheit der ganzen Anpassungsregelung i.S. § 307 BGB erforderlich sein. Manche Klauseln verbinden eine gewisse Automatik durch Anbindung an eine bestimmte andere Größe mit einem gewissen, oft aus praktischen Gründen unentbehrlichen Ermessensspielraum des Bestimmungsberechtigten i.S. einer Leistungsbestimmungsklausel.

Zinsanpassungsklauseln, die durch die wechselnden Verhältnisse der Refinanzierungsmärkte sachlich gerechtfertigt sind, verstoßen nicht gegen § 307 BGB (§ 9 AGBG).⁶¹ Die Klauseln sollen möglichst genaue Anpassungsmaßstäbe angeben, und sie dürfen nicht nur einseitig Erhöhungen, sondern müssen auch Zinsherabsetzungen ermöglichen (BGH aaO). Auch eine individuell vereinbarte Automatik Klausel kann, wenn sie wegen schwerwiegend veränderter Umstände zu einem für einen Vertragsteil unzumutbaren Ergebnis führt, gem. § 313 I BGB durch Neuverhandlung und notfalls richterliche Vertragsanpassung durch eine sachgerechtere Lösung ersetzt werden (vgl. auch BGH WM 1985, 417 = WuB I E 6 – 1.85 *Haffke*).

- 45 e) Neuverhandlungsklauseln** (Revisionsklauseln, Wirtschaftsklauseln) sind zulässig und weit verbreitet, auch im internationalen Verkehr (*Horn Adaptation*, S. 111 ff). Sie normieren meist den Tatbestand einer **Störung der Geschäftsgrundlage** i.S. § 313 I BGB, die ein unverändertes Festhalten am Vertrag für einen Vertragsteil unzumutbar macht. Solche Klauseln bedürfen einer gewissen Konkretisierung von Anpassungsmaßstäben und Anpassungsziel; diese Anforderungen dürfen aber nicht überspannt werden (*Horn AcP* 181 [1981], 283). Findet sich die Klausel in AGB, so darf sie nicht überraschend (§ 305c BGB) oder intransparent sein (§ 307 I 2 BGB) oder den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen (§ 307 I 1 BGB). Meist ist der Kunde bei Neuverhandlung aber besser geschützt als bei einseitigem Leistungsbestimmungsrecht. Bei **Revisionsklauseln** zur Korrektur unpraktikabler Automatik Klauseln (Rdn. 44) lassen sich hinreichende Anpassungsmaßstäbe meist schon aus dem Grundgedanken der ursprünglichen Klausel gewinnen. Bei Abänderung von AGB ist anders als bei der Bestimmung oder Abänderung der Leistung ein einseitiges Bestimmungsrecht ohnehin unzulässig.⁶² Bei Massenverträgen, z.B. Versicherungsbedingungen, ist die Neuverhandlung mit jedem Kunden nicht durchführbar; auf eine rechtsgeschäftliche Annahme der geänderten Bedingungen kann aber nicht verzichtet werden (*Horn in: Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 23 Rdn. 458 f). Soweit hier bei entsprechenden Abänderungsangeboten des Verwenders mit Erklärungsfiktionen des Kun-

⁶⁰ Zu Energielieferungsverträgen BGH WM 1978, 1389; allg. *Baur Vertragliche Anpassungsregeln*, S. 33 f; Überblick *Horn in Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 23 Rdn. 150.

⁶¹ BGHZ 97, 212 = WuB I E 1 – 13.86 *Stützele*;

dazu *Schwarz NJW* 1987, 626; *Herrmann WM* 1987, 1029 und 1057; *Horn WM Sonderbeil. Nr. 1 zu 11/1997*, S. 11.

⁶² *Horn in Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 23 Rdn. 458 f.

den gearbeitet wird, ist § 308 Nr. 5 BGB zu beachten (BGH NJW 1985, 617 zu § 10 Nr. 5 AGBG). Eine Neuverhandlungspflicht kann sich auch ohne entsprechende Vertragsklausel aufgrund schwerwiegender Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 I BGB ergeben (Rdn. 38).

f) Wertsicherungsklauseln, die den Wert einer künftigen (einmaligen oder wiederkehrenden) Geldleistung im Rahmen langfristiger Verträge abweichend vom Nennwert bestimmen, um den Geldgläubiger vor der (inflationären) Entwertung seiner Forderung zu schützen, unterliegen der Genehmigungspflicht nach § 2 PaPKG; dazu unter § 361 Rdn. 18 ff. 46

IV. AGB-Recht und Handelsgeschäfte

Schrifttum. S. die Kommentare zu §§ 305–310 BGB und die Kommentare zum früheren AGB-Gesetz, insbes. zu § 24, z.B. *Horn in Wolf/Horn/Lindacher* 4. Aufl. 1999.

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit

a) Kundenschutz im Handelsverkehr. In Anbetracht der umfangreichen Verwendung von AGB durch den kaufmännischen Unternehmer ist dieser der hauptsächliche Adressat des AGB-Rechtes. Legt man den weiten Begriff des Handelsgeschäfts des § 345 zugrunde, der auch einseitige Handelsgeschäfte zwischen Kaufmann und Privatkunden einschließt, so sind Handelsgeschäfte das hauptsächliche Anwendungsgebiet des AGB-Rechts. Durch das AGB-Recht wird nicht nur der private Endkunde (Verbraucher i.S. § 13 BGB) geschützt, sondern auch der kaufmännische Kunde. Denn § 310 I BGB (früher § 24 AGBG) geht davon aus, daß der Schutz des AGB-Rechts auch dem **Unternehmer** (i.S. § 14 BGB) zuteil wird, dem gegenüber AGB verwendet werden. Der Begriff des Unternehmers umfaßt auch den Kaufmann i.S. §§ 1 ff als die wichtigste Personengruppe. Dem Unternehmer als Kunden wird wegen seiner größeren geschäftlichen Erfahrung teilweise nur ein verringerter Schutz zugestanden (*Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 4 f), indem für ihn die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 II, III BGB und die besonderen Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB nicht anwendbar sind (§ 310 I BGB). Umgekehrt ist der Schutz des Verbrauchers verstärkt bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträgen): die Anwendung der §§ 305c II, 306–309 BGB wird hier auch auf Dritt- und Einzelvertragsklauseln erstreckt (§ 310 III BGB). Auch der Kaufmann und sonstige Unternehmer ist als Kunde gegen überraschende und unklare Klauseln (§§ 305c I, 307 I 2 BGB) und solche Klauseln geschützt, die ihn entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 I BGB). Dieser Schutz entspricht dem vom AGB-Recht verfolgten Konzept eines allgemeinen Kundenschutzes, der nicht auf den Verbraucher (§ 13 BGB) beschränkt ist. 47

b) Verwender; Individualvereinbarungen. Normadressat ist der Kaufmann als Verwender von AGB, d.h. wenn er der anderen Vertragspartei die AGB bei Abschluß des Vertrages stellt (§ 305 I 1 BGB). Der Verwender ist dann auch gehindert, sich auf die Unwirksamkeit der von ihm selbst gestellten AGB zu berufen (OLG Celle OLGR 2005, 68 ff zur Einbeziehung der VOB/B). Der Schutz des AGB-Rechts entfaltet sich gegen den Verwender und zugunsten der anderen Vertragspartei. In manchen Fällen ist zweifelhaft, wer Verwender ist, wenn beide Parteien bei Vertragsverhandlungen auf AGB verweisen, die in der betreffenden Branche durchweg verwendet werden, wie die VOB/B bei Bauverträgen und die AGB-Banken. Stellen beide Parteien die AGB oder 48

läßt sich ein Verwender nicht feststellen, so soll nach verbreiteter Ansicht der Schutz des AGB-Rechts entfallen.⁶³ Sachgerechter erscheint die Lösung, daß für beide Parteien die AGB aufgrund des eindeutigen Parteiwillens gelten und beide Parteien den Schutz des AGB-Rechts genießen, zugleich aber auch die mit diesem Schutz der jeweils anderen Partei verbundene Belastung hinnehmen müssen.⁶⁴ Die gleiche Lösung empfiehlt sich bei sich kreuzenden, teilweise deckenden AGB hinsichtlich der sich deckenden Teile; anders, wenn die nicht übereinstimmenden Teile so große Divergenzen enthalten, daß ein Konsens der Parteien hinsichtlich der Einbeziehung der AGB verneint werden muß (s. auch Rdn. 53 a.E.).

49 Das Problem wird dadurch reduziert, daß sich in den meisten Fällen doch ein einziger Verwender feststellen läßt. So ist die kontoführende Bank für die Buchungen, die sie vornimmt, als Verwender der AGB-Banken anzusehen.⁶⁵ Der Bauherr, der seiner Ausschreibung die VOB zugrunde legt, wird Verwender, umgekehrt der Bauunternehmer, der ohne Ausschreibung ein Angebot auf Grundlage der VOB abgibt.⁶⁶ Nur in einer kleinen Zahl von Fällen läßt sich der Verwender also nicht feststellen. Handelt es sich dabei um ein einseitiges Handelsgeschäft mit einem **Verbraucher**, so streitet für diesen die gesetzliche **Vermutung** des § 310 III Nr. 1 BGB, daß die AGB als vom Unternehmer gestellt gelten, es sei denn, daß sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Läßt sich bei einem Geschäft zwischen Kaufleuten (Unternehmern) die Verwenderrolle endgültig nicht klären (ohne daß der o.a. Fall vorliegt, daß beide als Verwender tätig wurden), so entfällt der Schutz des AGB-Rechts. Anders, wenn beide als Verwender aufgetreten sind. Hat ein Dritter (z.B. Notar, Makler) die AGB in den Vertrag eingeführt, so streitet zugunsten eines Verbrauchers wiederum die Vermutung des § 310 III Nr. 1 BGB. Bei Kaufleuten (Unternehmern) muß geprüft werden, welche Partei sich die Bedingungen zunutze macht; str. Ist dies nicht zu klären, entfällt der Schutz des AGB-Rechts.

50 Die Anwendung des AGB-Rechts entfällt, wenn ein Vertrag oder eine bestimmte Vertragsbestimmung ausgehandelt ist (**Individualvereinbarung**), § 305 I 3 BGB. Entscheidend dafür ist außer der Kenntnis des Inhalts und der Bedeutung der Klausel die reale Möglichkeit zur Einflußnahme i.S. einer Abänderung vorgeschlagener Vertragsbedingungen bei Abänderungsbereitschaft der anderen Seite.⁶⁷ Die Rechtsprechung stellt strenge Anforderungen, um eine Flucht aus der AGB-Kontrolle zu verhindern. Nicht ausreichend ist die bloße Kenntnisnahme oder Belehrung über die Klauseln;⁶⁸ es reicht auch nicht aus, daß der Verwender die Klausel, ohne ihren Kerngehalt ernsthaft zur Disposition zu stellen, ein wenig abschwächt (OLG Köln NJW-RR 2002, 1487 f); das Aushandeln muß grundsätzlich für jede einzelne Klausel festgestellt werden (BGH BB 1982, 1750). Nicht genügen soll es, daß neben den AGB die gesetzliche Lösung zur Wahl gestellt wird (BGH WM 1985, 1208); dies überzeugt allerdings nicht (*Horn* WuB IV. B § 1 I AGBG – 1.86). Ist Verwendungsgegner ein Unternehmer, sind die Anforde-

⁶³ *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 305 Rdn. 13; *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG⁹, 2001, § 1 Rdn. 29; *Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 1 Rdn. 29.

⁶⁴ Voraufll.; *Schlechtriem* FS Duden, S. 576. Im Ergebnis so auch BGH NJW 1997, 2043. Vgl. auch BT-Drucks. 7/3919 S. 16.

⁶⁵ LG Freiburg NJW 1978, 1862; *Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 1 Rdn. 29.

⁶⁶ Zum ersteren Fall BGHZ 99, 160; allg. *Horn* in *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 23 Rdn. 241.

⁶⁷ BGH NJW 1985, 305, 308; JZ 1987, 159; NJW 1991, 1678, 1679; NJW 1992, 1107; BGHZ 143, 104; BGH NJW 2000, 1110, 1111 f; OLG Köln NJW-RR 2002, 1487 f.

⁶⁸ BGH BB 1982, 1690; NJW 1992, 2759, allg.M.

rungen aus § 305 I 3 BGB weniger streng als bei einem Verbraucher (*Berger NJW* 2001, 2515 ff; *Palandt/Heinrichs BGB*⁶⁴, § 305 Rdn. 21).

2. Einbeziehung von AGB in Handelsgeschäfte

a) **Grundsatz.** AGB werden nur dann Vertragsinhalt, wenn der Kaufmann als Verwender bei Verträgen mit Privatkunden die besonderen Voraussetzungen des § 305 II BGB erfüllt; dazu gehört ein Hinweis oder Aushang am Ort des Vertragsschlusses und die Möglichkeit für die andere Seite, sich in zumutbarer Weise Kenntnis vom Inhalt zu verschaffen. Bei Verträgen mit Kaufleuten (Unternehmern) ist der Verwender gem. § 310 I 1 BGB von diesen besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen befreit (BGH ZIP 1985, 623 zu § 2 AGBG). Unverändert gelten aber auch hier die allgemeinen Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Einbeziehung von Bestimmungen in den Vertrag.⁶⁹ Danach muß der Wille des Verwenders zur Einbeziehung bestimmter AGB als Vertragsinhalt erkennbar zum Ausdruck kommen; die Einbeziehung kann sich auch aus anderen Umständen als konkludenter Hinweis ergeben (i.F. Rdn. 53, 55).⁷⁰ Der kaufmännische Kunde muß zumindest die Möglichkeit haben, sich in zumutbarer Weise über den Inhalt der AGB zu informieren.⁷¹ Die Gegenseite muß sich ferner mit den Bedingungen einverstanden erklären. Im Verkehr zwischen Kaufleuten ist die Einverständniserklärung regelmäßig entbehrlich, wenn der Vertragspartner trotz erkennbarem Hinweis und der Möglichkeit, die AGB zur Kenntnis zu nehmen, der Einbeziehung nicht widerspricht.⁷² An zumutbarer Kenntnisnahme und Einverständnis fehlt es, wenn die andere Seite kommentarlos einen AGB-Text entgegennimmt, der nur mit der Lupe und auch dann nur mit Mühe zu lesen ist (BGH NJW 1983, 2772 betr. Konnossementsbedingungen). Die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme von AGB im kaufmännischen Verkehr genügt nicht für die Einbeziehung solcher Klauseln, welche die Geltung dieser AGB für künftige Verträge regeln (BGHZ 117, 190, 198). Im Verkehr unter Kaufleuten soll es zur Vereinbarung der AGB eines Paketdienstes ausreichen, wenn bei Vertragsschluß auf dem Absendebeleg auf deren Geltung hingewiesen wird und auf der Rückseite der weitere Hinweis enthalten ist, daß die AGB auf Verlangen zugesandt werden (OLG Düsseldorf VersR 1996, 1394); das überzeugt nicht, weil auf diese Weise der Kunde erst nach Vertragsschluß Kenntnis von den AGB erhalten kann.

b) Die Einbeziehung von AGB im **elektronischen Geschäftsverkehr** erfolgt nach den allgemeinen Regeln (§§ 305 II, 310 I BGB). Der Unternehmer muß dem Kunden die Möglichkeit verschaffen, die Vertragsbedingungen einschließlich AGB bei Vertragsschluß abzurufen und zu speichern (§ 312e I 1 Nr. 4 BGB). Dient das AGB ent-

⁶⁹ BGH WM 1979, 19 f; NJW 1985, 1838 f; BGHZ 117, 190, 194; OLG Dresden NJW-RR 1999, 846; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 24 Rdn. 10.

⁷⁰ BGHZ 102, 293, 304; BGH NJW-RR 1991, 570; OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1531 f.

⁷¹ BGH BB 1979, 185 f; ZIP 1985, 623; OLG Hamburg DB 1981, 470 f; OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1531 f; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 24 Rdn. 10. Bei Kaufverträgen, auf die das CISG anwendbar ist,

setzt die Einbeziehung voraus, daß der Verwender dem anderen Teil die AGB übersendet oder zugänglich macht, BGH NJW 2002, 370, 371 f; *Karollus LM H.2/2002 CISG* Nr. 9; *Ventsch/Kluth IHR* 2003, 61, 62 f; a.A. *Schmidt-Kessel NJW* 2002, 3444, 3445 f; vgl. auch u. Rdn. 100. Zum Sonderfall der Einbeziehung der AGB-Banken BGH WM 2004, 1174 mit Anm. *Kröll EWiR* 2005, 1.

⁷² BGHZ 117, 190, 194; OLG Hamburg WM 2003, 581, 583.

haltende Internet-Angebot des Verwenders reinen Informationszwecken und nicht dem elektronischen Geschäftsverkehr und kommen die Einigungen nicht im Zuge einer Nutzung des Online-Dienstes, sondern hiervon unabhängig zustande, muß ein eindeutiger Hinweis auf die AGB durch den Verwender im Zuge der Einigung erteilt werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die AGB auf einer unteren Ebene des Internet-Auftritts des Verwenders befinden, die nicht zwangsläufig von jedem Kunden wahrgenommen wird (OLG Hamburg WM 2003, 581, 583).

- 53 c) Die Einbeziehung von AGB kann auch durch **kaufmännisches Bestätigungsschreiben** erfolgen, wenn dieses Schreiben ein vorausgesetztes Einverständnis über die Einbeziehung zum Ausdruck bringt und unwidersprochen bleibt.⁷³ Wenn der Bestätigende aber nach den Umständen der Vertragsverhandlungen oder nach der Art der AGB mit dem Einverständnis des Partners nicht rechnen konnte, werden diese nicht Vertragsbestandteil.⁷⁴ Übergibt ein Kaufmann dem anderen nach mündlichem Abschluß eine Auftragskopie mit AGB, so muß der Empfänger unverzüglich widersprechen, wenn er die AGB nicht gelten lassen will (OLG Frankfurt BB 1984, 177). Wenn beide Parteien **sich kreuzende AGB** verwenden wollen, werden diese nicht Vertragsinhalt, wenn sie sich widersprechen (BGHZ 96, 188) oder wenn eine Seite eine **Abwehrklausel** gegen fremde AGB verwendet (BGH NJW 1985, 1838). Eine Abwehrklausel schließt nicht nur widerstreitende, sondern auch ergänzende Klauseln des anderen Teils aus (BGH NJW-RR 2001, 484).
- 54 d) Eine rechtsgeschäftliche Einbeziehung von AGB kann auch dadurch erfolgen, daß sich hinsichtlich der allgemeinen Verwendung bestimmter AGB in einer Branche ein **Handelsbrauch** (s. § 346) gebildet hat und daher die Vertragserklärungen der Parteien die Bedeutung haben, daß diese AGB einbezogen werden sollen.⁷⁵ Beispiele solcher **branchenüblicher AGB** sind die AGB-Banken für Bankverträge (BGH NJW 1972, 1200) und die ADSp. für Transport- und Speditionsgeschäfte⁷⁶ mit Ausnahme der vom Spediteur zusätzlich übernommenen atypischen Geschäfte wie z.B. Inkasso (BGH NJW 1980, 1275). Auch die **Geltung von AGB für und gegen Dritte**, die Partner eines mit dem Vertrag geschäftlich zusammenhängenden weiteren Vertrags sind, kann, wenn sie branchenüblich ist, vom Parteiwillen kraft Handelsbrauchs umfaßt sein.⁷⁷ Eine Einbeziehung von AGB kraft Handelsbrauchs ist nicht anzunehmen, wenn eine Partei zu erkennen gibt, daß sie diese Einbeziehung nicht will.

Ist der **Inhalt** bestimmter AGB bereits selbst **Handelsbrauch** geworden (§ 346 Rdn. 21), kommt es auf die rechtsgeschäftliche Einbeziehung nicht an. Vielmehr wird der Inhalt dieser AGB gem. § 346 auch ohne Einbeziehung Teil des Vertragsinhalts, wenn eine Partei nicht einen anderen Willen zu erkennen gibt.⁷⁸ Auf ein „Stellen“ der

⁷³ BGH NJW 1978, 2243 f; 1995, 1671, 1672; NJW-RR 2000, 1154, 1155 f; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 11.

⁷⁴ BGH NJW 1982, 1751; BGHZ 93, 338, 343; allg. unten § 346 Rdn. 59.

⁷⁵ BGHZ 117, 190, 194; BGH NJW 1993, 1798; DZWir 1993, 465, 466 m. Anm. *Berger*; OLG Dresden NJW-RR 1999, 846 f; *Basedow* ZHR 150 (1986) 469, 485 ff; *Brandner* DZWir 1992, 177, 180; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 11.

⁷⁶ BGH WM 1975, 1163; NJW 1985, 2411,

2412; NJW-RR 1996, 1313 f, jeweils zu ADSp. a.F.; zu den ADSp. 1998 vgl. BGH NJW 2003, 1397 f.

⁷⁷ Vgl. BGH WM 1974, 1118 (AGB des vom Spediteur eingeschalteten Zwischenspediteurs); BGH MDR 1979, 120 (Geltung der AGB des Schleppunternehmers gegenüber dem nicht am Vertrag beteiligten Schiffseigentümer).

⁷⁸ *Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 12; *Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG⁹, § 1 Rdn. 89.

AGB i.S. § 305 I BGB kommt es in diesen Fällen jedenfalls nicht an; zur Inhaltskontrolle solchen Handelsbrauchs i.F. 3, Rdn. 60.

e) Eine konkludente (stillschweigende) Einbeziehung von AGB kann im Rahmen laufender **Geschäftsbeziehungen** erfolgen, wenn es in der Vergangenheit regelmäßig zu Vertragsabschlüssen zwischen den Parteien gekommen ist, die stets zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen wurden und bei denen deutlich war, daß der Verwender nur unter diesen Bedingungen Geschäfte abschließen würde.⁷⁹ Allerdings sind diese Kriterien mit Zurückhaltung zu verwenden. Bloße Vermerke auf Lieferscheinen reichen regelmäßig nicht aus,⁸⁰ ebensowenig auf Rechnungen (OLG Hamburg ZIP 1984, 1241); anders, wenn nicht nur ein Vermerk, sondern die AGB auf dem Lieferschein abgedruckt werden (BGH NJW-RR 2002, 1027). Ob wiederholte Vermerke auf Rechnungen ausreichen, um für spätere Verträge in der gleichen Geschäftsverbindung die AGB als vereinbart anzusehen, ist str.⁸¹ In der wiederholten Übersendung der Rechnungen mit AGB-Hinweis ist noch nicht die relevante Begründung des Willens zu sehen, in künftige Verträge diese AGB einbeziehen zu wollen (vgl. BGHZ 117, 190, 195). Die durch frühere Übersendung der AGB begründete Kenntnis bzw. Möglichkeit der Kenntnisnahme kann zusammen mit der fortbestehenden Geschäftsbeziehung allerdings einen (schwachen) Anhaltspunkt dafür liefern, daß die Parteien bei einem nachfolgenden Vertragsschluß die AGB einbeziehen wollen (*Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 11). Auch eine **Änderung der AGB** kann von der anderen Seite durch Fortsetzung der Geschäftsbeziehung akzeptiert sein, z.B. wenn laufend auf Rechnungen auf die Änderungen der AGB eindeutig hingewiesen wurde, kann Einverständnis bei künftigen Vertragsschlüssen vorliegen.⁸² 55

f) **Zusammentreffen von AGB.** Häufig verwenden bei beiderseitigen Handelsgeschäften beide Seiten ihre AGB. Diese sich kreuzenden AGB werden nicht Vertragsinhalt, wenn sie sich widersprechen (BGHZ 96, 188) oder wenn eine Seite eine **Abwehrklausel** gegen fremde AGB verwendet (BGH NJW 1985, 1838). Dagegen können solche AGB, die sich inhaltlich decken, Vertragsinhalt werden (*Wolf in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 2 Rdn. 78; vgl. auch oben Rdn. 48). 56

3. Inhaltskontrolle im kaufmännischen Bereich

a) **Grundsatz.** Die vom Kaufmann verwendeten AGB unterliegen stets dem Ausschluß überraschender Klauseln und der Unklarheitenregel (§ 305c BGB). Sie unterliegen ferner bei Verwendung gegenüber Privatkunden der uneingeschränkten Inhaltskontrolle. Bei Verwendung gegenüber kaufmännischen Kunden unterliegen sie gem. § 310 I BGB der Inhaltskontrolle nach § 307 I, II BGB. Diese Inhaltskontrolle ist Ausdruck der gesetzgeberischen Entscheidung, auch den Kaufmann in den allgemeinen Kundenschutz des AGB-Rechts einzubeziehen (Rdn. 47). Zwar ist dieser Schutz abgeschwächt, weil die speziellen Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB nicht angewend- 57

⁷⁹ BGHZ 42, 53, 55 f.; 117, 190, 195; BGH NJW-RR 2002, 1027; OLG Hamburg WM 2003, 581, 582 f.; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 11.

⁸⁰ BGH NJW 1978, 2243 f.; OLG Hamburg WM 2003, 581, 582 f.

⁸¹ So die ält. Rspr.; vgl. BGHZ 42, 53, 55 f.; zust. *F. Fischer* BB 1995, 2491 ff; zweifelnd BGH

NJW 1978, 2243; abl. OLG Hamburg ZIP 1984, 1241; OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 567, 568.

⁸² BGH WM 1991, 459, 460 f; vgl. auch OLG Koblenz BB 1983, 1635 (im Fall zweifelhaft); *Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 11.

bar sind. Die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 I, II BGB ist jedoch auch insoweit anzuwenden, als dies zur Unwirksamkeit von in §§ 308 und 309 BGB genannten Vertragsbestimmungen führt (§ 310 I 2 1. Hs. BGB). Die Rechtsprechung hat in großem Umfang bei einer Inhaltskontrolle im kaufmännischen Bereich i.S. § 307 I, II BGB (§ 9 AGBG) Rechtsgedanken herangezogen, die auch bei den speziellen Klauselverboten mitspielen; Überblick s. *Horn in Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 24 Rdn. 41 f. Zur Inhaltskontrolle bei **Freizeichnungsklauseln** s. unten § 347 Rdn. 38–48. Die Inhaltskontrolle kann zur Unwirksamkeit zentraler Vertragsbestimmungen führen, z.B. über die Vertragsdauer bei Dauerschuldverhältnissen, und zwar ohne die Möglichkeit der Herabsetzung auf ein zulässiges Maß, weil insoweit das **Verbot der geltungserhaltenden Reduktion**⁸³ eingreift (z.B. BGH WM 2000, 629 betr. übermäßige Verlängerungsoption der Alleinbezugsbindung in einem Tankstellenvertrag). Allerdings gilt dieses Verbot ebenso wie das **Transparenzgebot** (§ 307 I 2 BGB) im kaufmännischen Verkehr nur in abgeschwächter Form.⁸⁴

58 b) Differenzierende Gesichtspunkte. § 310 I BGB verdeutlicht zugleich, daß im Rahmen der Wertung gem. § 307 I, II BGB (in die auch Gesichtspunkte mit einfließen dürfen, die für die speziellen Klauselverbote der §§ 308 u. 309 BGB maßgeblich sind) eine Differenzierung des Wertungsmaßstabes zwischen Privatkunden und kaufmännischen Kunden möglich und ggf. geboten ist. Der Gesetzgeber geht also davon aus, daß es Klauseln gibt, die im nichtkaufmännischen Verkehr gem. § 307 BGB unwirksam sind, während sie bei Verwendung gegenüber Kaufleuten Bestand haben.⁸⁵ Wichtigster Ansatzpunkt einer Differenzierung ist die **typische Interessenlage kaufmännischer Vertragsparteien** des betreffenden Geschäfts im Unterschied zu Privatkunden. Dieser Gesichtspunkt spielt bei der abschließenden Wertung einer AGB-Klausel als wirksam oder unwirksam eine ausschlaggebende Rolle;⁸⁶ differenzierende Gesichtspunkte können sich auch aus einem Handelsbrauch ergeben (i.F. Rdn. 60).

59 Ein weiterer Differenzierungsgesichtspunkt liegt in der **Branchenüblichkeit** von AGB-Klauseln. Der Umstand, daß bestimmte AGB nur unter Kaufleuten verwendet werden, wie die ADSp'98 (vgl. Nr. 2.4 ADSp'98), ist ein Argument für eine branchentypische Abweichung von den für Privatkunden geltenden Kontrollmaßstäben des § 307 BGB, wenn sachliche Gründe dafür vorliegen.⁸⁷ Im bankgeschäftlichen Verkehr rechtfertigt die intensivere Teilnahme der Kaufleute am Geschäftsverkehr und ihr typischerweise gegebenes Interesse an Bonitätsauskünften über sie eine Differenzierung in der Berechtigung der Banken zur Erteilung von Bankauskünften. Bei im Handelsregister eingetragenen Kaufleuten ist daher eine AGB-mäßige Einwilligung in die Bankauskunft über geschäftliche Verhältnisse vorgesehen (Nr. 2 (3) AGB-Banken)

⁸³ BGH NJW 1982, 2309, 2311; BB 1983, 1873; WM 1986, 2297; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 23 Rdn. 627.

⁸⁴ BGHZ 124, 351, 361; 140, 241, 247.

⁸⁵ BGHZ 92, 396, 398 (betr. Selbstbelieferungsklauseln); BGHZ 112, 115, 118 f (betr. Transparenz von Zinsberechnungsklauseln für Annuitätendarlehen; dazu auch OLG Oldenburg WM 1994, 1327 = WuB I E 4 – 7.94 Anm. *Weber*); Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks 7/5422, S. 14; *Helm* BB 1977, 1109; zust. *Paulusch* DZWIR 1992, 182, 183;

*Horn in Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 24 Rdn. 19.

⁸⁶ BGHZ 82, 238; 92, 200; 93, 252; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 24 Rdn. 18.

⁸⁷ Vgl. bejahend für Haftungsfreizeichnungsklauseln (nach altem Transportrecht) BGH VersR 1997, 1121, 1122; verneinend für Abwälzung der Beweislast BGH WM 1987, 1340 (betr. Schadensort im multimodalen Verkehr); ebenfalls verneinend für Schadenspauschalierung ohne Möglichkeit eines Gegenbeweises BGH NJW-RR 2002, 1027.

und zulässig (*Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 23 Rdn. 639). Eine anderslautende Weisung des kaufmännischen Kunden muß jedoch beachtet werden (Nr. 2 (3) 2 AGB-Banken). Auch im bankgeschäftlichen Verkehr ist freilich nicht immer eine Differenzierung zwischen Privatkunden und kaufmännischen Kunden bei der Bewertung von AGB möglich (vgl. BGH ZIP 1988, 12, 16 betr. Sicherungsabrede für eine Grundschuld). Das Gegenbeispiel einer Branche, in der die Differenzierung des § 310 I BGB im Ergebnis häufig nicht gilt und jedenfalls branchentypische Differenzierungsgesichtspunkte nicht leicht zu finden sind, ist das Baugewerbe. Hier ist meist der kaufmännische Kunde als Besteller (Bauherr) ähnlich schutzwürdig wie der private.⁸⁸ Die Anforderungen an die Transparenz von AGB sind im Handelsverkehr mit Rücksicht auf kaufmännische Erfahrungen und Handelsbrauch geringer.⁸⁹

c) § 310 I 2 2. Hs. BGB ordnet die Berücksichtigung von **Handelsbrauch** bei der Inhaltskontrolle an. Man kann dieser Norm eine doppelte Bedeutung entnehmen. Die weitere und praktisch wichtigere Bedeutung liegt darin, daß die Besonderheiten des kaufmännischen Verkehrs (im Unterschied zum allgemeinen Privatrechtsverkehr) sowohl bei der Auslegung von AGB als auch bei der Frage ihrer inhaltlichen Bewertung anhand der typischen Interessenlage im o.a. Sinn zu berücksichtigen sind (Rdn. 58); vgl. z.B. BGHZ 140, 241, 246 f. In einem engeren Sinn betrifft § 310 I 2 2. Hs. BGB auch den (eher seltenen) Sonderfall, daß eine AGB-Klausel vollständig mit einem bestehenden Handelsbrauch übereinstimmt. Hier ist zu fragen, ob diese AGB damit einer Inhaltskontrolle nach §§ 310 I, 307 I, II BGB entzogen sind.⁹⁰ Die Gegenmeinung will dem Handelsbrauch diese abschirmende Funktion nicht zubilligen.⁹¹ Der Streit erübrigt sich, wenn man berücksichtigt, daß als Handelsbrauch nur anerkannt werden kann, was den Maßstäben von Treu und Glauben entspricht, wobei auch Wertungen des AGB-Rechts (in Abwägung zu den Vorstellungen und Bedürfnissen des Handelsverkehrs) einfließen. Entspricht eine AGB-Klausel diesem Handelsbrauch (im genannten engeren, normativen Sinn), so hält sie der Inhaltskontrolle stand.⁹² Die von einem Schiedsgericht vertretene Auffassung, daß die nach allgemein gebräuchlichen Mustern vorformulierten Bedingungen einer Charter-Partie nicht AGB seien (so Hamburger Schiedsgericht VersR 1986, 56), ist abzulehnen.⁹³ Auch seit langem international eingeführte Standardbedingungen für Charter-Parties sind der Inhaltskontrolle nicht schlechthin entzogen; str.⁹⁴ Allerdings besteht Kontrollfreiheit, insoweit es sich entweder um Leistungsvereinbarungen handelt oder damit im Zusammenhang stehend einzelne Bedingungen der Charter-Partie individuell ausgehandelt sind. Auch international gebräuchliche Klauseln und Bedingungswerke sind überwiegend nicht Handelsbrauch, können es aber im Einzelfall werden (unten § 346 Rdn. 14, 21).

⁸⁸ Vgl. BGHZ 90, 273 (betr. abgekürzte Verjährung); 91, 139 (betr. Ausschluß der Sicherungshypothek); OLG München BB 1984, 1386; OLG Düsseldorf BauR 1985, 452; OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1531 f.; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 25 m.w.N.

⁸⁹ BGHZ 124, 351, 356; 140, 241, 247.

⁹⁰ Vgl. BGH BB 1986, 1395 (Tegernseer Gebräuche); ebenso *Wolf in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 1 Rdn. 29, § 2 Rdn. 82 ff.

⁹¹ *Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG⁹, § 1 Rdn. 89; *Basedow* ZHR 150 (1986) 489 f.

⁹² *Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 24 Rdn. 20; vgl. auch OLG Frankfurt/M NJW-RR 1988, 1485 (betr. Skontoklausel, bei der Handelsbrauch verneint wurde).

⁹³ BGH VersR 1983, 549, 551; *Rabe* VersR 1985, 1010; a.A. *Trappe* VersR 1985, 206; Hamburger Schiedsgericht VersR 1986, 56.

⁹⁴ BGH VersR 1983, 549, 551; *Rabe* VersR 1985, 1010; a.A. *Trappe* VersR 1985, 206.

- 61 d) Bei Verträgen mit **ausländischem Vertragsstatut** kommt eine Inhaltskontrolle nach deutschem AGB-Recht nur eingeschränkt zum Zug. Art. 27 III EGBGB ermöglicht die Anwendung der zwingenden Bestimmungen desjenigen Staates, mit dem der Sachverhalt ausschließlich verbunden ist, auch wenn die Parteien den Vertrag dem Recht eines anderen Staates unterstellt haben, mit dem der Sachverhalt sonst keine Verbindung aufweist; auf diese Weise kann deutsches AGB-Recht trotz Wahl ausländischen Rechts Anwendung finden. Unabhängig von der Rechtswahl gelten die zwingenden Normen des deutschen Rechts kraft Sonderanknüpfung gem. Art. 34 EGBGB; zur nur subsidiären Funktion dieser Norm im Verbraucherschutzrecht BGHZ 123, 380, 391. Art. 29 I EGBGB eröffnet eine Inhaltskontrolle für Verträge mit Verbrauchern. Die Norm schränkt die Rechtswahlfreiheit bei Verträgen mit Verbrauchern ein zugunsten der Anwendung der zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 1); mangels einer Rechtswahl tritt die objektive Anknüpfung nach Art. 28 EGBGB an das Recht des Staates, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist, zugunsten der Anwendung des Rechts des Staates zurück, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 2). Unterliegt ein Vertrag aufgrund einer Rechtswahl nicht dem Recht eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR, so ist das Verbraucherrecht desjenigen Mitgliedstaates der EU oder des EWR anzuwenden, mit dem der Vertrag einen engen Zusammenhang aufweist (Art. 29a EGBGB).⁹⁵

V. Sonstiges allgemeines Schuldrecht der Handelsgeschäfte

1. Mangelnder Rechtsbindungswille

- 62 a) Der für eine vertragliche Verpflichtung erforderliche Rechtsbindungswille kann fehlen, wenn bei einer Abrede oder einem sozialen Kontakt für alle Beteiligten erkennbar nur ein **Gefälligkeitsverhältnis** begründet werden soll. Daraus entstehen keine vertraglichen Leistungspflichten; erbrachte Leistungen sind aber mit Rechtsgrund erfolgt.⁹⁶ Allerdings ist ein Rechtsbindungswille den Umständen nach gerade unter Kaufleuten zu bejahen, wenn die Gefälligkeit von großer wirtschaftlicher Bedeutung für den Empfänger ist und der Zusagende dies erkennen kann (vgl. BGHZ 21, 102 betr. Gestellung eines Aushilfsfahrers durch den Spediteur an den Frachtführer). Selbst wenn eine primäre Leistungspflicht nicht begründet wurde, entsteht bei Ausführung der Gefälligkeit aufgrund des geschäftlichen Kontakts ein Schuldverhältnis gem. § 311 II Nr. 3 BGB, das jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils i.S. § 241 II BGB verpflichtet (vgl. BGHZ 21, 102, 107 ff; zur Haftungseinschränkung unten § 347 Rdn. 40). Bei der Erteilung von **Auskünften** kommt es oft zu einer vertraglichen oder vertragsähnlichen Haftung für sorgfältige Auskunft, auch wenn eine primäre Leistungspflicht zur Erteilung der Auskunft nicht begründet wird; dazu unten § 347 Rdn. 45 ff; vgl. auch i.F. zur Haftung aus c.i.c. (nunmehr §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB; Rdn. 65 ff) und zur Frage der Haftung aus Ge-

⁹⁵ *Staudinger* RIW 2000, 416, 419; *Tonner* BB 2000, 1413, 1419.

⁹⁶ BGHZ 21, 102, 106; 43, 72, 76; *Fikentscher* (Fn. 14), Rdn. 25 (Vertrag ohne primäre Leistungspflicht); *Staudinger/Bork* BGB, Neu-

bearb. 2003, Vorbem. zu §§ 145–156, Rdn. 84 (kein Vertrag, aber Rückforderung ausgeschlossen wegen Zweckerreichung oder aus § 814 BGB).

schäftsverbindung (Rdn. 81 ff). Bisweilen entstehen auch bei sog. „Gefälligkeiten“ Leistungspflichten; so kann z.B. die Zusage einer Kulanzregelung rechtlich verbindlich sein (OLG Köln DB 1975, 2271).

b) Gentlemen's agreement. Im Geschäftsleben werden häufig Abreden getroffen, deren Einhaltung zwar zugesichert wird, ohne daß aber eine rechtlich durchsetzbare Bindung gewollt ist; *Baumbach/Hopt* Einl. vor § 343 Rdn. 4; MünchKommzBGB/*Kramer*⁴ Einl. §§ 241 ff Rdn. 44. Eine **Patronatserklärung** der Muttergesellschaft, sie werde für die Erfüllung der Schulden der Tochtergesellschaft Sorge tragen, kann je nach Erklärungsinhalt und Umständen rechtlich unverbindlich sein oder eine direkte Haftung der Mutter gegenüber den Gläubigern begründen; Einzelheiten s. Anh. § 372 Rdn. VII/145. 63

c) Häufig werden in Vertragsverhandlungen Vorstufen von Verträgen schriftlich fixiert, ohne daß ein Bindungswille vorhanden ist. Dazu gehören auch im internationalen Geschäftsverkehr gebräuchliche Formen der Absichtserklärung (**letter of intent**),⁹⁷ oder die Zusammenfassung der Verhandlungsposition oder auch des bisher erzielten Einvernehmens (Memorandum of Understanding; Instructions to Proceed; *Hertel* BB 1983, 1824). Eine vertragliche Bindung wird nach deutschem Recht dadurch regelmäßig nicht begründet. Solche Äußerungen können ggf. später nach Abschluß eines Vertrages zur Auslegung herangezogen werden oder ausdrücklich durch spätere Verträge Bindungswirkung erhalten. Je nach den Umständen und dem Inhalt können sie auch einen geschäftlichen Kontakt dokumentieren, der bestimmte Rücksichtspflichten, z.B. Verschwiegenheitspflichten nach vertraulichen Vertragsverhandlungen, begründet gem. §§ 311 II Nr. 3, 241 II BGB. Die Merkmale eines **Vorvertrages** sind in den genannten Fällen dann erfüllt, wenn ein erkennbarer gegenseitiger Bindungswille und eine hinreichende Konkretisierung der Pflicht zum Abschluß des Hauptvertrages mit einem im wesentlichen festgelegten Inhalt vorliegt.⁹⁸ Vertraglich kann auch eine einseitige Bindung an ein endgültiges Angebot begründet werden, so daß der andere Vertragsteil ein **Optionsrecht** hat, dessen Ausübung den Vertrags zustande bringt.⁹⁹ Die erstgenannten, nichtbindenden Vertragsvorstufen können eine Haftung aus c.i.c. (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB) begründen. Vgl. auch unten § 346 Rdn. 42. 64

2. Culpa in contrahendo. Geschäftliche Kontakte

a) Tatbestand des § 311 II BGB. Die Haftung für culpa in contrahendo beruht auf dem Gedanken, daß Vertragsverhandlungen oder ein Vertragsanbahnungsverhältnis zwar keine Vertragspflichten begründen, wohl aber ein vertragsähnliches Schutz- und Vertrauensverhältnis als gesetzliches Schuldverhältnis,¹⁰⁰ und daß die Verletzung der dabei begründeten Aufklärungs-, Mitteilungs- und Schutzpflichten sowie u.U. auch von Abschlußförderungs-pflichten eine Schadensersatzpflicht zur Folge hat. Der 65

⁹⁷ Vgl. *Lutter* Der Letter of Intent³, 1998; *Jahn* Letter of Intent, 2000; *Kösters* Letter of intent – Erscheinungsformen und Gestaltungshinweise, NZG 1999, 623 ff; *Bergjan* Die Haftung aus culpa in contrahendo beim Letter of Intent nach neuem Schuldrecht, ZIP 2004, 395 ff.

⁹⁸ *Staudinger/Bork* (Fn. 96), Vorbem. zu §§ 145–156 Rdn. 51 ff; *Bamberger/Roth/Eckert* BGB, 2003, § 145 Rdn. 21.

⁹⁹ BGHZ 47, 387, 391; *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, Einf. v. § 145 Rdn. 23; *Bamberger/Roth/Eckert* BGB, § 145 Rdn. 28.

¹⁰⁰ RGZ 120, 249, 251; *Horn* JuS 1995, 377 ff.

Grund für diese Haftung ist umstritten.¹⁰¹ Sie ist darin zu sehen, daß im Rahmen der vorvertraglichen Sonderverbindung besondere Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter und das Vermögen der Gegenseite bestehen, die zu Schädigungen führen können, und daß zugleich die Gegenseite darauf vertrauen kann, daß solche Schädigungen durch die Beachtung von Schutz- und Rücksichtspflichten tunlichst vermieden werden.¹⁰² Die Haftung wurde bisher auf die st. Rspr., die meist eine Festlegung auf eine einzige Haftungsbegründung vermied,¹⁰³ und z.T. auf die Annahme von Gewohnheitsrecht¹⁰⁴ gestützt. Der Tatbestand ist seit 1.1.2002 in § 311 II BGB unter Bezugnahme auf § 241 II BGB erstmals kodifiziert.¹⁰⁵ Er umfaßt die Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Nr. 1) und die Anbahnung eines Vertrags (Nr. 2); der ergänzende Tatbestand „ähnliche geschäftliche Kontakte“ in Nr. 3 stellt klar, daß die beiden Tatbestände in Nr. 1 und 2 flexibel und eher ausdehnend auszulegen sind.¹⁰⁶

- 66 Vertragsverhandlungen** (Nr. 1) umfassen Vorgespräche und Informationsaustausch;¹⁰⁷ auch einseitige Maßnahmen eines Vertragsteils, die den anderen zum Vertragschluß veranlassen sollen, reichen aus.¹⁰⁸ Innerer Haftungsgrund sind auch hier wie bei Nr. 2 die o.a. Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gegenseite und deren Rechte und Vermögen. **Vertragsanbahnung** (Nr. 2) ist der weitere Begriff, der an sich Vertragsverhandlungen umfaßt (AnwKom-BGB/*Krebs*, 2005, § 311 Rdn. 41 ff), aber vom Gesetzgeber in Abgrenzung von Nr. 1 auf die Situationen bezogen ist, die den eigentlichen Vertragsverhandlungen entweder vorgelagert sind oder sie begleiten. Die Vertragsanbahnung nach Nr. 2 ist der Grundtatbestand des § 311 II.¹⁰⁹ Die hierbei auftretenden (vor-)vertraglichen Schutzpflichten ähneln den deliktischen Verkehrssicherungspflichten.¹¹⁰ Typischer Fall: Einkaufsbummel in einem Kaufhaus, auch wenn noch ohne gezielte Kaufabsicht und jedenfalls auch vor Aufnahme eines Einkaufsgesprächs. Das Kriterium der Einwirkungsmöglichkeit ist in Nr. 2 besonders hervorgehoben, gilt aber allgemein bei c.i.c.

¹⁰¹ Überblick bei *Krebs* in *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2002, § 3 Rdn. 12 ff; *Horn* JuS 1995, 377 ff. Zum Vertrauensgesichtspunkt insbes. *Canaris* Vertrauenshaftung, 1971, S. 39 ff; zum ähnlichen Gesichtspunkt der Erklärungs haftung auch *Köndgen* Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 156 ff, 280; zu anderen Aspekten der Sonderverbindung *Frost* Vorvertragliche und vertragliche Schutzpflichten, 1981, S. 82 ff, 89; zum Gesichtspunkt der Ausübung von Macht oder Einfluß insbes. bei der sog. Berufshaftung, *W. Lorenz* 1. FS *Larenz*, 1973, 575 ff; *Mertens* AcP 178 (1978) 227 ff; *Grunewald* AcP 187 (1987) 285 ff; *Hirte* Berufshaftung, 1996, S. 412 ff.

¹⁰² *Horn* JuS 1995, 377, 378. Ähnliche Kombination der Kriterien bei *Krebs* (Fn. 101), § 3 Rdn. 18 (zum Oberbegriff der Sonderverbindung).

¹⁰³ RGZ 27, 118, 121; 78, 239; 120, 249, 251; BGHZ 60, 221, 223 ff; 66, 51, 54 f; 70, 337,

343; 71, 386, 395; 92, 164, 175 f; 111, 75, 79 f; BGH NJW 1990, 1907, 1908 f; ZIP 1991, 1207.

¹⁰⁴ *Larenz* Schuldrecht AT, § 9 I (S. 108 f); *Staudinger/Löwisch* BGB, Neubearb. 2001, Vor § 275 Rdn. 59.

¹⁰⁵ Einzelheiten s. *AnwKom-BGB/Krebs*, 2005, § 311 Rdn. 37 ff; *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 311 Rdn. 11 ff.

¹⁰⁶ Zur eingeschränkten Bedeutung von § 311 II Nr. 3 vgl. auch *Bamberger/Roth/Grüneberg* BGB, § 311 Rdn. 49.

¹⁰⁷ *AnwKom-BGB/Krebs* (Fn. 105), § 311 Rdn. 40; a.A. wohl *RegE* Begr. BT-Drucks 14/6040, S. 163: Fall der Nr. 2; ebenso *Bamberger/Roth/Grüneberg* BGB, § 311 Rdn. 45.

¹⁰⁸ BGH LM § 276 (Fa) Nr. 3; *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 311 Rdn. 16.

¹⁰⁹ *Bamberger/Roth/Grüneberg* BGB, § 311 Rdn. 46.

¹¹⁰ Vgl. *Linoleum-Fall* RGZ 78, 239; *Gemüseblatt-Fall* BGHZ 66, 51 ff.

b) Unbestellte Leistungen eines Unternehmers an einen Verbraucher begründen nach § 241a I BGB keinen Anspruch gegen den Empfänger, dem Waren geliefert oder Leistungen erbracht werden, auf die Gegenleistung (Zahlung); aber auch alle sonstigen Ansprüche, etwa auf Herausgabe der gelieferten Sache nach § 985 oder § 812 BGB, sind abgeschnitten.¹¹¹ § 241a BGB stellt einen speziellen Fall der Vertragsanbahnung dar und verdrängt in seinem Anwendungsbereich § 311 II BGB.¹¹² Das in § 241a BGB geforderte Merkmal der fehlenden Bestellung ist ausgeschlossen bei generellem Einverständnis mit der Zusendung aufgrund einer Geschäftsbeziehung mit einem Stammkunden, ferner im Fall des Abs. 3 (Alternativangebot nach Bestellung). Abs. 2 schränkt für Fälle der **irrtümlichen Leistung** die weitreichende Rechtsfolge von Abs. 1 ein: War die Leistung nicht für den Empfänger bestimmt oder erfolgte sie in der irrigen Annahme einer Bestellung, bleiben die gesetzlichen Ansprüche erhalten. § 241a BGB findet **keine Anwendung bei beiderseitigen Handelsgeschäften** oder Beziehungen mit oder zwischen sonstigen Unternehmern.¹¹³ Es gelten insoweit die allgemeinen Regeln,¹¹⁴ insbes. § 663 BGB und § 362 und das allgemeine Recht der c.i.c. nach §§ 311 II, 241 II BGB.

c) Rechtsfolge: Gem. § 311 II BGB entsteht ein **Schuldverhältnis i.w.S.** nach § 241 II BGB (Sonderverbindung) **mit Schutzpflichten**. Schutzgegenstand sind für alle Tatbestände der c.i.c. die „Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ (vgl. Nr. 2) der Gegenseite. Dazu gehören deren absolute Rechte i.S. § 823 I BGB. Die Verletzung dieser Rechte aufgrund der Verletzung einer deliktischen Verkehrssicherungspflicht stellt daher zugleich die Verletzung einer Pflicht nach § 241 II BGB dar.¹¹⁵ Aber auch das **Vermögen** ist nach § 241 II BGB geschützt, z.B. bei Bruch der Vertraulichkeit, Vernichtung von Daten, Verursachung unnötiger Vertragskosten. Der Vermögensschutz folgt aus dem weiten Begriff der Interessen, die nach §§ 241 II, 311 II Nr. 2 BGB geschützt sind. Daher ist schließlich auch das **Dispositionsinteresse** geschützt.¹¹⁶

Grundsätzlich nicht schadensersatzpflichtig macht der **Abbruch von Vertragsverhandlungen**; dies folgt aus der Vertragsabschlußfreiheit beider Parteien.¹¹⁷ Weiß aber eine Vertragspartei, daß dem Vertragsabschluß ein Hindernis entgegensteht, so muß sie dies der anderen Partei mitteilen (BGHZ 71, 386, 396). Es kann auch eine Pflicht bestehen, den Verhandlungsgegner auf die Ungewißheit des Vertragsabschlusses hinzuweisen, wenn dieser für den anderen erkennbar bereits erhebliche Aufwendungen im Hinblick auf den für sicher gehaltenen Vertragsabschluß macht (BGHZ 92, 164, 175 f). Wer fahrlässig unsorgfältige und unzutreffende Angaben über die steuerliche Behand-

¹¹¹ RegE BT-Drucks 14/2658 S. 46; AnwKom-BGB/*Krebs* (Fn. 105), § 241a Rdn. 24; krit. wegen der weitreichenden Sanktion *Casper ZIP* 2000, 1602, 1606; dagegen *St. Lorenz JuS* 2000, 833, 841; *Sosnitzka BB* 2000, 2317, 2319.

¹¹² *Bamberger/Roth/Grüneberg BGB*, § 311 Rdn. 48.

¹¹³ AnwKom-BGB/*Krebs* (Fn. 105), § 241a Rdn. 49; *Bamberger/Roth/Grüneberg BGB*, § 241a Rdn. 4.

¹¹⁴ *Casper ZIP* 2000, 1602, 1609; *St. Lorenz JuS* 2000, 833, 841; *Berger JuS* 2001, 649, 650.

¹¹⁵ Vgl. *RGZ* 78, 239 ff (Linoleum-Rollen); *BGH NJW* 1962, 31, 32 (Bananenschale); *BGHZ* 66, 51 ff (Gemüseblatt).

¹¹⁶ AnwKom-BGB/*Krebs* (Fn. 105), § 311 Rdn. 53; *Medicus Bürgerliches Recht*²⁰, 2004, Rdn. 150, 199. Nach früherem Recht umstritten; befürwortend *Soergel/Wiedemann BGB*¹², 1990, Vor § 275 Rdn. 105; *Medicus Bürgerliches Recht*¹⁸, 1999, Rdn. 150, 199; a.A. *Lieb FS* 600 Jahre Universität zu Köln, 1988, S. 251, 259, 262.

¹¹⁷ *MünchKommzBGB/Emmerich*⁴ § 311 Rdn. 178; *Soergel/Wiedemann BGB*¹², Vor § 275 Rdn. 128; *Horn JuS* 1995, 377, 381; vgl. auch *BGH NJW* 1967, 2199; *BGHZ* 71, 386.

lung des abzuschließenden Geschäfts macht, kann dem anderen haften (BGHZ 111, 75, 79 ff.). Versichert der Arbeitgeber dem Bewerber, er könne fest mit dem neuen Arbeitsplatz rechnen, kann er für den Schaden haftbar sein, den der Bewerber durch Kündigung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses erleidet (BAG NJW 1963, 1843, 1844). Der Verhandlungspartner muß der anderen Seite, wenn sie unerfahren ist, die Notwendigkeit einer Genehmigung¹¹⁸ oder der Einhaltung bestimmter Formen¹¹⁹ mitteilen.

70 d) **Informationspflichten** gegenüber der anderen Seite bilden, wie die letztgenannten Beispiele schon zeigen, eine besonders wichtige Fallgruppe der vorvertraglichen Schutz- und Rücksichtspflichten nach §§ 311 II, 241 II BGB. **Aufklärungspflichten** (Informationspflichten) sind jeweils abzuwägen gegen den Grundsatz, daß jeder Verhandlungspartner selbst seine Interessen wahren und sich informieren muß (caveat emptor). Besondere Sachkunde des Anbieters („Informationsvorsprung“), auf die sich der andere Partner verläßt, dessen erkennbare Unerfahrenheit, ggf. die besondere Kompliziertheit des Leistungsgegenstandes oder Geschäftstyps, begründen eine Aufklärungspflicht als vorvertragliche Schutzpflicht, deren (auch bloß fahrlässige) Verletzung haftbar macht.¹²⁰ S. auch § 347 Rdn. 49 ff. u. Anh. § 372 Rdn. III/1 ff.

71 In bestimmten **Geschäftsfeldern**, insbes. bei **Vermögensanlagegeschäften** der Banken und sonstigen Wertpapierdienstleister, ist eine solche Situation (Wissens- und Erfahrungsvorsprung einer Seite; Informationsimparität) typischerweise gegeben und hat zu einer umfangreichen Rspr. zur Haftung für die Verletzung von **Aufklärungs- und Beratungspflichten** geführt.¹²¹ Aufklärung bedeutet die Mitteilung der entscheidungsrelevanten Tatsachen (Information); Beratung geht darüber hinaus und umfaßt (auch) das eigene Urteil des Beratenden verbunden mit einem Entscheidungsvorschlag (Horn ZBB 1997, 139 ff.). Eine vorvertragliche Pflicht zur Beratung besteht freilich im allgemeinen nicht, es sei denn, Beratung wird angeboten oder tatsächlich gewährt. In diesem Fall nimmt die Rspr. zutr. meist einen konkludenten **Beratungsvertrag** an (BGHZ 123, 126, 128 (Bond)). Eine Aufklärungspflicht (Informationspflicht) ist dagegen bei Wertpapiergeschäften grds. vorvertraglich gegeben (und in § 31 II 1 Nr. 2 WpHG als öffentlich-rechtliche Pflicht ebenfalls vorgesehen). Sie kann reduziert sein, so im Discount-Broking,¹²² oder bei konkludentem oder ausdrücklichem Verzicht des Kunden entfallen (BGH ZIP 1998, 284, 285), auch dadurch, daß die Bank ausdrücklich auf ihre mangelnde Kenntnis vom gewünschten Anlageobjekt hinweist.¹²³ Im übrigen richten sich Art und Umfang der Aufklärungspflichten nach der Art des Geschäfts; eine Bank kann z.B. bei einer Kreditgewährung im allgemeinen darauf verzichten, den Kunden über die Verwendung des Kredits aufzuklären oder gar zu beraten. Auch Informationen können Gegenstand eines besonderen Vertrags sein (Horn BuB, 7/1280). Wünscht der Kunde eine bestimmte **Bankauskunft**, kommt nach st. Rspr. ein Aus-

¹¹⁸ BGHZ 23, 222, 226 f.; 67, 34, 35 ff.; BGH NJW 1999, 3335.

¹¹⁹ BGHZ 16, 334, 336; 85, 315, 318 f.

¹²⁰ BGHZ 80, 80, 82; *Breidenbach* Die Voraussetzungen von Informationspflichten bei Vertragsschluß, 1989.

¹²¹ *Horn ZBB 1997, 139 ff.*, *ders.* Anlageberatung BuB 09.2001, 7/1250–1444; *Welter/Lang/Balzer* Handbuch der Informationspflichten im Bankverkehr, 2005, Rdn. 7.10 ff.

¹²² BGHZ 142, 345, 354; BGH ZIP 2004, 111 = WM 2004, 24; *Horn ZBB 1997, 139, 151; ders.* BuB 7/1411. Zu den Warnpflichten einer Direktbank, wenn Aufträge des Kunden von seinen zuvor erklärten Zielvorstellungen abweichen, vgl. BGH ZIP 2004, 111, 113; BGH ZIP 2004, 1636, 1638.

¹²³ BGH ZIP 1998, 284 = WM 1998, 274; *Nobbe* in *Horn/Schimansky* (Hrsg.), Bankrecht 1998 (RWS-Forum 12), 1998, S. 235, 241.

kunftsvertrag zustande, wenn die Bank erkennen kann, daß der Empfänger die Auskunft zur Grundlage wesentlicher Vermögensverfügungen machen will, und sie die Auskunft erteilt.¹²⁴ Weitere Einzelheiten s. § 347 Rdn. 50 ff u. Anh. § 372 Rdn. III/1 ff.

e) Prospekthaftung. Ein Prospekt ist eine zusammengefaßte schriftliche Information über ein Wertpapier oder eine sonstige Vermögensanlage. Diese Information richtet sich typischerweise an eine unbekannte Vielzahl von möglichen Interessenten, die Teilnehmer des Kapitalmarktes. Gehaftet wird für eine Verletzung der im Prospekt zu erfüllenden Aufklärungspflicht. Spezialgesetzliche Grundlagen der Prospekthaftung finden sich in den §§ 44–48 BörsG, in §§ 13, 13a VerkaufsprospektG sowie in § 127 InvG. Die Pflicht zur Information erstreckt sich auf den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt, aber ergänzend auf alle für die Beurteilung der Anlage wesentlichen Umstände. Gehaftet wird für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben.¹²⁵ 72

Im Hinblick auf die Verwendung von schriftlichem Informations- und Werbematerial (Prospekt i.w.S.) über Anlagemöglichkeiten des grauen Kapitalmarktes hat die Rspr. parallel zu den genannten spezialgesetzlichen Fällen Grundsätze einer allgemeinen **zivilrechtlichen Prospekthaftung** entwickelt (s. oben § 161 Rdn. 198f). Nach einer verbreiteten Meinung wird die zivilrechtliche Prospekthaftung als besondere Kapitalmarkthaftung bezeichnet;¹²⁶ ein eigentlicher Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung, daß es sich um eine Sonderform der Haftung für culpa in contrahendo (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB) handelt, besteht nicht. Aufklärungspflichten beim Vertrieb von Vermögensanlageformen bestehen an sich unabhängig von der Verwendung eines Prospekts aus c.i.c. oder aus vertraglicher Haftung für Aufklärung und Beratung; diese Pflichten sind von der Rspr. aber überwiegend anhand von Prospekthaftungsfällen entwickelt worden. Der **Kreis der haftenden Personen** wird weit gezogen und auf Initiatoren, Gründer und Gestalter der Gesellschaft, deren Anteile vertrieben werden, erstreckt, soweit diese Personen das Management bilden oder beherrschen.¹²⁷ Durch das **Anlegerschutzverbesserungsgesetz** vom 28.10.2004 ist in den §§ 8f ff VerkProspG eine gesetzliche Prospektspflicht für Kapitalanlagen am grauen Kapitalmarkt eingeführt worden, die in ihrem Anwendungsbereich die zivilrechtliche Prospekthaftung überlagert.¹²⁸ Zur Haftung von Verhandlungshelfen unten Rdn. 78 ff. 73

f) Gewährleistungsrechte aus Kauf- und Werkvertragsrecht galten schon nach früherer Rechtslage (vor dem 1.1.2002) vorrangig, soweit es um die Verletzung von Aufklärungspflichten im Hinblick auf Sachmängel und Eigenschaftszusicherungen ging (BGHZ 60, 319 ff). Die Lückenhaftigkeit des Gewährleistungsrechts hatte aber dazu geführt, daß ergänzend ein paralleles Gewährleistungsrecht aus den Grundsätzen der c.i.c. entwickelt worden war.¹²⁹ Nur im unmittelbaren Anwendungsbereich der 74

¹²⁴ BGH WM 1990, 1990, 1991; dazu v. Heymann WuB I B 4 – 1.91 und Eckert EWiR 1991, 41; BGH ZIP 1998, 1434 f m. Anm. Pfeiffer, EWiR 1998, 933; BGH ZIP 1999, 275; BGH ZIP 2003, 621, 624. A.A. Berger ZBB 2001, 238; gesetzliche Haftung.

¹²⁵ Vgl. BGHZ 79, 337, 344 f = ZIP 1981, 517, 520; BGHZ 123, 106, 109 f = ZIP 1993, 1467, 1468; BGH ZIP 2000, 1296, 1297; BGH ZIP 2004, 1104, 1106.

¹²⁶ Assmann Prospekthaftung, 1985, S. 273 ff; Köndgen Zur Theorie der Prospekthaftung,

1983, S. 13 ff; Hopt in Hadding/Hopt/Schmiansky Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute, 1993, S. 1, 12 f.

¹²⁷ BGHZ 71, 284, 287 ff; 79, 337, 340; Einzelheiten oben § 161 Rdn. 198 ff.

¹²⁸ Vgl. zur Neuregelung Heisterhagen, DStR 2004, 1089 ff; Ziegler DStR 2005, 30 ff; Kuthe ZIP 2004, 883 ff; Grimm/Moritz BB 2004, 1801 ff; Fleischer BKR 2004, 339 ff.

¹²⁹ Canaris AcP 200 (2000) 273, 305 ff; Münch-KommzBGB/Emmerich⁴ § 311 Rdn. 127.

Gewährleistungsansprüche wurde die c.i.c.-Haftung wegen fahrlässiger Informationspflichtverletzungen ausgeschlossen (BGHZ 60, 319, 321 ff); denn die entsprechende kaufrechtliche Schadensersatzhaftung war in § 463 BGB auf Vorsatz beschränkt. Anders, wenn eine besondere, zusätzliche Beratungspflicht vom Verkäufer übernommen war (BGHZ 140, 111, 115). Die Integration des Gewährleistungsrechts in das allgemeine Recht der Leistungsstörungen durch die Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 hat dazu geführt, daß der Verkäufer auch bei Fahrlässigkeit auf Schadensersatz haftet gem. §§ 280 I, 437 Nr. 3, 276 I 1 BGB. Dieser Anspruch ist in ein mehrgliedriges System von Rechtsbehelfen mit grundsätzlichem Vorrang der Nacherfüllung gem. § 437 Nr. 1 BGB eingebettet; für eine Informationshaftung aus c.i.c. (§ 311 II BGB) ist daneben kein Raum.¹³⁰ Auch die Einstandspflicht für **Werbeaussagen** gem. § 434 I 3 BGB und für fehlerhafte **Montageanleitungen** nach § 434 II BGB schließt insoweit eine Anwendung von c.i.c. aus.

- 75** g) **Anspruchsgrundlage** bei Verletzung von Schutzpflichten ist § 280 I i.V.m. §§ 241 II, 311 II BGB. In jedem Einzelfall ist die konkretisierende Feststellung der verletzen Schutzpflicht (auf Information, Vertraulichkeit, Rücksichtnahme usw.) notwendig; allerdings wurden für bestimmte Geschäftstypen oder Situationen bereits generelle Regeln entwickelt (wie z.B. bei Wertpapierdienstleistungen). Rechtsfolge ist gem. §§ 324, 241 II BGB ein **Rücktrittsrecht**, ferner **Schadensersatz** nach §§ 280 I, 249 BGB, schließlich auch Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 I, III, 282 BGB. Nach § 253 II BGB n.F. ist auch ein **Schmerzensgeldanspruch** bei Schädigung der Rechtsgüter Körper, Gesundheit, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung gegeben, wenn diese Güter durch Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten (und nicht nur durch eine deliktische Verletzungshandlung) beeinträchtigt sind.
- 76** Der Schuldner ist so zu stellen, als wenn die Schutzpflichtverletzung nicht eingetreten wäre. Bei Verletzung absoluter Rechte und Rechtsgüter i.S. § 823 I BGB, aber auch bei Vermögensschädigung ist demnach das **negative Interesse** zu ersetzen.¹³¹ So ist z.B. bei Vermögensschädigungen durch pflichtwidrig falsche Beratung dem Anleger nicht der von ihm erhoffte hohe Gewinn zu ersetzen, wohl aber der verlorene Kapitaleinsatz mit zwischenzeitlicher Verzinsung. Besteht die Schädigung in einem für den anderen Teil nachteiligen Vertrag, so ist der Vertrag rückabzuwickeln.¹³² Der Konflikt mit § 123 BGB, daß das Gesetz dort nur die vorsätzliche, nicht aber die fahrlässige Erregung eines Irrtums der Vertragsgegenseite mit der Vertragsauflösung sanktioniert, der schon nach altem Recht mit guten Gründen kritisiert wurde, ist insoweit hinzunehmen.
- 77** Das negative Interesse ist nicht durch das positive Interesse begrenzt, wenn z.B. der Käufer im Vertrauen auf unrichtige Angaben des Verkäufers weitergehende Verluste erleidet (BGHZ 69, 53, 58 f; *Horn JuS* 1995, 377, 383). Falls die vorvertragliche Pflichtverletzung dazu führt, daß ein Vertragshindernis nicht mehr behoben werden kann, das z.B. bei pflichtgemäßer Aufklärung zu beheben war, so besteht der Schaden im verhinderten Vertragsschluß; hier ist das **positive Interesse** zu ersetzen.¹³³

¹³⁰ A.A. *Bamberger/Roth/Faust* BGB, § 437 Rdn. 181. Allg. zu Konkurrenzfragen *Anw-Kom-BGB/Büdenbender* (Fn. 105), § 437 Rdn. 103 ff.

¹³¹ *Canaris* DB 2001, 815, 817; *Erman/Kindl* BGB¹¹, § 311 Rdn. 25.

¹³² Vgl. BGH NJW 1962, 1196, 1198; *Horn JuS* 1995, 377, 380.

¹³³ RGZ 91, 30, 33; 103, 154, 160.

h) Der Verpflichtete haftet auch für das Verhalten seiner **Hilfspersonen** gem. § 278 S.1 BGB. Gehaftet wird ferner für den Verhandlungsgehilfen (BGH JZ 1990, 340, 341), für den Vertreter auch bei Überschreitung der Vertretungsmacht.¹³⁴ **78**

i) Eine **vorvertragliche Haftung Dritter**, die nicht selbst Vertragspartner werden sollen, sieht § 311 III BGB vor. Die Tragweite der Norm ist umstritten und klärungsbedürftig.¹³⁵ S. 2 nennt den Fall, daß der Dritte in besonderem Maß Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluß erheblich beeinflusst. In Betracht kommen insbes. folgende Fallgruppen: Der Dritte hat eine enge Beziehung zu der einen Vertragspartei, z.B. der **Geschäftsführer einer GmbH**, der für diese verhandelt und abschließt. Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers wurde z.T. zu weitgehend schon bei eigenem wirtschaftlichen Interesse am Vertragsschluß des Mehrheitsgesellschafters bejaht.¹³⁶ Unter engen Voraussetzungen kann der Geschäftsführer wegen Inanspruchnahme besonderen Vertrauens haften, etwa wenn er über die schlechte Vermögenslage der GmbH nicht aufklärt.¹³⁷ Besonderes Vertrauen nimmt auch der **Wertpapierdienstleister** in Anspruch, der vorvertraglich oder vertraglich bestimmte Informationspflichten oder (weitergehend) Beratungspflichten übernommen hat und diese verletzt. Häufig steht dann aber eine Vertragshaftung im Vordergrund. Eine Haftung aus Inanspruchnahme besonderen Vertrauens kann auch den angestellten Anlageberater einer Bank treffen.¹³⁸ Eine dritte Fallgruppe bilden Fälle der **Sachwalterhaftung**,¹³⁹ wenn jemand als neutraler Sachverständiger oder Gutachter besonderes Vertrauen in seine fachliche Kompetenz und Neutralität in Anspruch nimmt, z.B. durch Gutachten oder Stellungnahmen in einem **Prospekt**, typischerweise ohne Vertragspartei zu sein und ohne seine Erklärung direkt dem geschädigten Vertragspartner gegenüber abzugeben. Es ist aber umstritten, ob diese Fälle der Berufs- oder Sachwalterhaftung von § 311 III BGB erfaßt werden;¹⁴⁰ einige Fälle lassen sich mit den Grundsätzen der Schutzwirkung eines Vertrages (d.h. des Gutachters mit einer Partei) zugunsten Dritter lösen (vgl. BGHZ 127, 378; BGH NJW-RR 2004, 1464; BGH IBR 2004, 633). **79**

Seit jeher sind in den **Schutzbereich** der c.i.c.-Haftung insbes. hinsichtlich der Verletzung von absoluten Rechten und Rechtsgütern i.S. § 823 I BGB auch Personen einbezogen, die der im Vertragsanbahnungsverhältnis stehenden Person nahestehen. Beispiel: Kind, das die kaufinteressierte Mutter ins Kaufhaus begleitet (RGZ 78, 239 ff). Diese Fälle sind vom Wortlaut des § 311 III 1 BGB gedeckt; der Wortlaut selbst („kann“) weist aber darauf hin, daß jeweils eine besondere Begründung erforderlich ist. Sie ist im genannten Fall in der entsprechenden Verkehrsanschauung über die Reichweite der Schutzpflichten zu sehen. In manchen anderen Fällen besteht beim Postulat einer „Schutzlücke“ die Gefahr einer *petitio principii*.¹⁴¹ **80**

¹³⁴ BGHZ 92, 164, 175; nicht unbedenklich wegen der Beseitigung des Schutzes des Vertretenen durch die Grenzen der Vertretungsmacht.

¹³⁵ Überblick bei AnwKom-BGB/*Krebs* (Fn. 105), § 311 Rdn. 103 ff, der eine enge Auslegung befürwortet.

¹³⁶ BGH NJW 1983, 676 f; BGHZ 87, 27, 34; krit. *Ulmer* NJW 1983, 1577 f; oben § 172a Rdn. 44. Zutr. zurückhaltender BGH ZIP 1986, 26 ff.

¹³⁷ BGH NJW 1983, 676 ff; BGHZ 87, 27, 37; *Horn* JuS 1995, 377, 384.

¹³⁸ OLG Braunschweig ZIP 1993, 1458.

¹³⁹ BGHZ 71, 284, 288 f; 74, 103, 109 f; 111, 314, 319 f.

¹⁴⁰ Bejahend *Bamberger/Roth/Grüneberg* BGB, § 311 Rdn. 116; der die Sachwalterhaftung als Unterfall der Eigenhaftung Dritter wegen entgegengebrachten Vertrauens qualifiziert; vgl. auch AnwKom/*Krebs* (Fn. 105), § 311 Rdn. 112 ff.

¹⁴¹ Zu „Funktionsdefiziten“ daher nicht immer überzeugend AnwKom-BGB/*Krebs* (Fn. 105), § 311 Rdn. 133.

3. Geschäftsverbindung

81 a) **Begriff.** Die Geschäftsverbindung ist ein auf mehrere Geschäfte oder längere Zeit angelegter geschäftlicher Kontakt. Sie ist an sich kein Vertrag; s. aber Rdn. 84. Sie wird von einer verbreiteten Meinung als gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht charakterisiert, aus der gem. § 242 BGB Schutzpflichten und Haftungsfolgen entstehen.¹⁴² Dies entspricht der durch die Schuldrechtsreform 2002 neu geschaffenen Blankettnorm des § 241 II BGB, die ein Schuldverhältnis voraussetzt und auf Schutzpflichten je nach dessen Inhalt verweist.

Regelmäßig entstehen Schutz- und Rücksichtspflichten im Hinblick auf die versprochene oder geplante Erbringung einer bestimmten Leistung und stellen sich dann als Nebenpflichten eines Vertrages oder Pflichten im Sinne der culpa in contrahendo (§ 311 II BGB) dar. Hier wie auch sonst kann der Begriff der Geschäftsbeziehung lediglich bestimmte tatsächliche Merkmale und Fallgruppen zusammenfassen. Eine eigenständige dogmatische und praktische Funktion ist nicht erkennbar. Nicht identisch ist der Begriff der Geschäftsverbindung mit dem Begriff der „ähnlichen geschäftlichen Kontakte“ in § 311 II Nr. 3 BGB; diese Kontakte müssen nicht dauerhaft bestehen oder auf Dauer angelegt sein wie die Geschäftsverbindung.

82 Die bestehende Geschäftsverbindung entfaltet daher (nur) als relevanter Sachverhalt im Rahmen anderer bestehender Pflichten und Haftungstatbestände eine Bedeutung. So kann z.B. bei laufender Geschäftsverbindung eine Haftung aus c.i.c. (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB) begründet sein, wenn die Fortsetzung des Lieferantenkredits dadurch erschlichen wird, daß auf die Anfrage des Lieferanten eine falsche Auskunft erteilt wird (BGHZ 87, 27, 32); es haftet dann auch der am Geschäft persönlich interessierte Vertreter (BGHZ 87, 27, 32). Eine solche Haftung kann sich freilich auch bei der Anbahnung einer ganz neuen Geschäftsbeziehung ergeben, wenn über die Bonität getäuscht wird. Ferner kann die Geschäftsbeziehung, insbes. der Inhalt früherer Verträge, ein bestimmter Wortgebrauch oder eine Übung bei der Geschäftsabwicklung in der zurückliegenden Zeit Anhaltspunkte für die Vertragsauslegung liefern (allg. *Müller-Graff* JZ 1976, 155 f), z.B. für die weitere Einbeziehung bereits früher vereinbarter AGB. Allerdings müssen sich jeweils Anhaltspunkte in den neuen Erklärungen der Parteien finden. Denn der einzelne Vertrag behält auch im Rahmen einer Geschäftsbeziehung grundsätzlich seine rechtliche Selbständigkeit.¹⁴³ Die Geschäftsverbindung bietet z.B. in der Regel noch keinen Anhaltspunkt dafür, daß in einem früheren Vertrag enthaltene Abreden, die die andere Partei belasten (z.B. über einen Lieferantenkredit), ohne weiteres in einem neu geschlossenen Vertrag enthalten sein sollen (BGHZ 87, 27, 32). Immerhin können sich aus der laufenden Geschäftsbeziehung unterstützende Gesichtspunkte für eine Einbeziehung der AGB (auch der Abänderung bestehender AGB) in künftige Verträge ergeben (oben Rdn. 55).

83 Aus der reinen Tatsache der Geschäftsbeziehung ergeben sich keine Pflichten zur Aufrechterhaltung dieser Beziehung bzw. zur Weiterbelieferung oder zur Belassung oder gar Erhöhung von Krediten. In aller Regel können sich aus der Vertragsbeziehung zwischen einem Unternehmen und seiner Hausbank keine Pflichten zur Ge-

¹⁴² *Canaris* JZ 1965, 475; *ders.*³ Rdn. 12 f; *Gerhardt* JZ 1970, 535 f; *Müller-Graff* JZ 1976, 155 f; *ders.* Rechtliche Auswirkungen; *Baumbach/Hopt* Einl. vor § 343 Rdn. 3 unter Hinweis auf §§ 311 II Nr. 3, 241 II BGB.

¹⁴³ BGHZ 18, 212, 215 f; 87, 27, 32; *Bamberger/Roth/Grüneberg* BGB, § 280 Rdn. 55; allg. *Horn* Vertragsdauer, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Fn. 45), S. 563.

währung oder Belassung von Krediten ergeben.¹⁴⁴ Die Pflicht zum Abschluß oder zur Fortsetzung von Lieferbeziehungen kann sich aus einem gesetzlichen Kontrahierungszwang ergeben, z.B. für Versorgungsunternehmen nach § 10 EnWG oder aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot gem. § 33 I, III i.V.m. § 20 I GWB.¹⁴⁵

b) Rahmenvertrag. Die Geschäftsverbindung kann vertraglich geregelt sein, insbesondere durch einen Rahmenvertrag (BGH NJW-RR 1992, 977) oder einen Kooperationsvertrag, z.B. als Grundlage eines Vertriebssystems.¹⁴⁶ Auch dann behält der einzelne im Rahmen der Geschäftsbeziehung geschlossene Vertrag seine selbständige rechtliche Bedeutung. Aus dem Rahmenvertrag können sich aber bestimmte Durchführungsregelungen für die Einzelverträge, auch Anbietungs- und Abnahmepflichten, ergeben. Der Nichtabschluß eines Einzelvertrags kann eine Verletzung des Rahmenvertrags darstellen (BGH NJW-RR 1992, 977). Sind die künftigen Leistungspflichten bereits im Rahmenvertrag hinreichend genau geregelt, so daß es zur Einzelleistung nur noch eines Termins oder eines Abrufs o.ä. bedarf, liegt in Wirklichkeit ein einheitlicher Vertrag vor (langfristiger Liefervertrag oder Dauerschuldverhältnis).¹⁴⁷ Z.B. verpflichtet sich die Bank im Rahmen eines Vertrags über ein Girokonto, für den Kunden ein Konto einzurichten, eingehende Zahlungen auf dem Konto gutzuschreiben und abgeschlossene Überweisungsverträge (§ 676a BGB) zu Lasten dieses Kontos abzuwickeln (§ 676 f S. 1 BGB). Die Aufnahme einer Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde führt nicht zum Entstehen eines Bankvertrages als übergreifendem Rahmenvertrag.¹⁴⁸

84

4. Vertrauenshaftung?

Jedermann, insbes. der Kaufmann, muß seine Handlungen und Erklärungen gegen sich so gelten lassen, wie sie von anderen nach der Verkehrs- (Handels-)sitten (Handelsbrauch) aufgefaßt werden; § 346.¹⁴⁹ Dieser Grundsatz, im Ansatz eine Auslegungsregel für ausdrückliche und konkludente Willenserklärungen, wurde zum Ausgangspunkt des Postulats einer Vertrauenshaftung, die eingreifen soll, wenn jemand durch sein Verhalten bei einem Dritten Vertrauen erweckt bzw. Vertrauen in Anspruch nimmt.¹⁵⁰ Die Vertrauenshaftung wird von ihren Vertretern als selbständiger Verpflichtungsgrund neben dem Vertrag betrachtet. Dazu ist der Gedanke mangels klarer, operationaler Tatbestandsabgrenzung nicht geeignet. Es handelt sich vielmehr um einen allgemeinen Rechtsgedanken, der in verschiedenen Rechtsinstituten zum Ausdruck kommt.¹⁵¹ Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform 2002 hat den Vertrauensgedanken in verschiedenen Regelungen stärker als bisher berücksichtigt, so in § 241 II BGB (Schutzpflichten), § 311 II, III BGB (c.i.c.-Haftung und Dritthaftung), § 434 I 3 BGB (Sachmängelhaftung für Werbeaussagen).

85

¹⁴⁴ A.A. *Canaris* ZHR 143 (1979) 113 ff; *Hopt* ZHR 143 (1979) 139 ff.

¹⁴⁵ *Markert* in *Immenga/Mestmäcker* GWB³, § 20 Rdn. 228 ff.

¹⁴⁶ *Ulmer* Der Vertragshändler, 1969.

¹⁴⁷ Zu beiden sich überschneidenden Kategorien *Horn* (Fn. 143), S. 560 ff, 594 ff, 599.

¹⁴⁸ BGH NJW 2002, 3695, 3696 f = ZIP 2002, 2082, 2083 f; unten Anh. § 372 Rdn. I/7f.

¹⁴⁹ RGZ 95, 112, 114; vgl. auch BGHZ 91, 324.

¹⁵⁰ Vgl. *Staudinger/Coing* BGB¹¹, 1957, Vorbem.

76 zu § 104, Vorbem. 3 zu § 116; *Canaris* JZ 1965, 475, 478; *ders.* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 39 f; *W. Lorenz* 1. FS Larenz 1973, 575, 591, 618 f; *M. Lehmann* Vertragsanbahnung durch Werbung, 1981, S. 295 ff, 396; *Breidenbach* Die Voraussetzungen von Informationspflichten bei Vertragsschluß, 1989, S. 47 ff; krit. *Köndgen* Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 97 ff.

¹⁵¹ *Zutr. H. Hübner* BGB AT (Fn. 14), § 29; *Köndgen* aaO (Fn. 150).

Vertrauensschutz ist auch im HGB ebenso wie im BGB ein wichtiger Normzweck oder ein Aspekt von Normzwecken. Es kommt aber auf seine Konkretisierung in einzelnen Normen oder Institutionen an. Sowohl im Hinblick auf *culpa in contrahendo* (§ 311 II BGB) als auch im Hinblick auf den übergreifenden Begriff der Sonderverbindung als Grundlage von Schutzpflichten i.S. § 241 II BGB, die Vertrag und Vertragsanbahnungsverhältnis umfaßt, werden verschiedene haftungsrechtliche Gesichtspunkte kombiniert, wobei der Vertrauensgesichtspunkt nur ein Aspekt unter mehreren ist.¹⁵²

5. Verjährung

86 Die Schuldrechtsreform 2002 hat die zwei- und vierjährigen Sonderfristen der Verjährung gem. § 196 BGB a.F. für bestimmte geschäftliche Gegenansprüche des Kaufmanns und anderer Gewerbetreibender beseitigt; zum alten Rechtszustand s. Voraufkl. Vor § 343 Rdn. 70–76. Nach neuem Recht gilt für die rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen (§ 311 BGB) Ansprüche des Kaufmanns die dreijährige Regelverjährung nach § 195 BGB. Gleiches gilt für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff BGB), Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 ff BGB) und unerlaubter Handlung (§§ 823 ff BGB).¹⁵³ Neue Sonderverjährungsfristen gelten für Ansprüche auf Rechte an Grundstücken gem. § 196 BGB (zehn Jahre), für dingliche Herausgabeansprüche, titulierte und vollstreckbare Ansprüche gem. § 197 I BGB (dreißig Jahre), für kaufrechtliche Mängelansprüche gem. § 438 BGB (dreißig, fünf oder zwei Jahre), für werkvertragliche Mängelansprüche gem. § 634a BGB (fünf, zwei Jahre oder Regelverjährung), für reisevertragliche Mängelansprüche gem. § 651g BGB (zwei Jahre) und für den deliktischen Bereicherungsanspruch gem. § 852 BGB (zehn oder dreißig Jahre).

Nach § 37a WpHG verjährt der Anspruch des Kunden gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung in Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist, wobei auf den Zeitpunkt des Erwerbs der Wertpapiere durch den Kunden abzustellen ist.¹⁵⁴ Die für Rechtsanwälte und Steuerberater entwickelten Grundsätze der Sekundärverjährung finden mangels eines konkreten Vertrauensverhältnisses zwischen dem Wertpapierdienstleister und dem Kunden im Rahmen von § 37a WpHG keine Anwendung.¹⁵⁵

VI. Das Vertragsstatut internationaler Handelsgeschäfte

Schrifttum. Vgl. die BGB-Kommentare zu Art. 3–38 EGBGB, ferner: *Berger* (Hrsg.), *The Practice of Transnational Law*, 2001; *Delaume Law and Practice of International Contracts*, Bd. 1–4, 1998; *Giuliano/Lagarde* Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, BT-Drucks 10/503, S. 33 ff (= ABL. EG 1980 Nr. C 282/1 ff); *Horn* *The Use of Transnational Law in the Contract Law of International Trade and Finance*, in *Berger* aaO, S. 67–80; *Kegel/Schurig* *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. 2004; *Kropholler* *Internationales Pri-*

¹⁵² Problemüberblick bei *Krebs* in *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Fn. 101), § 3 Rdn. 10 ff, 18.

¹⁵³ Überblick *Mansel* in *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Fn. 101) § 1 Rdn. 29 ff.

¹⁵⁴ BGH ZIP 2005, 802 = WM 2005, 929; *Schä-*

fer/Lang BKR 2002, 197, 209; *Assmann/Schneider/Koller* WpHG³, 2003, § 37a Rdn. 7.

¹⁵⁵ BGH ZIP 2005, 802 = WM 2005, 929; *Schäfer* FS Schimansky, 1999, S. 699, 712; a.A. *Hackenberg/Roller* VuR 2004, 46, 48 f; *Rössner/Bolkart* AG 2003, R 438 ff.

vatrecht, 5. Aufl. 2004, *Reithmann/Martiny* Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004; *Schröder/Wenner* Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 1998; *Schotten* Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 1995.

Kommen die Vertragsparteien aus verschiedenen Staaten, wird Ware über die Grenze geliefert oder bestehen sonstige vertragsrelevante Verbindungen zu mehreren Staaten, so bestimmt das **Internationale Privatrecht** (Art. 3 ff EGBGB), welchem nationalen Recht das Handelsgeschäft untersteht (*lex contractus*, Vertragsstatut), sofern kein vorrangiges internationales **Einheitsrecht** besteht (Art. 3 II EGBGB), wie insbes. die UN-Konvention für den internationalen Warenkauf. Das im EGBGB enthaltene Kollisionsrecht für vertragliche Schuldverhältnisse ist in Europa durch das EVÜ vereinheitlicht.¹⁵⁶ 87

1. Rechtswahl

a) **Verweisungsvertrag.** Die Parteien eines schuldrechtlichen Vertrags haben kraft ihrer **Parteiautonomie** die rechtliche Möglichkeit, das auf den schuldrechtlichen Vertrag anwendbare Recht (Vertragsstatut) zu vereinbaren (Rechtswahlklausel; Verweisungsvertrag); Art. 27 EGBGB/Art. 3 EVÜ).¹⁵⁷ Besondere Anforderungen an die Auslandsberührung des betreffenden Geschäfts zur Rechtfertigung der Rechtswahlfreiheit werden in Art. 27 ff EGBGB nicht gestellt.¹⁵⁸ Der Verweisungsvertrag ist formal meist eine Klausel des Hauptvertrages (Rechtswahlklausel). Verweisungsvertrag (Rechtswahl) und Hauptvertrag sind aber auch bei dieser Verbindung rechtlich grundsätzlich selbständig. Der Verweisungsvertrag kann also unwirksam und der Hauptvertrag gleichwohl wirksam sein (BGH JZ 1963, 167) und umgekehrt (OLG Köln IPRspr. 1958/59 Nr. 42). Das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Rechtswahl richten sich nach dem Vertragsstatut (Art. 27 IV i.V.m. Art. 31 EGBGB). Eine besondere Form für den Verweisungsvertrag sieht das deutsche IPR nicht vor. In der Praxis finden sich Rechtswahlklauseln häufig in **AGB** der Parteien. Enthalten die AGB kollidierende Rechtswahlklauseln, so ist jede der Klauseln nach dem in ihr gewählten Recht auf ihr wirksames Zustandekommen hin zu überprüfen.¹⁵⁹ Die Rechtswahl kann jederzeit nachträglich geändert werden, wobei an eine nachträgliche Änderung keine erhöhten Anforderungen zu stellen sind.¹⁶⁰ 88

b) Die Rechtswahl kann auch **konkludent** getroffen werden; dies trifft dann zu, wenn sich die Rechtswahl mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergibt (Art. 27 I 2, 2. Hs. EGBGB).¹⁶¹ Fehlt es an hinreichenden Anhaltspunkten für eine konkludente Rechtswahl, so greift 89

¹⁵⁶ Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. 6. 1980 (ABl. EG 1980 Nr. L 266/6) i.d.F. Übereinkommen von Funchal v. 18.5. 1992, ABl. EG 1992 Nr. L 333/1.

¹⁵⁷ *Martiny* in *Reithmann/Martiny* Rdn. 54 ff. Dies entspricht dem vorherigen Rechtszustand; vgl. BGHZ 7, 231, 234; 9, 34, 37; 9, 221, 223; 19, 110 f; BGH NJW 1979, 1773.

¹⁵⁸ *Martiny* in *Reithmann/Martiny* Rdn. 62;

Palandt/Heldrich BGB⁶⁴, Art. 27 EGBGB Rdn. 3.

¹⁵⁹ Zu Einzelheiten siehe *Mankowski* RIW 2003, 2, 4; *Tiedemann* IPRax 1991, 424 ff.

¹⁶⁰ BGH IPRax 2002, 37, 39; kritisch dazu *Hobloch/Kjelland* IPRax 2002, 30 ff.

¹⁶¹ Dazu BGH NJW-RR 2000, 1002, 1004; BGH NJW 2001, 1936, 1937; BAG NJW 1996, 741; *Stoll* FS Heini 1995, 429, 441.

die objektive Anknüpfung des Vertragsstatuts nach Art. 28 EGBGB ein (Rdn. 94 ff). Anhaltspunkte für eine konkludente Rechtswahl sind der Sitz beider Parteien in einem Land plus der Gebrauch der Landessprache oder die Einschaltung einheimischer Rechtsanwälte.¹⁶² Die Vereinbarung eines einheitlichen Gerichtsstandes ist ein deutlicher Hinweis auf das am Ort dieses Gerichts geltende Recht.¹⁶³ Gleiches gilt bei Wahl eines institutionellen Schiedsgerichts für das an dessen Sitz geltende Recht.¹⁶⁴ Einen starken Anhaltspunkt liefert das Verhalten der Parteien im Rechtsstreit, insbes. eine Argumentation auf der Grundlage eines bestimmten nationalen Rechts.¹⁶⁵ Die Vereinbarung eines bestimmten Erfüllungsortes (nach altem IPR selbständiger Anknüpfungspunkt, was durch Art. 27, 28 EGBGB überholt ist) kann als Einzelkriterium bei der Ermittlung des konkludenten Parteiwillens einen Anhaltspunkt für die Wahl des Rechts des Erfüllungsortes liefern.¹⁶⁶

Die Verwendung einer bestimmten **Sprache** liefert nur einen undeutlichen und schwachen Anhaltspunkt für die Wahl des Rechts eines bestimmten Landes; weder weist die Weltsprache Englisch oder Spanisch per se auf ein bestimmtes Land hin, noch kann die Wahl einer exotischen Sprache ohne weiteres Indiz für die Unterwerfung der Parteien unter das Recht des betreffenden Landes sein. Dagegen sind Bezugnahmen im Vertrag selbst auf ein bestimmtes Recht ein starker Anhaltspunkt.¹⁶⁷ Die Vertragsklausel, daß der Vertrag oder bestimmte Ausdrücke darin nach einem bestimmten Recht ausgelegt werden sollen, enthält nicht nur eine Auslegungsregel, sondern wohl schon eine Rechtswahlklausel.¹⁶⁸ Werden die Vertragsformulare oder sonstigen AGB einer Partei verwendet, so spricht dies dafür, daß das Recht am Sitz des betr. Unternehmens gelten soll.¹⁶⁹ Die Bezugnahme des Vertrags auf einen anderen Vertrag, der einem bestimmten Recht eindeutig untersteht, kann u.U. als konkludente Rechtswahl bewertet werden.¹⁷⁰ Auch die frühere Vertragspraxis der gleichen Parteien gibt einen gewissen Anhaltspunkt dafür, daß das gleiche Vertragsstatut auch für den neuen Vertrag gelten soll. Die konkludente **Rechtswahl** kann auch **nachträglich** getroffen werden. Ein solcher Fall liegt vor, wenn das Verhalten der Parteien im Prozeß relevante Anhaltspunkte liefert, z.B. beide Parteien ihrem Sachvortrag dasselbe Recht zugrunde legen (BGH RIW 2004, 78).

¹⁶² BGH RIW 1997, 426; OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 55; OLG Karlsruhe NZG 2001, 748 (alle betr. deutsches Recht); BGH NJW-RR 2000, 1002, 1004 (franz. Recht).

¹⁶³ BGH RIW 1976, 447; OLG Hamburg RIW 1986, 462, 463; OLG Frankfurt RIW 1998, 477; nicht ausreichend formulärmäßiger Gerichtsstandsvermerk auf einer Rechnung, s. *Martiny* in *Reithmann/Martiny* Rdn. 86; *Palandt/Heldrich* BGB⁶⁴, Art. 27 EGBGB Rdn. 6.

¹⁶⁴ OLG Hamburg IPRspr. 1978 Nr. 189 = RIW 1979, 482 ff m. Anm. *Mezger*.

¹⁶⁵ BGHZ 103, 84, 86 = NJW 1988, 1592; NJW 1991, 1292, 1293; NJW 1992, 1380; NJW-RR 1994, 506; IPRax 2002, 37, 39; NJW-RR 2004, 1482, 1483; vgl. auch EG Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (Abl.

EG 1980 Nr. L 266/6) i.d.F. Übereinkommen von Funchal v. 18.5.1992, ABl. EG 1992 Nr. L 333/1.

¹⁶⁶ *Martiny* in *Reithmann/Martiny* Rdn. 94; OLG Köln RIW 1994, 970 i.V.m. Landeswährung als Zahlungsmittel.

¹⁶⁷ *von Hoffmann* IPR⁷, 2002, § 10 Rdn. 34; *Giuliano/Lagarde* S. 49; OLG Köln IPRspr. 1983 Nr. 133 = RIW 1984, 314 ff; OLG Köln IPRspr. 1993 Nr. 29 = RIW 1993, 414, 415; LG Waldshut-Tiengen IPRspr. 1983 Nr. 22.

¹⁶⁸ OLG München IPRspr. 1983 Nr. 129b = IPRax 1984, 319 m. Anm. *Jayme*; *Schröder* IPRax 1985, 131 f.

¹⁶⁹ BGH JZ 1963, 167; IPRspr. 1976 Nr. 134 = RIW 1976, 447.

¹⁷⁰ RGZ 122, 316; *Martiny* in *Reithmann/Martiny* Rdn. 98.

c) Das **gewählte Recht** kann auch ein „**neutrales Recht**“ sein, zu dem das Geschäft keine sachliche oder räumliche Beziehung hat.¹⁷¹ Allerdings gilt dies nur mit der Einschränkung des Abs. 3: die Rechtswahl kann die zwingenden Bestimmungen des Rechts eines Staates nicht ausschließen, wenn das betreffende Geschäft im übrigen Beziehungen nur zu diesem Recht aufweist. **90**

d) Die Rechtswahl kann für den ganzen Vertrag oder auch nur für einen Teil davon getroffen werden; Art. 27 I 3 EGBGB. Voraussetzung ist die Unterscheidbarkeit und Abtrennbarkeit der Rechtsfragen, für die die **teilweise Rechtswahl** gelten soll, vom übrigen Vertrag. Weitere Voraussetzung ist, daß durch die teilweise Rechtswahl keine widersprüchlichen Ergebnisse im Hinblick auf das für die übrigen Vertragsteile anwendbare Recht auftreten.¹⁷² Das Vertragsstatut für die übrigen Teile des Vertrages kann durch objektive Anknüpfung bestimmt werden (unten Rdn. 94 ff) oder durch die Wahl eines anderen Rechts (**gespaltene Rechtswahl**). Auch die gespaltene Rechtswahl ist unter den Voraussetzungen der klaren Abgrenzbarkeit der Vertragsteile und der widerspruchlosen Anwendbarkeit der gewählten Rechte zulässig. Teilweise oder gespaltene Rechtswahl ist immer dann unvermeidlich, wenn die Parteien ein bestimmtes (z.B. neutrales) Recht wählen wollen, Teile des Geschäfts aber zwingend dem Recht eines anderen Landes unterstehen, so z.B. die Grundstücksübereignung der *lex rei sitae* oder bei Wandel- oder Optionsanleihen das Bezugsrecht auf Aktien der *lex societatis*. Nicht zu empfehlen ist die Aufspaltung der Rechtswahl für einen schuldrechtlichen Vertrag, z.B. nach Verkäufer- und Käuferrechten, weil wegen der Wechselbeziehung dieser Rechte die Anwendbarkeit der zwei Vertragsstatuten zu Unklarheiten und Widersprüchen führen kann.¹⁷³ Auch eine **alternative Rechtswahl** ist in der Praxis bisweilen anzutreffen, bei der also jeweils das Recht z.B. des Beklagten oder (bei alternativer Gerichtsstandsvereinbarung) das Recht des angerufenen Gerichts maßgeblich sein soll; diese Praxis ist nicht unbedenklich, aber wohl grundsätzlich rechtlich zulässig.¹⁷⁴ **91**

e) Um sich gegen unliebsame künftige Änderungen des gewählten Rechts zu schützen, vereinbaren die Parteien bisweilen, daß das gewählte Recht im Zeitpunkt der Rechtswahl unverändert gelten solle oder daß nachträgliche Rechtsänderungen jedenfalls nicht auf den Vertrag anzuwenden seien (**Nichtanwendungsklauseln**). Die Geltung solcher **Versteuerungsklauseln** ist umstritten.¹⁷⁵ Die Parteien können den angestrebten Zweck wohl nur in der Weise erreichen, daß sie statt der typischen kollisionsrechtlichen Verweisung auf das ganze gewählte Recht (mit seinen künftigen Veränderungen) nur eine materiellrechtliche Verweisung auf bestimmte Normkomplexe wollen, so daß diese dann bei künftigen Rechtsänderungen als Vertragsbestimmungen weitergelten (*Martiny in Reithmann/Martiny* Rdn. 81). **92**

¹⁷¹ OLG München IPRax 1986, 178 (LS) m. Anm. *Jayme; Palandt/Heldrich* BGB⁶⁴, Art. 27 EGBGB Rdn. 3; *Martiny in Reithmann/Martiny* Rdn. 63; *Sandrock* RIW 1994, 381, 385; *Mankowski* RIW 2003, 2, 4; einschränkend FG Düsseldorf IPRspr 1997, Nr. 32.

¹⁷² *Giuliano/Lagarde* S. 49; *Martiny in Reithmann/Martiny* Rdn. 65.

¹⁷³ *Martiny in Reithmann/Martiny* Rdn. 65 m.N.; *Schröder/Wenner* Rdn. 141 ff.

¹⁷⁴ Zur Praxis *Carroll* Euromoney, Dec. 1982; zur Zulässigkeit *Graf von Westphalen* Rechtsprobleme der Exportfinanzierung³, 1987, S. 34; *Horn* JurBl. 1987, 409, 411; *Schröder/Wenner* Rdn. 149 ff.

¹⁷⁵ Für ihre Gültigkeit *Schröder/Wenner* Rdn. 124 ff; *Graf von Westphalen* (Fn. 174), S. 34; a.A. *Martiny in Reithmann/Martiny* Rdn. 80.

- 93 In vertraglichen und sonstigen Zusagen von Regierungen oder sonstigen staatlichen Stellen gegenüber Privaten im Hinblick auf deren Investitionen in ihrem Land finden sich bisweilen Zusagen, die für das Projekt relevante Gesetzgebung (z.B. über Abbaurechte, Besteuerung, Gewinntransfer usw.) nicht zu ändern (**Stabilisierungsklausel**).¹⁷⁶ Diese Klausel ist grundsätzlich nach deutschem IPR und nach Wirtschaftsvölkerrecht wirksam. Der Staat wird zwar dadurch nicht an abändernder Gesetzgebung gehindert, muß aber für den Vertragspartner entweder eine Ausnahme schaffen oder ihn entschädigen.¹⁷⁷ Allerdings ist für die Wirksamkeit der Stabilisierungsklausel grundsätzlich das Vertragsstatut (*lex causae*) maßgebend, so daß bei Wahl des Rechts des Gaststaates bzw. des staatlichen Partners die Klausel durch dessen Gesetzgebung ausgehebelt werden könnte. Meist sind hier aber aufgrund ausdrücklicher oder konkludenter Rechtswahl zugleich die allgemeinen Grundsätze des Wirtschaftsvölkerrechts anwendbar, die zu einer Wirksamkeit der Klausel im angegebenen Sinn führen (*Martiny in Reithmann/Martiny* Rdn. 80). Man muß aber berücksichtigen, daß rein faktisch die Klausel nur eine begrenzte Chance der Anerkennung vor den Gerichten des betreffenden Staates hat; anders bei Anrufung eines internationalen Schiedsgerichts (zutr. *Martiny in Reithmann/Martiny* Rdn. 80 m.N.).

Zur Frage der **Internationalisierung** des Vertragsstatuts von Handelsgeschäften s. 6 (Rdn. 108 ff).

2. Objektive Anknüpfung

- 94 a) **Grundsatz.** Mangels einer ausdrücklichen oder konkludenten Rechtswahl findet auf den Vertrag gem. Art. 28 I EGBGB das Recht des Staates Anwendung, mit dem er die **engste Verbindung** aufweist. Damit ist die nach früherem deutschen IPR geltende Konzeption der hilfsweisen Anknüpfung an den sog. hypothetischen Parteiwillen zugunsten einer objektiven Anknüpfung aufgegeben worden. Das Gesetz definiert den Begriff der engsten Verbindung (der auf Art. 4 EVÜ beruht) nicht. Die engste Verbindung muß aus der Gesamtheit der Umstände ermittelt werden. Dabei kommen z.T. auch wieder die Gesichtspunkte zum Zug, die früher zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens herangezogen wurden. Im einzelnen sind Berührungspunkte und Überschneidungen auch möglich mit den Kriterien, die bei der Ermittlung einer konkludenten Rechtswahl i.S. Art. 27 I 2 EGBGB zu berücksichtigen sind. Ein Vertrag kann eine „**engste Verbindung**“ zu mehreren **Rechtsordnungen** aufweisen mit der Folge, daß ein abgrenzbarer Teil des Vertrages einem anderen Recht als der übrige Vertrag unterstellt ist (Art. 28 I 2 EGBGB). Hinzu kommt beim Prozeßvergleich eine Unterscheidung zwischen prozessualen Wirkungen und materiellrechtlichen Wirkungen, wobei letztere nach Art. 28 I 1 EGBGB dem Statut der verglichenen Forderung unterliegen (BGH NJW 2005, 1373, 1374). Die Ermittlung der engsten Verbindung aufgrund einer Gesamtwürdigung kommt zum Zug (1), wenn es an Kriterien für eine besondere Vermutung i.S. Abs. 2–4 fehlt, oder (2), wenn solche Kriterien zwar vorhanden sind, aber bei einer Gesamtwürdigung gegenläufige Kriterien schwerer wiegen (Art. 28 V EGBGB). Letzteres kann z.B. der Fall beim Kauf einer hypothekarisch gesicherten Forderung sein, wo die Vermutung zugunsten des Rechts des Verkäufers unter Umständen durch die Existenz der einem anderen Recht unterliegenden Hypothek überlagert wird (BGH NJW-RR 2005, 206).

¹⁷⁶ *Merkt* Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln, 1990.

¹⁷⁷ *Horn* Adaptation and Renegotiation of Con-

tracts in International Trade and Finance, 1985, S. 128 m.N.

b) Art. 28 II–IV EGBGB konkretisieren den Begriff der engsten Verbindung durch eine Reihe von Kriterien, an die sich **Vermutungen** für ein bestimmtes Vertragsstatut knüpfen. Nach Abs. 2 wird vermutet, daß der Vertrag die engste Verbindung mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die **charakteristische Leistung** zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Hauptverwaltung hat, oder diejenige Niederlassung, von der aus nach dem Vertrag die Leistung zu erbringen ist. Charakteristisch ist die vertragliche Leistung von Gütern oder Diensten, durch die sich der Vertrag von anderen Verträgen unterscheidet; die Entgeltleistung ist also nicht charakteristisch (*Martiny* in *Reithmann/Martiny* Rdn. 121 f). Im einzelnen gilt: Beim Kaufvertrag erbringt der Verkäufer die charakteristische Leistung,¹⁷⁸ beim Darlehen der Darlehensgeber,¹⁷⁹ beim Dienstvertrag der Dienstverpflichtete.¹⁸⁰ Beim Werkvertrag ist es der Unternehmer,¹⁸¹ ebenso bei einem Werklieferungsvertrag,¹⁸² beim Reisevertrag der Reiseveranstalter.¹⁸³ Gleiches gilt für den Geschäftsbesorger (BGH DtZ 1996, 51). Das Recht am Ort der Niederlassung des Handelsvertreters und Vertragshändlers ist maßgeblich für deren Verträge mit dem Unternehmer, weil sie die charakteristische Leistung erbringen.¹⁸⁴ Bei Verwahrung ist das Recht am Sitz des Verwahrers maßgeblich (LG Aachen RIW 1999, 304). Bei der Bürgschaft, deren Statut unabhängig vom Statut der Hauptschuld anzuknüpfen ist,¹⁸⁵ ist das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Bürgen maßgeblich aufgrund seiner charakteristischen Leistung.¹⁸⁶ Bei Verträgen der Banken mit ihren Kunden gilt das Recht am Hauptsitz oder an der vertragsführenden Niederlassung der Bank, regelmäßig bei deutschen Banken schon aufgrund AGB-mäßiger Rechtswahl, im übrigen wegen charakteristischer Leistung der Bank.¹⁸⁷

Bei Grundstücksgeschäften wird die engste Verbindung zum Recht der Grundstücksbelegenheit vermutet (Abs. 3); bei Güterbeförderungsverträgen gilt die Vermutung zugunsten des Rechts der Hauptniederlassung des Beförderers (Abs. 4).

3. Geltungsbereich des Vertragsstatuts

a) **Sachnormenverweisung; Ermittlung des ausländischen Rechts.** Während das deutsche IPR grundsätzlich unter der Verweisung auf das Recht eines anderen Staates auch die Verweisung auf dessen IPR versteht (Art. 4 I 1 EGBGB), gilt für den Abschnitt Schuldrecht die engere Spezialvorschrift des Art. 35 I EGBGB, der nur eine **Sachnormverweisung** unter Ausschluß des IPR des anderen Staates anordnet. Auf dem Gebiet des Schuldrechts ist also die **Rückverweisung** auf das deutsche Recht oder die Weiterverweisung auf das Recht eines dritten Staates nicht zu prüfen und

¹⁷⁸ BGH NJW 1997, 2322; OLG Köln NJW-RR 1997, 183; OLG Düsseldorf RIW 2001, 303, 304. Zum Wertpapierkauf BGH NJW 1987, 1141.

¹⁷⁹ OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 756; 1998, 1146; RIW 2001, 63, 64; OLG Celle IPRax 1999, 456, 457.

¹⁸⁰ BGHZ 128, 41, 48 f.

¹⁸¹ OLG Schleswig-Holstein IPRax 1993, 95; OLG Nürnberg IPRspr. 1993 Nr. 31; OLG Hamm IPRax 1995, 104, 106. Für Bauverträge vgl. BGH NJW 1999, 2442, 2443.

¹⁸² OLG Frankfurt NJW 1992, 633, 634; OLG Düsseldorf RIW 1993, 845.

¹⁸³ BGH NJW 1996, 54, 55; OLG IPRspr. 1997 Nr. 29.

¹⁸⁴ BGH NJW 1993, 2753, 2754; 1995, 318, 319; DtZ 1996, 56, 57; ebenso für den Handelsmakler OLG Düsseldorf RIW 1997, 780.

¹⁸⁵ *Staudinger/Horn* BGB¹³, 1997, Vorbem. §§ 765 ff Rdn. 136; BGHZ 121, 224, 227 f.

¹⁸⁶ BGH NJW 1993, 1126; ebenso für die Bankgarantie BGH NJW 1996, 2569, 2570.

¹⁸⁷ OLG Köln RIW 1993, 1023, 1025; OLG München RIW 1996, 329, 330; OLG Düsseldorf RIW 1996, 155.

nicht zu berücksichtigen (*Martiny* in *Reithmann/Martiny* Rdn. 175 ff). Führt die Rechtswahl oder die objektive Anknüpfung zur Anwendung ausländischen Rechts, so hat der Tatrichter dieses Recht von Amts wegen zu ermitteln. Diese Ermittlungspflicht erstreckt sich auch auf die ausländische Rechtspraxis, die in der Rechtsprechung der Gerichte des betreffenden Landes zum Ausdruck kommt.¹⁸⁸

98 **b) Vertragsschluß.** Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages sind nach dem Vertragsstatut zu beurteilen (Art. 31 I EGBGB). Dies gilt z.B. für Willenserklärungen, Bedingungen, Willensmängel (OLG Hamburg IPRspr 1998 Nr. 34), Nichtigkeit wegen Gesetzesverstoßes und ihre Folgen (OLG Hamm RIW 1995, 681, 682), Änderung oder Aufhebung des Vertrages (OLG Hamburg IPRax 1999, 168, 170). Ist Vertragsstatut ein anderes als das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort einer Partei, so kann sich diese Partei für die Behauptung, sie habe dem Vertrag nicht zugestimmt, auf dieses Recht gem. Art. 31 II EGBGB berufen, wenn es unbillig wäre, das Erklärungsverhalten dieser Partei an dem ihr fremden Vertragsstatut zu messen (vgl. OLG Köln RIW 1996, 778).

99 Soweit es bei Vertragsschluß um die Bedeutung des Schweigens, also bei AGB um die Einbeziehung durch konkludentes Verhalten oder durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben geht, ist gem. Art. 31 II EGBGB das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts der Parteien zu berücksichtigen, weil dies für die Bedeutung vorkonsensualen Verhaltens den Ausschlag gibt; gleiches galt nach h.M. auch für den Rechtszustand vor Reform des IPR.¹⁸⁹ Der englische Käufer z.B. braucht also die ihm unbekanntem Grundsätze über die Bedeutung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben nicht gegen sich gelten zu lassen; die erst nach Vertragsabschluß zugesandten AGB des deutschen Verkäufers werden daher nicht Vertragsinhalt.¹⁹⁰

100 **c) Die Einbeziehung von AGB** und deren Wirksamkeit wird ebenfalls nach dem Vertragsstatut beurteilt (Art. 31 I EGBGB).¹⁹¹ Unterliegt der Vertrag demnach deutschem Recht, so sind die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen gegenüber Privatkunden nach § 305 II BGB einzuhalten, gegenüber Unternehmern, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen nur die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen einer Einbeziehung. Beim Auslandsgeschäft ist dafür aber erforderlich, daß dem ausländischen Geschäftspartner ein verständlicher Hinweis auf die AGB gegeben wird. Dieser Hinweis muß, falls er nicht in der Heimatsprache des Partners erfolgt, in der tatsächlich verwendeten Verhandlungssprache erfolgen (OLG Hamburg NJW 1980, 1232; OLG Stuttgart IPRax 1988, 293). Ein Hinweis in der Weltsprache Englisch reicht nicht, wenn diese nicht Verhandlungssprache ist (a.A. OLG Hamburg NJW 1980, 1232, 1233). Ein Hinweis in einer anderen Sprache reicht nur aus, wenn der Kunde diese Sprache versteht. Die Verbindlichkeit der AGB setzt aber grundsätzlich nicht voraus, daß der Kunde die Sprache versteht, in der sie abgefaßt sind, wenn er generell diese Vertragssprache akzeptiert (BGH NJW 1995, 190; NJW 1996, 1819; str.). Man muß ihn aber zumindest in der Verhandlungssprache auf die AGB und ihren Inhalt hinweisen und ihm Gelegenheit

¹⁸⁸ BGH WM 2002, 1186; Anm. *Ultsch* WuB VII A § 293 ZPO 1.02.

¹⁸⁹ OLG Frankfurt WM 1983, 129 f; OLG Hamburg NJW 1980, 1232.

¹⁹⁰ OLG Hamburg NJW 1980, 1232; zur internationalen Verbreitung des Rechtsinstituts

des kaufmännischen Bestätigungsschreibens siehe *Kröll/Henmecke* RabelsZ 2003, 446, 477 ff.

¹⁹¹ OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 567, 568; LG Duisburg RIW 1996, 774, 775.

geben, sich selbst näher über diesen Inhalt zu informieren. Anders als im rein nationalen Rechtsverkehr obliegt es in der Regel bei internationalen Handelsgeschäften aber dem Verwender, seine AGBs beizufügen, und nicht der anderen Partei, sich über ihren Inhalt zu informieren.¹⁹² – Das Vertragsstatut ist ferner maßgeblich für die Inhaltskontrolle von AGB (*Martiny* in *Reithmann/Martiny* Rdn. 238).

d) Das Vertragsstatut ist ferner nach Art. 32 I EGBGB maßgebend für den **Vertragsinhalt**, insbes. für die Vertragsauslegung, die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen, die Folgen der Nichterfüllung einschließlich der Schadensbemessung, die Arten des Erlöschens der Verpflichtungen, die Verjährung sowie sonstige Rechtsverluste durch Fristablauf und die Folgen der Nichtigkeit des Vertrages (Nr. 1–5).¹⁹³ In bezug auf Art und Weise der Erfüllung und die dabei bestehenden Gläubigerobliegenheiten ist das Recht des Staates zu berücksichtigen, in dem die Erfüllung erfolgt (Art. 32 II EGBGB). 101

4. Verbraucherverträge (Art. 29, 29a EGBGB)

Die allgemeinen Regeln des Schuldvertragskollisionsrechts werden in Art. 29 und 29a EGBGB im Interesse des Verbraucherschutzes dadurch eingeschränkt, daß unter bestimmten Voraussetzungen das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Verbrauchers zum Zuge kommt. Dies gilt nach Art. 29 I EGBGB bei Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich Pauschalreisen (vgl. Abs. 4 S. 2); hier darf die Rechtswahl nicht dazu führen, daß dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts im Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts gewährt wird, wenn der Verbraucher im Land seines gewöhnlichen Aufenthaltes erworben, zur Bestellung veranlaßt oder hier zur Reise in einen anderen Staat zum Zweck der Bestellung veranlaßt wurde (Abs. 1 Nr. 1–3). Dies gilt auch für die Gewinnung des Verbrauchers als Vertragspartner durch Werbung oder ein Angebot auf einer Website im **Internet** (*Mankowski* RabelsZ 63 (1999) 203, 234), jedenfalls dann, wenn die Werbung oder das Angebot nach ihrem Zuschnitt auf den Markt des Aufenthaltsortes des Verbrauchers zielen (*Borges* ZIP 1999, 565, 569). Grundsätzlich bleibt es bei der Wahl des anderen Rechts; es kommen aber die Schutznormen des Verbraucherrechts des Aufenthaltsstaates vorrangig zur Anwendung, z.B. ein Widerrufs- oder Rückgaberecht (§§ 355–359 BGB). Eine analoge Anwendung der verbraucherschützenden Ausnahmenvorschrift ist mit Rücksicht auf Art. 36 EGBGB nicht möglich (BGHZ 135, 124, 134). 102

Hat keine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl stattgefunden, so unterliegt der ganze Vertrag mit dem Verbraucher dem Recht des Staates, in dem dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 2).

Unterliegt ein Vertrag mit einem Verbraucher aufgrund Rechtswahl dem Recht eines Staates außerhalb der EU oder des EWR, weist er jedoch einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines solchen Staates auf, so sind dessen Verbraucherschutzbestimmungen anzuwenden (Art. 29a I EGBGB). Der enge Zusammenhang ist auf-

¹⁹² BGH NJW 2002, 370 = IHR 2002, 14; *Karolus* LM H.2/2002 CISG Nr. 9; *Ventsch/Kluth* IHR 2003, 61, 62 f; a.A. *Schmidt-Kessel* NJW 2002, 3444, 3445 f; zum Sonderfall der Einbeziehung der AGB-Banken BGH WM 2004, 1174 mit Anm. *Kröll* EWIR 2005, 1.

¹⁹³ Vgl. OLG München RIW 1990, 585 (Auslegung); OLG Köln RIW 1993, 414, 415; 1996, 778, 779 (Vertragsverletzungen); BGH NJW 1994, 1413, 1416 (Aufrechnung); BGH NJW 1987, 1141 (culpa in contrahendo).

grund einer Gesamtwürdigung festzustellen; dabei spielen gem. Abs. 2 ähnliche Kriterien wie in Art. 29 I EGBGB eine Rolle.

5. Zwingendes Recht

- 103** a) Durch die Rechtswahl unterstellen die Parteien ihren Vertrag der gesamten gewählten Rechtsordnung (*lex contractus*; *lex causae*) einschließlich ihrer zwingenden Normen (allerdings gem. Art. 35 I EGBGB ohne dessen Kollisionsrecht). Zugleich sind die zwingenden Normen anderer Rechtsordnungen im Grundsatz ausgeschlossen (kollisionsrechtliche Verweisung). Die Parteien können allerdings auch nur auf bestimmte Sachnormen eines anderen Rechts verweisen (materielle Verweisung); die Wirksamkeit dieser Verweisung steht dann aber immer unter dem Vorbehalt der zwingenden Normen des anwendbaren Rechts. In der Regel beabsichtigen die Parteien eine kollisionsrechtliche Verweisung und nicht eine bloß materiellrechtliche. Die in der Rechtswahl liegende Vermeidung der zwingenden Normen eines ausgeschlossenen Rechts wird vom Standpunkt des deutschen IPR im Grundsatz hingenommen, soweit nicht erschwerende Umstände die Annahme eines Rechtsmißbrauchs begründen.¹⁹⁴ Die gleiche Wirkung hat eine objektive Anknüpfung.
- 104** b) **Ausländische zwingende Normen.** Von diesem Grundsatz gibt es jedoch zahlreiche Ausnahmen, in denen zwingende Vorschriften ohne Rücksicht auf das (übrige) Vertragsstatut zur Anwendung kommen. Dies gilt für die o.a. Schutzstandards bei Verbraucherverträgen nach Art. 29 und 29a EGBGB und für die Schutzstandards des Arbeitsrechts gem. Art. 30 EGBGB. Ferner enthält Art. 34 EGBGB einen generellen Vorbehalt für die Anwendung zwingender Normen des deutschen Rechts, die unabhängig vom Vertragsstatut Anwendung beanspruchen. Die Norm bestätigt, daß die o.a. Möglichkeit, daß die Parteien durch die Wahl eines bestimmten Rechts die zwingenden Normen anderer Rechte ausschließen können, nur begrenzte Bedeutung hat. Grundsätzlich gilt für zwingendes Recht, daß jeder Staat selbst bestimmt, wie weit er dieses Recht unabhängig vom Parteiwillen (Rechtswahl) angewendet wissen will (ggf. extraterritoriale Anwendung). Der Staat, in dessen Territorium das ausländische zwingende Recht Geltung beansprucht, muß seinerseits durch seine Gesetze und Gerichte selbst entscheiden, wie weit er dem ausländischen zwingenden Recht bei sich Geltung einräumt. Zusammengefaßt bedeutet dies: (1) Territorialitätsprinzip der Geltung staatlichen zwingenden Rechts, insbes. Wirtschaftsrechts, (2) (ausnahmsweise) extraterritorialer Geltungsanspruch und (3) die selektive, jeweils zu prüfende Zulassung dieser extraterritorialen Wirkung durch den Staat, in dem die extraterritoriale Wirkung durchgesetzt werden soll, sind die drei Grundsätze oder Leitfragen eines **Wirtschaftskollisionsrechts**, das weitgehend unabhängig vom IPR zu entwickeln ist, insbes. auf dem Gebiet des Währungs-, Bank- und Kapitalmarkt- sowie Kartellrechts, soweit nicht harmonisierende Regelungen innerhalb der EU oder aufgrund internationaler Abkommen eingreifen.
- 105** c) **Besondere Kollisionsnormen.** Nach Art. 34 EGBGB ist zu prüfen, wieweit eine deutsche **zwingende Norm** selbst Anwendung auch auf Verträge mit ausländischem Vertragsstatut beansprucht. Maßgeblich ist dafür in erster Linie der Tatbestand der zwingenden Norm. Weitergehend ordnet Art. 27 III EGBGB die Berücksichtigung der zwingenden Normen auch eines ausländischen Staates an, wenn der Vertrag

¹⁹⁴ BGH NJW 1977, 1011 Anm. *Jochem* = JZ 1977, 438 Anm. *Kühne*.

jenseits der Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarung nur Verbindungen zu diesem Staat hat. Diese sehr weitreichend formulierte Norm ist dahin einzuschränken, daß eine Prüfung der Vereinbarkeit mit inländischem öffentlichem Recht und *ordre public* stattzufinden hat. Eine spezielle Kollisionsnorm enthält für das **Devisenrecht** Art. 8 II b des Abkommens über den Internationalen Währungsfonds (Abkommen von Bretton Woods; BGBl. 1952 II, 637); danach sind Verträge, die gegen die Devisenbestimmungen eines anderen Mitgliedstaates des Währungsfonds verstoßen, die in Übereinstimmung mit dessen Statut erlassen sind, auch in einem anderen Mitgliedstaat unklagbar.¹⁹⁵ Für den Bereich der Handelsgeschäfte von großer Bedeutung ist, daß der EuGH die Vorschriften der **Handelsvertreterrichtlinie** als zwingendes Recht qualifiziert hat, so daß der dort vorgesehene Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters im Anwendungsbereich der Richtlinie nicht durch die Wahl des Rechtes eines Drittstaates ausgeschlossen werden kann.¹⁹⁶

d) Das deutsche Recht wendet das ausländische Recht, das nach den Regeln des IPR auf den Vertrag anwendbar ist, gem. Art. 6 EGBGB insoweit nicht an, als dies zu einem Ergebnis führen würde, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbes. mit den Grundrechten (**ordre public-Vorbehalt**). Der BGH hat z.B. die Inanspruchnahme eines Bürgen durch den vom Staat beherrschten ausländischen Gläubiger abgelehnt, weil dieser Staat zuvor die Anteile des Bürgen am Hauptschuldner entschädigungslos enteignet hatte,¹⁹⁷ und hat z.T. das Erfolgshonorar eines Anwalts nicht anerkannt.¹⁹⁸ § 138 BGB ist keine zwingende Norm i.S. Art. 34 EGBGB,¹⁹⁹ kann jedoch über Art. 6 EGBGB berücksichtigt werden (BGHZ 135, 124 f.). Allerdings sind Fairneß und Ausgewogenheit eines Vertrags grundsätzlich nach der *lex contractus* zu beurteilen,²⁰⁰ so daß Kriterien des § 138 BGB wie Wucher oder Knebelung nur höchst ausnahmsweise zum Zuge kommen können.²⁰¹ Rechtsfolge des Eingreifens des *ordre public* ist regelmäßig nicht die vollständige Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, sondern die Nichtanerkennung bestimmter Rechtsfolgen, auch z.B. die Minderung einer Geldschuld (vgl. BGHZ 44, 183, 190 betr. Erfolgshonorar).

Bei der Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile, die nach internationalen Konventionen anzuerkennen sind, sollen deutsche Gerichte nur in extremen Fällen *ordre public*-Gesichtspunkte anwenden.²⁰² Dies gilt insbesondere im Verhältnis der Mitgliedstaaten der EU (vgl. Art. Nr. 1 EuGVO).²⁰³

¹⁹⁵ Ausführlich *Ebke* Internationales Devisenrecht, 1991, S. 55 ff, 158 ff, 202 ff; vgl. auch *Grothe* Fremdwährungsverbindlichkeiten, 1999.

¹⁹⁶ EuGH *Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonhard Technologies* NJW 2001, 2007 = RIW 2001, 133 mit Anm. *Freitag/Leible* 287–295; *EuZW* 2001, 50 mit Anm. *Reich*; siehe zu der Problematik auch OLG München RIW 2002, 319.

¹⁹⁷ Zutr. BGHZ 104, 240; krit. *Bebrens* IPRax 1989, 217; *Schwung* RIW 1989, 482.

¹⁹⁸ BGHZ 22, 162 (anerkannt); BGHZ 44, 183, 190 (teilw. anerkannt); BGHZ 51, 290 (nicht anerkannt); generell zu Erstattungsfähigkeit der Honorare ausländischer Anwälte BGH NJW 2005, 1373.

¹⁹⁹ BGHZ 135, 124, 139; *Mankowski* RIW 1996, 8 ff.

²⁰⁰ MünchKommzBGB/*Martiny*³ 1998, Art. 34 EGBGB Rdn. 62b.

²⁰¹ So für Kreditverträge nach ausländischem Recht *Mülbert/Bruinier* WM 2005, 105 ff, 111 ff; vgl. auch OLG Celle, RIW 1993, 587 (Art. 6 iVm § 138 BGB abgelehnt im Fall eines französischen Verbraucherkreditvertrags mit hohem Zinssatz).

²⁰² BGHZ 138, 331 ff, 334 ff m.w.N. („internationaler *ordre public*“).

²⁰³ EuGH Ur. v. 28.03.2000 (Krombach), ZIP 2000, 861 ff.

6. Internationalisierung. Lex mercatoria

Schrifttum. *Bradlow/Escher* (eds.), *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, 1999; *K.P. Berger* *International Economic Arbitration*, 1993; *ders.* *Formalisierte oder schleichende Kodifikation des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 1996; *ders.* (ed.), *The Practice of Transnational Law*, 2001; *Böckstiegel* *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971; *Delaume* (ed.) *Transnational Contracts*, Bd. 1–4, 1980 ff; *De Ly De* *lex mercatoria*, 1989; *Horn* *Das Recht der internationalen Anleihen*, 1972; *ders.* (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 1985; *ders.* (ed.), *The Law of International Trade Finance*, 1989; *ders.* (ed.), *Cross-border Mergers and Acquisitions and the Law*, 2001; *ders.* (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 2004; *ders.* *The Use of Transnational Law in the Contract Law of International Trade and Finance*, in *Berger* (ed.), *Practice*, 2001, S. 74 ff; *Horn/Schmitthoff* (eds.), *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, 1982; *Horn/Norton* (eds.), *Non-Judicial Dispute Settlement in International Financial Transactions*, 2000; *Lando/Beale* (eds.), *Principles of European Contract Law*, prepared by the Commission on European Contract Law, Part I–II 2000; Part III, 2003; *Mallmann* *Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen*, 2002; *Mann* *The Proper Law of Contracts concluded by International Persons*, 35 BYIL (1959) 34; *Merkt* *Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln*, 1990; *Meessen* *Economic Law in Globalizing Markets*, 2004; *Mustill* *The New Lex Mercatoria*, in *Liber Amicorum Lord Wilberforth*, 1987, S. 184 ff; *Reithmann/Martiny* *Internationales Vertragsrecht*⁶, 2004; *Shibata* *Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines*, 1993; *Schmitthoff* *The Sources of the Law of International Trade*, 1964; *Schröder/Wenner* *Internationales Vertragsrecht. Das Kollisionsrecht der internationalen Wirtschaftsverträge*² (RWS-Skript 139), 1998; *Stein* *Lex Mercatoria. Realität und Theorie*, 1995; *Teubner* (ed.), *Global Law without a State*, 1997; *Theodorou* *Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten*, 2001; UNIDROIT (ed.), *Principles of International Commercial Contracts*, 2004.

108 a) Wirtschaftsvölkerrecht. Verträge zwischen Völkerrechtssubjekten (Staaten, internationale Organisationen wie z.B. IMF, Weltbank), die einen kommerziellen Inhalt haben (z.B. Kredite, Liefergeschäfte), unterliegen dem Wirtschaftsvölkerrecht, falls sie nicht durch Rechtswahl dem Recht einer der Vertragspartner unterstellt werden.²⁰⁴ Dies bedeutet zunächst (negativ), daß sie nicht dem nationalen Recht eines Vertragspartners unterstellt sind, und (positiv) daß die Regeln des Völkerrechts über Verträge, hilfsweise ergänzt durch sonstige international anerkannte Rechtsgrundsätze des Vertragsrechts, gelten. Verträge von **Privaten** (Unternehmen) mit Staaten oder anderen Völkerrechtssubjekten (z.B. int. Entwicklungsbanken) können dem Völkerrecht unterstellt werden.²⁰⁵ Dies ist zwar strittig, entspricht aber der Praxis (z.B. der Weltbank). Hier gilt aber die umgekehrte Regel, daß sie im Zweifel einem nationalen Recht unterstehen, das mangels Rechtswahl objektiv anzuknüpfen ist.²⁰⁶ Dies gilt z.B. für internationale Anleihen von Staaten.²⁰⁷ In sog. Konzessionsverträgen und in neueren Verträgen von Staaten mit ausländischen Investoren über Rohstoffgewinnung oder andere Großprojekte ist meist das Recht des Gaststaates und die allgemeinen Grundsätze des Wirtschaftsvölkerrechts gewählt.²⁰⁸ Die Frage ist dann, inwieweit das Wirtschaftsvölkerrecht konkrete, dem Investor nachteilige Auswirkungen des nationalen Rechts einschränkt und inwieweit diese Einschränkung vor Gerichten oder Schiedsgerichten anerkannt und durchgesetzt werden kann. Das Wirtschaftsvölkerrecht ist

²⁰⁴ *Delaume* (ed.), *Transnational Contracts*, Bd. 1, Sec 1.10; *Mann* 35 BYIL (1959) 34; *J. Brown Scott* *Hague Court Reports*, 1916, S. XXI.

²⁰⁵ Für die Zulässigkeit *Mann* *Rev. Belge Dr. Int.* 11 (1975) 564 f; *Böckstiegel* S. 295 ff.

²⁰⁶ *Merkt* *Investitionsschutz*, S. 124 ff, 152 ff.

²⁰⁷ Vgl. Schweiz. BG, BGE II, 140; *Horn* *Recht der internationalen Anleihen*, S. 64 f; *Siebel* *Rechtsfragen internationaler Anleihen*, 1997, S. 189 ff.

²⁰⁸ *Martiny* in *Reithmann/Martiny* *Rdn.* 71; *Theodorou* *Investitionsschutzverträge*, S. 364.

insbesondere im Hinblick auf die Beziehungen von Staaten zu ausländischen Unternehmen als Investoren weiterentwickelt worden durch das Weltbankübereinkommen vom 18.03.1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten²⁰⁹ sowie durch die Weltbankrichtlinien über die Behandlung ausländischer Direktinvestitionen.²¹⁰

b) Transnationales Handelsrecht; *lex mercatoria*. Die Frage, ob auch private Vertragspartner internationaler Geschäfte (ohne Beteiligung eines Staates oder einer internationalen Organisation) ihre Verträge von jedem nationalen Recht loslösen und „internationalisieren“ können, ist Gegenstand einer umfangreichen und kontroversen Diskussion. Zu unterscheiden sind dabei zwei Aspekte: (1) Die Vereinbarung der Parteien über die vollständige Loslösung des Vertrages von jedem nationalen Recht und (2) die Vereinbarung über die (ausschließliche) Anwendung international anerkannter (transnationaler) Rechtsgrundsätze des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs (*lex mercatoria*; *law merchant*). 109

aa) Die Vereinbarung eines von jeder (nationalen) Rechtsordnung losgelösten („rechtsordnungslosen“) Vertrages zwischen Privaten, für den nur der vereinbarte Parteiwille (als „*lex contractus*“) maßgeblich sein soll, stößt noch immer auf das grundlegende Bedenken, daß ein Vertrag zwischen Privaten nicht ohne die Verankerung in einem nationalen Recht Rechtsverbindlichkeit beanspruchen kann, und zwar auch dann nicht, wenn der Vertrag im übrigen auf international übliche Handelsklauseln und Grundsätze Bezug nimmt.²¹¹ Dieser Einwand mag in Zukunft an Gewicht verlieren, und die (heute noch fehlende) Rechtsüberzeugung, daß eine hinreichende Geltungsbasis sich inzwischen in den anerkannten Grundsätzen des internationalen Wirtschaftsverkehrs (*lex mercatoria*) herausgebildet habe, mag sich mit der Zeit durchsetzen.²¹² Schon heute ist solchen Verträgen die Rechtswirksamkeit nicht zu versagen. Das Gericht, das die Loslösung von jedem nationalen Recht für unwirksam hält, kann (auch gegen den Willen der Parteien, die im Zweifel aber die Unwirksamkeit ihres Vertrags vermeiden wollen) das Vertragsstatut objektiv an ein nationales Recht anknüpfen und dem Vertrag dadurch die Wirksamkeit sichern. Eine Bezugnahme auf internationale Rechtsgrundsätze kann dabei als **materiellrechtliche Verweisung** aufrechterhalten werden.²¹³ 110

bb) Soweit die Parteien im Vertrag ausdrücklich auf international anerkannte einheitliche Rechtsgrundsätze des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs (***lex mercatoria***) Bezug nehmen, geht der Einwand dahin, diese Rechtsgrundsätze bildeten keine präzise und zuverlässig zu ermittelnde Rechtsordnung (*Mankowski* RIW 2003, 2, 12 f). Dieser Einwand verliert durch die neuere Rechtsentwicklung zunehmend an Bedeutung. Seit langem verwenden die Vertragsparteien im internationalen Handelsverkehr international (weltweit oder regional) gebräuchliche Handelsklauseln und Vertragsrichtlinien nebst Auslegungsregeln, insbes. die von der Internationalen Han- 111

²⁰⁹ Vgl. *Theodorou* Investitionsschutzverträge, S. 59.

²¹⁰ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992; *Shihata* Legal Treatment of Foreign Investment; *Schlemmer-Schulte* in *Bradlow/Escher* S. 87 ff.

²¹¹ *Bonell* *RabelsZ* 42 (1978) 485, 494 ff; *Schröder/Wenner* Rdn. 116 ff; *Martiny* in *Reith-*

mann/Martiny Rdn. 74; kritisch auch *Mankowski* RIW 2003, 2, 11 ff.

²¹² In diesem Sinne wohl *Berger* *The New Law Merchant*, in *ders.* *The Practice of Transnational Law* 2001, S. 1 ff.

²¹³ *Horn* *Recht der internationalen Anleihen*, S. 496; vgl. auch *Schmitthoff* *Sources*, S. 3.

delskammer publizierten Incoterms und die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive (Fassung 1994; s. Anh. § 372 Rdn. VI/24); hinzu kommen international verbreitete Standardverträge, z.B. die Musterverträge der FIDIC (Fassung 1999) für Bau und Anlagenbau²¹⁴ oder der Standardvertrag der Weltbank für die Vergabe von Bau- und Anlageprojekten 1995.

- 112** cc) Von besonderem Gewicht für die neuere Rechtsentwicklung ist die Ausarbeitung und Veröffentlichung der **Unidroit Principles of International Commercial Contracts** 1995 und 2004²¹⁵ sowie der Principles of European Contract Law (*Lando/Beale*).²¹⁶ Insbesondere die Unidroit Principles werden heute zunehmend in den Verträgen des internationalen Wirtschaftsverkehrs in Bezug genommen, teils ausschließlich, teils im Sinne einer materiellen Verweisung mit subsidiärer Fortgeltung eines nationalen Rechts. Diese Klauseln werden von Schiedsgerichten, aber auch von nationalen Gerichten heute weithin anerkannt.²¹⁷ Eine besondere Bedeutung kommt dabei der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit zu, die stärker als nationale Gerichte bereit ist, sich in ihrer Entscheidung von international anerkannten einheitlichen Rechtsgrundsätzen leiten zu lassen. Für die Praxis ist zu beachten, daß im Bereich des common law, insbesondere in den USA, die ausdrückliche Berufung auf die *lex mercatoria* noch weithin auf offene Ablehnung stößt. Dies ändert nichts an der Sache, d.h. am Vordringen internationaler Rechtsgrundsätze und der allmählichen Vereinheitlichung der internationalen Vertragspraxis (*Schröder/Wenner* Rdn. 100 ff).
- 113** dd) Auch soweit Gerichte und Schiedsgerichte also (nur) vom Boden eines bestimmten nationalen Rechts als Vertragsstatut aus arbeiten, finden internationale Rechtsgrundsätze weithin indirekt Anerkennung, nämlich (1) als Grundsätze der Auslegung einschließlich einer ergänzenden Auslegung, die sich an der international üblichen Bedeutung von Vertragsklauseln orientiert (Auslegung nach Handelsbrauch i.S. § 346 HGB), (2) als materiellrechtliche Verweisung auf diese Grundsätze als vorrangig geltend und (3) schließlich soweit internationales Einheitsrecht kodifiziert ist wie das UN-Kaufrecht.
- 114** c) Zusammengefaßt kann **internationales Einheitsrecht** des Handels- und Wirtschaftsverkehrs (*lex mercatoria*) als heterogen zusammengesetzte Rechtsquelle des Vertragsrechts und Vertragsstatuts charakterisiert werden. Es umfaßt in einem weit verstandenen Sinn: (1) kodifiziertes Einheitsrecht wie das UN-Kaufrecht, das freilich für viele Vertragsparteien schon aufgrund der Transformation in das anwendbare nationale Recht gilt (und von manchen Autoren nicht zur *lex mercatoria* gerechnet wird), (2) das nur regional geltende, noch bruchstückhafte Gemeinschaftsrecht der EU auf dem Gebiet des Zivilrechts (insbes. Verbraucherschutzrechts), Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrechts (das üblicherweise nicht dem Begriff der *lex mercatoria* zugerechnet wird), (3) halboffizielle Texte außerhalb eines formalen Gesetzgebungsverfahrens wie die UNIDROIT Principles oder die Incoterms, die von den Vertragsparteien in Bezug genommen bzw. verwendet werden und großen praktischen Einfluß

²¹⁴ Dazu *Mallmann* aaO.

²¹⁵ UNIDROIT (ed.), *Principles of International Commercial Contracts*, 1994, S. 7 ff; dazu *Berger* Formalisierte oder schleichende Kodifikation, S. 139 ff; *ders.* (ed.), *Practice of Transnational Law*, 2001; *Horn* in *Berger* aaO, S. 74 ff.

²¹⁶ Dazu *Blase* Die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts als Recht grenzüberschreitender Verträge, 2001, S. 1 ff.

²¹⁷ *Bonell* in *Berger Practice*, S. 26 ff; *Horn* dort S. 75.

auf die Vertragsgestaltung und Vertragsauslegung haben, und (4) sonstige, allgemein anerkannte Standardklauseln, Musterverträge und Auslegungsregeln, die von den Vertragsparteien verwendet oder vorausgesetzt und von den Gerichten und Schiedsgerichten bei der Auslegung herangezogen werden; beide letztgenannten Erscheinungsformen können internationalen Handelsbrauch (s. § 346) enthalten oder Gegenstand einheitlicher Rechtsanschauungen sein, die ihrerseits Handelsbrauch darstellen.²¹⁸ Hinzu treten (5) die nicht mehr dem Vertragsstatut zuzurechnenden teilweise international vereinheitlichten Normen und Grundsätze des öffentlichen Wirtschaftsrechts.²¹⁹

VII. Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen

1. Allgemeines

Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen spielen im Handelsverkehr eine bedeutende Rolle. Vor allem im internationalen Wirtschaftsverkehr haben große Entfernungen, fehlende Vertrautheit mit dem jeweiligen Prozeßrecht und Zweifel an der Leistungsfähigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte vieler Länder dazu geführt, daß Gerichtsstandsvereinbarungen oder Schiedsklauseln zu einem Standardbestandteil der Wirtschaftsverträge geworden sind.²²⁰ Aber auch im nationalen Handelsverkehr enthalten Standardverträge und sonstige AGB solche Zuständigkeitsregeln.

Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsvereinbarungen sind materiellrechtliche Verträge über prozeßrechtliche Beziehungen.²²¹ Ihre Zulässigkeit und ihre Wirkungen richten sich nach dem jeweils anwendbaren Prozeßrecht, ihr Zustandekommen und ihre Wirksamkeit nach dem maßgeblichen materiellen Vertragsrecht. Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsklauseln haben in der Regel eine doppelte Wirkung: (1) Begründung der Zuständigkeit des gewählten Gerichts oder Schiedsgerichts (Prorogation) und (2) meist Ausschluß der Zuständigkeit der ansonsten zuständigen Gerichte (Derogation).

2. Gerichtsstandsvereinbarungen

Schrifttum. Geimer IZPR, 5. Aufl. 2005, 10. Kap.; Kropholler Europäisches Zivilprozeßrecht, 7. Aufl. 2002, Art. 23; Schlosser Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Art. 23 EuGVVO; Mankowski in Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozeßrecht, 2004, Brüssel I-VO Art. 23; Geimer/Schütze Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2004, Art. 23.

a) Rechtsgrundlagen. aa) Das (autonome) **deutsche Recht** hält Gerichtsstandsvereinbarungen im Handelsverkehr in weitem Umfang für zulässig. Aus §§ 38 ff ZPO ergibt sich, daß **Kaufleute** für vermögensrechtliche Streitigkeiten wirksam die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts begründen können, sofern keine ausschließliche Zuständigkeit gegeben ist. Einzige Voraussetzung ist, daß sich die Klausel auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bezieht. Die Einhaltung einer bestimmten Form ist inso-

²¹⁸ Zusammenfassend Horn The Use of Transnational Law in the Contract Law of International Trade and Finance, in Berger (Fn. 215), S. 67 ff.

²¹⁹ Vgl. dazu Meessen Economic Law in Globalizing Markets, 2004.

²²⁰ Vgl. z.B. FIDIC Conditions of Contract for

Construction (Red Book) No. 20.6; FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build (Yellow Book) No. 20.6; Mallmann (Fn. 214), S. 297 ff.

²²¹ Vgl. nur BGHZ 23, 198, 200 (Schiedsklausel); BGHZ 49, 384, 386 (Gerichtsstandsvereinbarung).

fern nicht erforderlich, so daß grundsätzlich auch konkludente Vereinbarungen möglich sind.²²²

In Verträgen mit **Nichtkaufleuten** hingegen sind Gerichtsstandsvereinbarungen nur dann zulässig, wenn sie entweder nach Entstehen der Streitigkeit geschlossen werden oder aber eine Person betreffen, die keinen inländischen Gerichtsstand hat. Zudem müssen entsprechende Vereinbarungen schriftlich abgeschlossen werden. Weitere Einschränkungen finden sich in Sondervorschriften einzelner Gesetze, die z.B. dem Verbraucherschutz dienen. Während sich die Zulässigkeit und Wirkung der Derogation oder Prorogation deutscher Gerichte nach der ZPO richtet, ist für das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung das auf die Vereinbarung anwendbare materielle Recht maßgeblich.²²³

117 **bb)** Im **Rechtsverkehr** mit Berührungspunkten zu **anderen europäischen Staaten**²²⁴ werden die §§ 38 ff ZPO entweder durch Art. 23 der **EG-Verordnung Nr. 44/2001** vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. EG Nr. L 12 vom 16.1.2001) (**EuGVO**) verdrängt oder aber durch Art. 17 des für die EFTA-Staaten maßgeblichen **Lugano-Übereinkommens** (BGBl. 1995 II, S. 221). Deren weitgehend identische Vorschriften knüpfen die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen zusätzlich an die Einhaltung gewisser Formerfordernisse. Diese dienen primär dazu, sicherzustellen, daß sich die Parteien tatsächlich über die Zuständigkeit eines Gerichts geeinigt haben und Gerichtsstandsvereinbarungen nicht ohne Kenntnis einer Partei Vertragsbestandteil werden.

118 **b)** **Formerfordernisse.** Art. 23 EuGVO sieht drei unterschiedliche Formvarianten vor. Danach muß die Gerichtsstandsvereinbarung entweder (a) schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung geschlossen werden oder (b) in einer Form, die den Gepflogenheiten zwischen den Parteien entspricht, oder (c) im internationalen Handel in einer Form, die einem **Handelsbrauch** entspricht, den die Parteien kennen mußten und der in der jeweiligen Branche regelmäßig beachtet wird. Der EuGH hat in seinen Entscheidungen *MSG v. Gravieres Rhenanes* (Slg. 1997-I, 911 ff) und *Transporti Castelletti v. Hugo Trumphy* (Slg. 1999-I, 597 ff) festgestellt, daß bei Vorliegen eines entsprechenden Handelsbrauchs auch Vereinbarungen in kaufmännischen Bestätigungsschreiben den Formerfordernissen von Art. 23 EuGVO genügen können.²²⁵ Das zeigt, daß Art. 23 EuGVO gerade im Bereich der Gerichtsstandsvereinbarungen kraft Handelsbrauch nicht nur die jeweilige Form regelt, sondern weitgehend auch schon das materielle Zustandekommen der Einigung. Diese richtet sich sonst jedoch nach dem auf die Gerichtsstandsvereinbarung anwendbaren Recht.²²⁶ Für die Annahme einer

²²² S. Zöller/Vollkommer ZPO²⁵, 2005, § 38 Rdn. 8.

²²³ BGH NJW 1989, 14 = IPRax 1990, 41 Anm. Schack IPRax 1990, 19.

²²⁴ Zum genauen Anwendungsbereich der Vorschriften siehe Kropholler Art. 23 Rdn. 1 ff; Mankowski in Rauscher (Hrsg.), Brüssel I-VO Art. 23.

²²⁵ Die Entscheidungen ergingen noch zu der insofern identischen Vorläufervorm, Art. 17 EuGVÜ; s. zu Gerichtsstandsvereinbarungen

kraft Handelsbrauch auch LG Essen RIW 1992, 227 ff; Kröll ZZZP 113 (2000) 135 ff; Stöve Gerichtsstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17 EuGVÜ und § 38 ZPO, 1993, S. 7 ff; Staebelin Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr Europas: Form und Willenseinigung nach Art. 17 EuGVÜ/LugÜ, 1994, S. 11 ff.

²²⁶ Vgl. Kropholler Art. 23 Rdn. 52; Kröll ZZZP 113 (2000) 135, 142 ff.

Gepflogenheit zwischen den Parteien ist es nicht ausreichend, daß eine Partei ihren Rechnungen immer ihre AGB mit einer Gerichtsstandsvereinbarung beifügt, selbst wenn die andere Partei dem nicht widerspricht. Das gilt insbesondere, wenn die tatsächliche Vertragsdurchführung von den AGB abweicht (BGH IHR 2004, 124). Nach dem überwiegenden Verständnis handelt es sich bei den Formvorschriften um Wirksamkeitsvoraussetzungen, so daß selbst bei Vorliegen einer materiellen Einigung zwischen den Parteien auf einen bestimmten Gerichtsstand bei Formmängeln keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung zustande kommt.²²⁷

Neben dem großzügig auszulegenden Bestimmtheitserfordernis hinsichtlich des gewählten Gerichts (vgl. dazu OLG Celle NJOZ 2004, 2925) bestehen für die Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVO **keine** zusätzlichen **Wirksamkeitsvoraussetzungen** nach dem anwendbaren **nationalen Recht**, z.B. nach AGB-Recht oder Kartellrecht. Gesichtspunkte des nationalen Rechts können nur ins Spiel kommen bei Auslegungsfragen insbes. über die inhaltliche Tragweite der Klausel (z.B. bezüglich des in Bezug genommenen nationalen Gerichts). **119**

c) **Wirkung.** Art. 23 EuGVO sieht ausdrücklich vor, daß Gerichtsstandsvereinbarungen im Zweifel eine **ausschließliche Zuständigkeit** begründen, was in der Praxis regelmäßig dem Willen der Parteien entspricht.²²⁸ Den Parteien sind in der Ausgestaltung ihrer Klauseln jedoch nur geringe Grenzen gesetzt. So kann es sich bei der vereinbarten Zuständigkeit lediglich um eine zusätzliche Zuständigkeit handeln, das zuständige Gericht kann von der jeweiligen Parteirolle abhängig gemacht werden, oder aber es kann einer Partei ein Wahlrecht eingeräumt werden.²²⁹ Solange zum Zeitpunkt der Klageerhebung feststeht, welches Gericht zuständig ist, sind Gerichtsstandsvereinbarungen in der Regel als wirksam angesehen worden. **120**

Gerade im innereuropäischen Handel haben Parteien aus Mitgliedstaaten mit weniger effizienten Gerichten immer wieder versucht, die Wirkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen durch **negative Feststellungsklagen** in ihren Heimatstaaten zu umgehen.²³⁰ Anders als nach nationalem Prozeßrecht ist die Klage auf die Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld im europäischen Prozeßrecht nicht subsidiär zur Leistungsklage. Sofern die negative Feststellungsklage früher rechtshängig geworden ist, hindert sie zunächst gem. Art. 27 EuGVO jedes weitere Gericht in einem anderen Mitgliedstaat daran, sich für zuständig zu erklären; dieses muß vielmehr die Entscheidung des ersten angerufenen Gerichts über seine Zuständigkeit abwarten.²³¹ Das gilt nach der Rspr. des EuGH auch, wenn zugunsten des zweiten Gerichts eine offensichtlich wirksame Gerichtsstandsvereinbarung besteht und die Entscheidung über die Zuständigkeit bei dem Erstgericht längere Zeit in Anspruch nimmt.²³² Für deutsche Par-

²²⁷ Vgl. zur EuGVO: *Kropholler* Art. 23 Rdn. 32; *Schlosser* Art. 23 Rdn. 15; zum LugÜ: BGH IPRax 2002, 124; für eine Qualifizierung der Formvorschriften als Beweisregeln siehe *Kröll* IPRax 2002, 113.

²²⁸ S. zu dem Fehlen einer entsprechenden Auslegungsregel in der ZPO *Zöller/Vollkommer* ZPO²⁵, § 38 Rdn. 14.

²²⁹ *Kropholler* Art. 23 Rdn. 93 u. 94; *Geimer/Schütze* Art. 23 Rdn. 168 f.; *Hausmann* in *Reithmann/Martiny* Rdn. 3069 f.

²³⁰ Vgl. nur OLG Düsseldorf GRUR Int. 2000, 776; weitere Fälle bei *Pitz* GRUR Int. 2001, 32 ff.

²³¹ EuGH *Tatry v. Maciej Rataj*, Slg. 1995 I, 5439 = NJW 1995, 1883 f.; zur Problematik des Art. 21 EuGVÜ (jetzt Art. 27 GVO) siehe auch OLG Frankfurt IPRax 2002, 515 u. 523.

²³² EuGH *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, RIW 2004, 289; dazu auch *Thiele* RIW 2004, 286; *Grotbe* IPRax 2004, 205; zu Recht kritisch *Schlosser* Art. 23 GVO Rdn. 323 f.

teien kommt noch erschwerend hinzu, daß für die Frage der Priorität nicht die Einreichung der Klage maßgeblich ist, sondern deren Rechtshängigkeit nach nationalem Recht²³³ und diese nach der deutschen ZPO erst mit der Zustellung der Klage beim Beklagten eintritt, während ausländische Rechte zum Teil schon den Eingang bei Gericht ausreichen lassen. Um zu verhindern, daß ausländische Parteien, die von der Einreichung einer Klage Kenntnis erlangt haben, vor deren Zustellung an sie ihrerseits in ihrem Heimatland eine negative Feststellungsklage erheben, wird der Ausweg gewählt, auch zivilrechtliche Leistungsklagen beim Verwaltungsgericht zu erheben und die Klage an das Zivilgericht verweisen zu lassen. Nach der Rspr. des BVerwG tritt auch in solchen Fällen offensichtlicher Unzuständigkeit die Rechtshängigkeit entsprechend §§ 81, 90 VwGO bereits mit Einreichung der Klage ein.²³⁴ Die EuGVO versucht dieses Problem durch eine autonome Definition des Begriffs des „zuerst angerufenen Gerichts“ in Art. 30 EuGVO zu entschärfen.

3. Schiedsvereinbarungen

Schrifttum. *Lachmann* Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002; *Lörcher/Lörcher* Das Schiedsverfahren – national/international – nach deutschem Recht, 2. Aufl. 2001; *Schwab/Walter* Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005; *Raeschke-Kessler/Berger* Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 3. Aufl. 1999; Überblick über Rspr. zum neuen Recht *Kröll* NJW 2001, 1173; 2003, 791; 2005, 194; rechtsvergleichend und zur internationalen Praxis *Lew/Mistelis/Kröll* Comparative International Commercial Arbitration, 2003.

121 a) Rechtsgrundlagen; Schiedsfähigkeit. Die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen richtet sich in Deutschland primär nach den §§ 1025 ff ZPO. Diese sind durch die Übernahme des UNCITRAL Modell-Gesetzes zum 1.1.1998 völlig neu gefaßt worden, wenn sich auch die inhaltlichen Änderungen in Grenzen halten.²³⁵ Darüber hinaus kann bei internationalen Verträgen auch noch Art. 2 des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958 (UNÜ) eine Rolle spielen. Dieser verpflichtet die staatlichen Gerichte in den Mitgliedstaaten, Schiedsvereinbarungen, die den in Art. 2 UNÜ normierten Anforderungen genügen, anzuerkennen und sich für unzuständig zu erklären, sofern nicht die Schiedsklausel unwirksam, nichtig oder undurchführbar ist oder aber der Streitgegenstand als solcher nicht schiedsfähig ist. Eine Undurchführbarkeit der Schiedsklausel hat der BGH bei Fällen der Vermögenslosigkeit einer Partei angenommen, da wegen der fehlenden Prozesskostenhilfe im Schiedsverfahren ansonsten eine Rechtsverweigerung drohe.²³⁶

Nach deutschem Verständnis können die Parteien grundsätzlich für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbaren. Gem. § 1030 ZPO, der die objektive **Schiedsfähigkeit** regelt, sind auch nichtvermögensrechtliche Ansprüche schiedsfähig, sofern die Parteien über den Gegenstand der Streitigkeit einen Vergleich schließen können. Entsprechend sind auch wirtschafts-

²³³ Vgl. EuGH *Zelger v. Salimitri*, Slg. 1984, 2397, 2408 = NJW 1984, 737; *ders. Gubisch v. Palumbo*, Slg. 1987, 4861, 4875 = NJW 1989, 665.

²³⁴ BVerwG IPRax 2004, 112; dazu auch *Grotthe* IPRax 2004, 83 ff.

²³⁵ Überblick s. *Berger* Das neue Recht der

Schiedsgerichtsbarkeit, RWS-Dokumentation 21, 1998, S. 15 ff.

²³⁶ Vgl. BGH NJW 2000, 3720; zu weiteren Beispielen für unwirksame oder nichtige Schiedsklauseln s. *Schwab/Walter* Kap. 4, Rdn. 17 ff; *Lachmann* Rdn. 199 ff, 381 ff; vgl. *Lew/Mistelis/Kröll* Rdn. 14–40 ff.

und ordnungspolitisch brisante Fragen wie Streitigkeiten über Kartellverstöße oder bezüglich der angeblichen Zahlung von Schmiegeldern oder der Einzahlung von Stammeinlagen grundsätzlich schiedsfähig.²³⁷

b) Unwirksamkeit. Kompetenz-Kompetenz. § 1040 I ZPO sieht vor, daß die Unwirksamkeit des jeweiligen Vertrages, in dem die Schiedsklausel enthalten ist, nicht notwendigerweise auch zur Unwirksamkeit der Schiedsklausel als solcher führt. Vielmehr ist diese als eigenständiger Vertrag zu behandeln, der nur dann von der Unwirksamkeit des Hauptvertrages betroffen wird, wenn sich der Unwirksamkeitsgrund auch auf ihn auswirkt. Gleiches gilt auch für die Kündigung des Hauptvertrages.²³⁸

122

Bei Zweifeln an der Wirksamkeit ist das Schiedsgericht befugt, über seine eigene Zuständigkeit zu entscheiden (Kompetenz-Kompetenz; vgl. § 1040 I ZPO). Die Bejahung dieser Zuständigkeit durch das Schiedsgericht bindet jedoch die staatlichen Gerichte nicht.²³⁹ Vielmehr kann die Existenz einer wirksamen Schiedsvereinbarung im Verfahren vor den staatlichen Gerichten in vollem Umfang überprüft werden. Wird diese vom Gericht verneint, so kann das Gericht den Schiedsspruch aufheben oder bei ausländischen Schiedssprüchen zumindest die Vollstreckung verweigern und die fehlende Vollstreckbarkeit in Deutschland aussprechen. Verneint das Schiedsgericht hingegen seine Zuständigkeit, kann gegen den Prozeßschiedsspruch zwar grundsätzlich ein Aufhebungsverfahren eingeleitet werden. Da nach der Rspr. des BGH regelmäßig jedoch keiner der in § 1059 ZPO abschließend genannten Aufhebungsgründe vorliegen wird, bleibt der Partei letztlich nur die Klage vor dem staatlichen Gericht.²⁴⁰

Wird die fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht gerügt, so wird die Teilnahme am Verfahren als Unterwerfung unter die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gewertet.²⁴¹ Eine spätere Rüge der Unzuständigkeit im Aufhebungsverfahren oder als Einwand gegen eine Vollstreckbarerklärung ist nicht mehr möglich. Gleiches gilt, wenn ein zuständigkeitsbejahender Zwischenentscheid des Schiedsgerichts nicht nach § 1040 III ZPO angefochten wird (BGH WM 2003, 2433 = SchiedsVZ 2003, 133).

c) Form. Während im alten deutschen Schiedsrecht Schiedsklauseln zwischen Kaufleuten auch formlos geschlossen werden konnten,²⁴² stellt § 1031 ZPO nun für ihre Wirksamkeit gewisse Formerfordernisse auf. Entweder müssen sie in einem von beiden Parteien unterzeichneten Schriftstück enthalten sein oder aber in zwischen den Parteien gewechselten Schreiben. Das schließt alle Formen der Nachrichtenübermittlung ein, die einen Nachweis der Vereinbarung ermöglichen. Darüber hinaus ist nach § 1031 II ZPO dem Formerfordernis auch dann genüge getan, wenn die Schiedsklausel in einem Bestätigungsschreiben enthalten ist, dessen Inhalt aufgrund der Verkehrssitte bei einem Schweigen der anderen Partei Vertragsbestandteil wird. Allerdings muß die sich auf die Schiedsvereinbarung berufende Partei im Prozeß den Zugang des Bestäti-

123

²³⁷ Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten s. BGH NJW 2004, 2898 = SchiedsVZ 2004, 259; *Beyer* ZIP 2003, 881; generell zur Schiedsfähigkeit s. *Lörcher/Lörcher* Rdn. 37.

²³⁸ OLG Stuttgart Beschl. 6.12.2001 – 1 Sch 12/01; vgl. auch BGH NJW-RR 2002, 1462.

²³⁹ BGH NJW 2005, 1125 = SchiedsVZ 2005, 95 mit Anm. *Huber, Lachmann* Rdn. 465 ff m.w.N. auch zur alten Rechtslage.

²⁴⁰ BGHZ 151, 79 = NJW 2002, 3031 = SchiedsVZ 2003, 39 mit Anm. *Münch*; OLG Hamburg, Beschl. v. 30.8.2002 – 11 Sch 2/00; krit. *Kröll* Arb.Int. 2004, 55 ff.

²⁴¹ OLG Schleswig RIW 2000, 706; *Lachmann* Rdn. 395.

²⁴² Vgl. BGH NJW 1993, 1798 mit Anm. *Berger* DZWIR 1993, 465.

gungsschreibens nachweisen.²⁴³ Anfängliche Formfehler der Schiedsklausel können nachträglich geheilt werden, z.B. durch späteren Schriftwechsel (OLG Hamburg NJW-RR 1999, 1738).

- 124** d) Die **materielle Wirksamkeit** der Schiedsklausel richtet sich nach dem auf sie anwendbaren Recht. Sofern die Parteien die Schiedsklausel nicht ausdrücklich einem anderen Recht unterworfen haben, wird dieses in der Regel das für den Hauptvertrag gewählte Recht sein. Fehlt es an einer Rechtswahl, so ist nach Art. 28 EGBGB grundsätzlich auf das Recht des Schiedsortes abzustellen, da dort die charakteristische Leistung von beiden Parteien erbracht wird (*Lew/Mistelis/Kröll* Rdn. 6–62 ff.). Das auf die Schiedsklausel anwendbare Recht ist auch für deren Auslegung maßgeblich. Obwohl eine Vielzahl von Musterklauseln existiert, finden sich immer wieder fehlerhafte Klauseln, die der Auslegung bedürfen. Das ist z.B. der Fall, wenn die in der Klausel genannte Institution nicht oder nicht mehr existiert oder Streit darüber besteht, ob der konkrete Streit von der Schiedsklausel erfaßt ist. Zu befürworten ist eine schiedsfreundliche Interpretation, um dem Willen der Parteien Rechnung zu tragen, ihre Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. So hat z.B. das KG Berlin eine Schiedsklausel zugunsten des „German Central Chamber of Commerce“ dahingehend interpretiert, daß ein Schiedsverfahren unter den Regeln der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart wurde.²⁴⁴ Nur wenn sich überhaupt nicht feststellen läßt, welche von mehreren möglichen Institutionen vereinbart wurde, haben die Gerichte Klauseln für unwirksam gehalten.²⁴⁵ Allerdings ist die Einräumung von Wahlrechten zwischen mehreren erkennbar benannten Schiedsinstitutionen oder auch Schiedsgerichten und Gerichten zulässig (BGH, Beschl. v. 30.1.2003 – III ZB 6/02, IHR 2003, 90).
- 125** Die inhaltlichen Anforderungen an die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen sind vergleichsweise gering. Da sich aus den Klauseln lediglich der Willen der Parteien ergeben muß, sich einem Schiedsverfahren zu unterwerfen, sind selbst Klauseln wie „Arbitration: Hamburg“ in Verbindung mit anderen Vertragsbestimmungen für wirksam gehalten worden.²⁴⁶
- 126** Ob die Parteien überhaupt in der Lage waren, eine Schiedsvereinbarung einzugehen, richtet sich nach dem für sie gem. Art. 6, 12 EGBGB maßgeblichen Recht. So hat der BGH die **subjektive Schiedsfähigkeit** einer jugoslawischen Partei verneint, die nicht die notwendige Außenhandlungsgenehmigung hatte (BGH NJW 1998, 2452). Grundsätzlich sind auch **Rechtsnachfolger** an eine Schiedsvereinbarung gebunden. Das gilt z.B. für den Zessionar und den Insolvenzverwalter, für den lediglich hinsichtlich der Ansprüche aus Insolvenzanfechtung keine Bindungswirkung besteht.²⁴⁷
- 127** **Wirkungen.** Rechtsfolge einer wirksamen Schiedsvereinbarung ist die Übertragung der Zuständigkeit auf das Schiedsgericht. Entsprechend sind die staatlichen Gerichte nach § 1032 ZPO verpflichtet, sich für unzuständig zu erklären, sofern sich

²⁴³ Vgl. OLG Rostock IPRax 2002, 401 mit Anm. *Kröll* IPRax 2002, 384.

²⁴⁴ KG Berlin BB 2000, Beilage 8, S. 13 ff; generell zu diesen sog. pathologischen Klauseln *Hochbaum* Mißglückte internationale Schiedsvereinbarungen, 1995, S. 27 ff; vgl. dazu *Lew/Mistelis/Kröll* Rdn. 7–71 ff.

²⁴⁵ BGH NJW 1983, 1267, 1268; LG Hamburg

RIW 1991, 419; BayObLG RPS 1/2000 (Beil. 8 zu BB-Heft 37/2000), S. 15; *Raeschke-Kessler/Berger* Rdn. 319 ff.

²⁴⁶ Vgl. nur BayObLG MDR 2003, 1132; weitere Beispiele *Kröll* NJW 2003, 791, 792; *ders.* NJW 2005, 194.

²⁴⁷ BGH DZWIR 2004, 161; vgl. auch *Flöther* DZWIR 2001, 89.

eine Partei auf die Existenz der Schiedsvereinbarung beruft. Dies muß nach dem klaren Wortlaut von § 1032 I ZPO bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache geschehen. Ob das Gericht eventuell kürzere Fristen zur Klageerwidmung gesetzt hat, ist insoweit unerheblich (BGHZ 147, 394 = NJW 2001, 2176).

Zudem verpflichtet die Schiedsklausel die Parteien zur Mitwirkung beim Schiedsverfahren. Das drückt sich insbesondere in der Verpflichtung aus, den hälftigen Vorschuß für die Kosten des Schiedsverfahrens einzuzahlen. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann im Wege des Urkundsverfahrens unter Vorlage der Schiedsvereinbarung eingeklagt werden (AG Düsseldorf SchiedsVZ 2003, 240).

ERSTER ABSCHNITT

Allgemeine Vorschriften

§ 343

Handelsgeschäfte sind die Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.

Schrifttum. S. Vorbem. § 343, Vor Rdn. 1.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Normzweck	1	4. Betriebszugehörigkeit des Geschäfts ...	10
II. Handelsgeschäft	2	a) Weiter Begriff	10
1. Begriffsmerkmale; Arten	2	b) Einzelfälle	11
2. Kaufmann	4	c) Privatgeschäfte	15
3. Begriff des Geschäfts	8	d) Handelsgesellschaft	16
		5. Gesetzesänderung (Abs. 2 a.F.)	17

I. Normzweck

Die Vorschriften des Vierten Buches sind nur auf Handelsgeschäfte anzuwenden; vgl. auch § 345 und oben Vorbem. § 343 Rdn. 1. Daher wird dieser Begriff vorab in § 343 und § 344 bestimmt. Zweck der Norm ist also die Festlegung des sachlichen Anwendungsbereichs des Vierten Buches. Diese Normen nehmen auf den Begriff des Handelsgeschäfts oder auf einzelne seiner Begriffsmerkmale Bezug (oben Vorbem. § 343 Rdn. 1). Die sachliche Abgrenzung durch §§ 343, 344 ergänzt die persönliche Bestimmung des Anwendungsbereichs des HGB durch den Kaufmannsbegriff in den §§ 1–6. **1**

Der Begriff des Handelsgeschäfts wird im HGB in zwei verschiedenen Bedeutungen gebraucht: Im Vierten Buch bezieht er sich auf einzelne Rechtsgeschäfte und Rechtsakte und dient der Abgrenzung der kaufmännischen Rechtsgeschäfte einer Person von ihren privaten Rechtsgeschäften; in den §§ 22–27 bezieht er sich auf das kaufmännische Unternehmen (Erwerb u. Fortführung eines „Handelsgeschäfts“).

II. Handelsgeschäft

1. Begriff und Arten

a) Die Norm definiert den **Begriff des Handelsgeschäfts**, indem es den Begriff des Geschäfts voraussetzt (dazu Rdn. 8 f) und dazu ein persönliches und ein sachliches Kriterium nennt: Es muß sich um ein Geschäft handeln, (1) an dem ein Kaufmann beteiligt ist und (2) das zu dem Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Der Begriff des Handelsgeschäfts ist daher wiederum auf den Kaufmannsbegriff zurückbezogen. Das persönliche Kriterium bleibt also wichtig. **2**

- 3** b) Das Gesetz unterscheidet nach den beteiligten Parteien zwischen (1) einseitigen Handelsgeschäften, bei denen nur eine Partei Kaufmann ist (§ 345) und (2) zweiseitigen Handelsgeschäften, bei denen beide Parteien Kaufleute sind (vgl. §§ 369 ff, 377). Bei den einseitigen Geschäften wird z.T. wiederum unterschieden, in welcher Rolle die kaufmännische Partei am Geschäft beteiligt ist, z.B. als Bürge (§ 350). Zum Ganzen unten § 345.

2. Kaufmann

- 4** An dem Geschäft muß eine Partei beteiligt sein, die Kaufmann ist; zum Kaufmannsbegriff oben Vorbem. § 343 Rdn. 6 ff.
- 5** Handelt ein **Vertreter**, so kommt es auf die Kaufmannseigenschaft des Vertretenen an. Die **Gesellschafter** der OHG und der KG sind nicht schon als solche Kaufleute neben der OHG oder KG, sondern nur in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit;¹ str. Der Gesellschafter handelt also weder beim Abschluß des Gesellschaftsvertrags noch bei einem Geschäft mit der Gesellschaft als Kaufmann. In beiden Fällen kann es anders sein, wenn der Gesellschafter bereits aus anderem Grund die Kaufmannseigenschaft besitzt, z.B. wenn ein Gesellschafter im Rahmen seines anderweitigen Handelsgeschäfts einen Vertrag mit der Gesellschaft abschließt.
- 6** Soweit die Kaufmannseigenschaft nicht aus den o.a. Vorschriften begründet ist, insbes. nach §§ 1–6, finden die Vorschriften des Vierten Buches grundsätzlich keine Anwendung, auch wenn die betreffende Person oder der Personenverband aus anderen Gründen als „Unternehmensträger“ angesehen werden kann.² Die Teilnahme eines solchen nichtkaufmännischen Unternehmers oder Unternehmensträgers an einem Geschäft macht dieses noch nicht zum Handelsgeschäft. Dies gilt insbes. für den nicht eingetragenen Gewerbetreibenden; anders, wenn er die Merkmale des (nicht eingetragenen) Scheinkaufmanns erfüllt. Die Forderung, alle „Unternehmensträger“ dem HGB zu unterwerfen (*K. Schmidt* HandelsR⁵ § 18 I 1 b), ist durch die Ausweitung des Kaufmannsbegriffs i.S. § 1 seit 1998 zum Teil erledigt und für Kleingewerbetreibende nicht zu befürworten. Ein gewisses Problem besteht weiterhin für die Angehörigen freier Berufe, die dem HGB nicht unterworfen, aber ähnlich wie gewerbliche Unternehmer tätig sind (zutr. *K. Schmidt* HandelsR⁵ § 18 I 1 b). Hier ist im Einzelfall eine **analoge Anwendung** einzelner Vorschriften des Vierten Buches geboten, so z.B. beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben (unten § 346 Rdn. 63f), und von der Rechtsprechung fallweise angewendet worden (BGHZ 2, 38, 50: § 366 analog).
- 7** Die Kaufmannseigenschaft muß zum **Zeitpunkt** der Vornahme des Geschäfts vorliegen. Entscheidend ist der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Rechtsgeschäfts; vgl. aber § 130 II BGB. Bereits das erste Rechtsgeschäft, das auf die Einrichtung eines Gewerbebetriebs i.S. § 1 gerichtet ist (Vorbereitungsgeschäft), macht den Handelnden zum Kaufmann. Anders in den Fällen des § 2 und § 3; hier kommt es auf den Zeitpunkt der Eintragung an; vorher vorgenommene Rechtsgeschäfte werden durch die Eintragung nicht nachträglich zu Handelsgeschäften.³

¹ *Zöllner* DB 1964, 795; *Weyer* WM 2005, 490, 497 m.N.; *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 8; für die KG *Horn* oben § 161 Rdn. 10 f; a.A. *Emmerich* oben § 105 Rdn. 31.

² *Baumbach/Hopt* § 343 Rdn. 2; a.A. *K. Schmidt* HandelsR⁵ § 18 I 1 b.

³ *Röbriecht/Graf v. Westphalen/Wagner* § 343 Rdn. 15.

3. Begriff des Geschäfts

Der Begriff des Geschäfts i.S. § 343 bezieht sich auf einzelne geschäftliche Tätigkeiten und Vorgänge im Unterschied zum Unternehmen des Kaufmanns im ganzen, das in den §§ 22 ff als Handelsgeschäft bezeichnet wird (Vorbem. 1 vor § 343). Der Begriff des Geschäfts im hier verwendeten Sinn ist weit zu verstehen und umfaßt nicht nur Rechtsgeschäfte, also Verträge und andere Willenserklärungen, sondern auch sog. Rechtshandlungen und sonstiges willentliches Verhalten von geschäftlicher Bedeutung.⁴ Geschäfte sind daher z.B. die Mahnung (§ 286 BGB), die Absendung und Annahme von Waren (ROHG 10, 235), die Bewirkung einer Zahlung, auch an einen Nichtberechtigten (BGH BB 1956, 833), rechtserhebliche Mitteilungen, wie z.B. die Anzeige von Mängeln (§ 377 I), ein nach § 346 erhebliches Verhalten einschließlich Duldung und Unterlassung (s. dort Rdn. 34 ff), ein nach § 346 oder § 362 rechtserhebliches Schweigen des Kaufmanns (s. § 346 Rdn. 43 ff, 49 ff; § 362 Rdn. 11 ff), ferner die Erteilung einer Weisung im Rahmen eines bestehenden Auftrags oder Geschäftsbesorgungsvertrags sowie die Erteilung einer geschäftlichen Auskunft (zur Auskunftshaftung s. oben Vorbem. § 343 Rdn. 70ff und § 347 Rdn. 49ff).

Auch Handlungen, die eine Haftung wegen *culpa in contrahendo* (§ 311 II BGB) begründen, sind wegen ihrer Nähe zum geschäftlichen Verhalten Geschäfte i.S. § 343, ferner ist es die Geschäftsführung ohne Auftrag (h.M.) sowie auch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung von Sachen gem. § 946–950 BGB (str.)⁵ sowie Prozeßhandlungen.

Erforderlich ist stets ein **Willensmoment**, das sich auf die geschäftliche Natur des Vorgangs richtet. Nicht Geschäft i.S. § 343 sind daher Vorgänge, soweit sie nur den Tatbestand eines Bereicherungsanspruchs oder einer Delikts- oder Gefährdungshaftung erfüllen.⁶ Unstreitig fällt danach z.B. Haftung aus Verkehrsunfall bei Geschäftsfahrt nicht unter Handelsrecht; daher richtet sich die Verzinsung nicht nach § 353, und es ist keine Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen gem. § 95 Nr. 1 GVG begründet. Ob beim Zusammentreffen von Geschäft und Delikt eine einheitliche Unterwerfung unter Handelsrecht geboten ist, ist zweifelhaft (so aber *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 13 m.N.). Allenfalls kann man folgern, daß die Nichtigkeit eines Geschäfts nach § 134 oder § 138 BGB den kaufmännischen Täter noch nicht aus der strengeren Haftung nach HGB (z.B. bezüglich der Zinshöhe) entläßt.

4. Betriebszugehörigkeit des Geschäfts

a) **Weiter Begriff.** Handelsgeschäfte sind nur die Geschäfte eines Kaufmanns, die im Zusammenhang mit dem Betrieb seines Unternehmens (seines „Handelsgewerbes“) stehen und dessen Förderung unmittelbar oder mittelbar dienen. Gegensatz sind die Privatgeschäfte des Kaufmanns (s. auch Rdn. 15 u. 16). Für die Eigenschaft als Handelsgeschäft genügt ein entfernter Zusammenhang mit dem Unternehmen.⁷ Die Ab-

⁴ *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 11; *Baumbach/Hopt* § 343 Rdn. 1; *Großkomm/Koller* § 343 Rdn. 3 f; *Röbriht/Graf v. Westphalen/Wagner* § 343 Rdn. 2; einschränkend *K. Schmidt HandelsR*⁵ § 18 I 1 a.

⁵ *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 11; *M. Wolff* FG O. v. Gierke (1910) Bd. II S. 117, 147 ff; *Röbriht/Graf v. Westphalen/Wagner* § 343 Rdn. 3; a.A. *Baumbach/Hopt*

§ 343 Rdn. 1; *K. Schmidt HandelsR*⁵ § 18 I 1 a.

⁶ *Baumbach/Hopt* § 343 Rdn. 1; *Röbriht/Graf v. Westphalen/Wagner* § 343 Rdn. 5.

⁷ BGHZ 63, 35; BGH WM 1976, 425; NJW 1997, 1779, 1780; *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 15; *Baumbach/Hopt* § 343 Rdn. 3; *Weyer* WM 2005, 490, 497 betr. Betriebszugehörigkeit einer Gesellschafterbürgschaft m.N.

grenzung ist im Grundsatz objektiv zu verstehen (Großkomm/*Koller* § 343 Rdn. 6); der übereinstimmende Wille der Beteiligten ist aber zu berücksichtigen (RGZ 33, 110).

- 11 b) Im einzelnen** gehören dazu (1) auch **vorbereitende Geschäfte**, etwa die Aufnahme eines Kredits zum Kauf eines Unternehmens,⁸ der Erwerb eines Patents (RG SeuffA 86 Nr. 119), der Abschluß eines Bierlieferungsvertrags für einen künftigen Hotelbetrieb (RG JW 1908, 148), das Anmieten eines Ladens (RG JW 1908, 206) und der Erwerb eines Handelsgeschäfts.⁹ Der Handelnde muß aber zu diesem Zeitpunkt bereits Kaufmann sein oder durch das Geschäft Kaufmann (gem. § 1) werden, indem er das erste vorbereitende Geschäft eines Handelsgewerbes i.S. § 1 vornimmt (*Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 17, 25). Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrags über eine Handelsgesellschaft, die dann die Kaufmannseigenschaft erlangt, ist nicht schon deshalb Handelsgeschäft (Rdn. 5 und oben § 161 Rdn. 33).
- 12** (2) Auch **Hilfs- oder Nebengeschäfte** sind Handelsgeschäfte, sofern sie das Unternehmen direkt oder indirekt fördern sollen, so z.B. der Bau eines Geschäftsgebäudes (BGHZ 63, 32, 35), die Beschaffung von Arbeitsgeräten,¹⁰ die Einstellung von Hilfskräften¹¹ und die Aufnahme eines Betriebsmittelkredits sowie die Beschaffung von Geschäftsräumen (RG SeuffA 63 Nr. 249).
- 13** (3) Auch **ungewöhnliche Geschäfte** sind Handelsgeschäfte, sofern sie dem kaufmännischen Unternehmen dienen. Die Geschäfte müssen insbes. nicht typisch für das betreffende Unternehmen sein, wie z.B. eine einzeln gewährte Bürgschaft (BGH WM 1976, 424 f; anders, wenn die Bürgschaft eindeutig nur zu privaten Zwecken gewährt wird; BGH NJW 1997, 1779, 1780), die Zeichnung eines Gefälligkeitswechsels (RG WarnR 1929 Nr. 38), der Ankauf unsicherer Forderungen (RG *Gruchot* 33, 1042). Der Gefälligkeitscharakter oder die Unentgeltlichkeit schließen die Betriebszugehörigkeit noch nicht aus.¹²
- 14** (4) **Abwicklungsgeschäfte** gehören ebenfalls zum Betrieb des Unternehmens, z.B. die Veräußerung von Geschäftsanteilen (RG LZ 1909, 466), die Beendigung schwebender Geschäfte, die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters¹³ und die Veräußerung des Unternehmens.¹⁴
- 15** c) Bei **Privatgeschäften** fehlt der Zusammenhang mit dem Betrieb des kaufmännischen Unternehmens. Dies gilt z.B. für den Kauf von Konsumgütern für den persönlichen Bedarf des Kaufmanns und seiner Familie (nicht aber den Kauf z.B. von Lebensmitteln für die Betriebskantine), für den Erwerb eines Wohnhauses für nichtgeschäftliche Zwecke, für die Miete der Privatwohnung, den Abschluß einer Lebensversicherung für Angehörige (RGZ 14, 235). Bei der Bürgschaft für Verwandte kann der geschäftliche Zusammenhang fehlen,¹⁵ er kann aber auch nach den Umständen gegeben sein.¹⁶ Auch Unentgeltlichkeit und Gefälligkeitscharakter schließen den geschäftlichen Zusammenhang nicht ohne weiteres aus (BGH WM 1976, 424).

⁸ RG Recht 1909 Nr. 2516; LZ 1912, 911.

⁹ RG HRR 1931, 528; RG SeuffA 63 Nr. 259; OGHZ 1, 62; vgl. auch RGZ 72, 434.

¹⁰ ROHG 19, 354; 22, 329.

¹¹ ROHG 11, 56 und 387; RGZ 1, 268.

¹² RGZ 33, 110; BGH WM 1976, 424 f; *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 16; zur Haftung bei Gefälligkeiten s. Vorbem. § 343 Rdn. 62.

¹³ RGZ 102, 245; 154, 336.

¹⁴ OGHZ 1, 62; vgl. auch RGZ 72, 436.

¹⁵ ROHG 15, 388; BGH NJW 1997, 1779, 1780.

¹⁶ BGH WM 1976, 424; vgl. auch *Rehm* ZHR 74, 247 ff.

d) Eine **Handelsgesellschaft** nimmt nach h.M. stets nur Handelsgeschäfte vor; Privatgeschäfte sollen bei ihr begrifflich ausgeschlossen sein.¹⁷ Das überzeugt nicht, weil es eine solche *ultra-vires*-Doktrin im deutschen Gesellschaftsrecht nicht gibt. Rechtlich möglich sind vielmehr auch hier Geschäfte, die aus der kaufmännischen Geschäftstätigkeit herausfallen, z.B. Förderung gemeinnütziger Zwecke durch bestimmte Mitgliedschaften und Geld- und Sachspenden, sofern dies nicht mittelbar dem Unternehmen (Werbung, Personalpolitik) dient. Allerdings ist stets die Vermutung des § 344 auszuräumen. Die Mitglieder einer Personenhandelsgesellschaft sind nur in dieser Eigenschaft Kaufmann und tätigen ein Handelsgeschäft nur, wenn sie im Namen der Gesellschaft handeln. Schließen sie ein Geschäft in eigenem Namen, so liegt ein Privatgeschäft vor (BGH NJW 1960, 1852). 16

5. Gesetzesänderung (Abs. 2 a.F.)

Durch das HRefG 1998 wurde der frühere Abs. 2 des § 343 abgeschafft. Er lautete: Die in § 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden. Die Vorschrift war (spätestens) mit der Abschaffung des § 1 Abs. 2 a.F., der die Liste der sog. Grundhandelsgewerbe enthielt, überflüssig geworden. Er war auch nach altem Recht überflüssig, weil unstreitig auch alle branchenfremden Geschäfte, die dem Betrieb des Handelsgewerbes dienten, Handelsgeschäfte waren. 17

§ 344

(1) Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

(2) Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Normzweck und Anwendungsbereich	1	2. Wirkung der Vermutung	6
1. Grundsatz	1	3. Widerlegung der Vermutung	7
2. Anwendungsbereich	2	III. Die Vermutung des Abs. 2	8
3. Gegenstände außerhalb der Vermutung	4	1. Begriff des Schuldscheins	8
II. Die Vermutung des Abs. 1	5	2. Wirkung und Widerlegung der Vermutung	11
1. Begriff des Geschäfts	5		

¹⁷ BGH NJW 1960, 1852; *Schlegelberger/Hefermehl* § 343 Rdn. 20; *K. Schmidt HandelsR*⁵ § 18 I 1 d aa; *Großkomm/Koller* § 343 Rdn. 7.

I. Normzweck und Anwendungsbereich

1. Grundsatz

- 1 § 344 ergänzt § 343 und erleichtert dessen Anwendung, indem er zwei Vermutungen über die **Betriebszugehörigkeit** von Geschäften aufstellt. Die Vermutungen wirken für und gegen den Kaufmann (Rdn. 6); sie sind widerlegbar (Rdn. 7, 12). Da sich § 344 auf § 343 bezieht, ist hier grundsätzlich der gleiche Kaufmannsbegriff zugrunde zu legen.¹ Ebenso gilt der gleiche (weite) Begriff des Geschäfts wie in § 343.²

2. Anwendungsbereich

- 2 Die Vermutungen gelten nicht nur für die Handelsgeschäfte des Vierten Buches, sondern auch auf anderen Gebieten des Handelsrechts (allg. M. *Wolff*/ZHR 47, 255 ff), so im Bereich der §§ 25–28 für das Verhältnis des Gläubigers des bisherigen Inhabers zum neuen Inhaber des Geschäfts (RGZ 59, 213, 215 ff). Nicht anwendbar ist § 344 für die Frage, ob ein Geschäft im Unternehmen des Inhabers geschlossen und daher bei der Gewinnbeteiligung zu berücksichtigen ist (RGZ 92, 294).
- 3 Geringe Bedeutung hat § 344 bei **Handelsgesellschaften** i.S. § 6 (Personen- und Kapitalgesellschaften), weil diese regelmäßig nur Handelsgeschäfte tätigen; nach h.M. soll die Norm hier sogar gänzlich gegenstandslos sein,³ was aber nicht überzeugt; vgl. § 343 Rdn. 16. Der Schwerpunkt der Anwendung liegt aber zweifellos beim Einzelkaufmann in der Abgrenzung zu dessen Privatgeschäften. Daneben hat § 344 praktische Bedeutung etwa für die kaufmännisch tätigen juristischen Personen i.S. § 33.

3. Gegenstände außerhalb der Vermutung

- 4 Nicht Gegenstand der Vermutung ist die Kaufmannseigenschaft der beteiligten Personen; sie wird vielmehr in § 344 vorausgesetzt (Großkomm/*Koller* § 344 Rdn. 5). Nicht nach § 344, sondern nur nach § 164 BGB ist zu beurteilen, ob ein Gesellschafter einer Personengesellschaft oder ein Organ einer Kapitalgesellschaft für sich selbst oder für die Gesellschaft gehandelt hat.⁴ Es spricht keine rechtliche Vermutung dafür, daß persönlich haftende Gesellschafter für die Gesellschaft handeln.

Betreibt ein Kaufmann **mehrere Unternehmen**, so hilft § 344 nicht weiter. Die Zugehörigkeit zum einen oder anderen Unternehmen ist vielmehr nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.⁵ Dagegen greift § 344 ein, wenn jemand ein kaufmännisches und ein nichtkaufmännisches (z.B. landwirtschaftliches) Unternehmen betreibt; str.⁶ Gleiches muß gelten, wenn nur ein kaufmännischer Nebenbetrieb i.S. § 3 III zu einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb vorliegt.⁷ Die Anwendung des HGB im Bereich

¹ Vgl. RGZ 65, 414 und 70, 30 betr. Scheinkaufmann.

² *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 6; Großkomm/*Koller* § 344 Rdn. 3; *Baumbach/Hopt* § 344 Rdn. 2.

³ BGH NJW 1960, 1852 f; *Baumbach/Hopt* § 344 Rdn. 1; Großkomm/*Koller* § 344 Rdn. 8.

⁴ ROHG 13, 288; 18, 226; RGZ 119, 64, 67; BGH NJW 1960, 1852 f; *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 2; Großkomm/*Koller* § 344 Rdn. 5.

⁵ RG JW 1932, 50; Großkomm/*Koller* § 344 Rdn. 7; *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 3.

⁶ *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 3; Großkomm/*Koller* § 344 Rdn. 7; a.A. RG JW 1932, 50; *Baumbach/Hopt* § 344 Rdn. 1.

⁷ Großkomm/*Koller* § 344 Rdn. 7; a.A. (zu § 3 a.F.) RG JW 1930, 829, 830.

land- und forstwirtschaftlicher Betriebe kann nach der Neufassung des § 3 nicht mehr als eng zu begrenzende Ausnahme verstanden werden.

II. Die Vermutung des Abs. 1

1. Begriff des Geschäfts

Obwohl Abs. 1 vom „Rechtsgeschäft“ spricht und damit einen engeren Begriff verwendet als § 343 („Geschäft“), ist mit der h.M. auch bei § 344 der weite Geschäftsbegriff des § 343 anzuwenden (vgl. § 343 Rdn. 8 f). Die weite Auffassung vermeidet fruchtlose Abgrenzungsprobleme und dient der möglichst gleichmäßigen Anwendung von Handelsrecht auf den Kaufmann. 5

2. Wirkung der Vermutung

Die Vermutung gilt nur, wenn feststeht, daß die Kaufmannseigenschaft gegeben ist (Rdn. 4) und daß ein Geschäft vorliegt. Die Vermutung ersetzt dann die nach § 343 erforderliche **Betriebszugehörigkeit** des Geschäfts. Die Vermutung wirkt für und gegen den Kaufmann, und sowohl der Kaufmann wie der Dritte können sich auf sie berufen.⁸ 6

Die Vermutung gilt nur **im Zweifel**. D.h. nicht nur, daß sie widerlegbar ist, sondern auch, daß sie nicht eingreift, wenn die Umstände eindeutig den Privatcharakter des Geschäfts ergeben.⁹ Dies ist ein gradueller Unterschied zu sonstigen Vermutungen. Die objektive Darlegungs- und Beweislast besteht nur im Zweifel für den, der die Betriebszugehörigkeit leugnet. Das Gericht hat die Tatsachen, aus denen der private Charakter des Geschäfts folgt, schon von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. BGHZ 63, 32, 35). Die Vermutung greift nicht ein, wenn der Geschäftsgegner den Mangel der Betriebszugehörigkeit des Geschäfts kannte (BGH NJW 1997, 1779 f betr. Abs. 2).

3. Die Widerlegung der Vermutung

Der private Charakter des Geschäfts, d.h. seine fehlende Betriebszugehörigkeit, muß grundsätzlich aus objektiven Merkmalen folgen. Allerdings kommt den nachweislichen Vorstellungen beider Parteien Bedeutung zu. Die Parteien können auch durch **Vereinbarungen** die Betriebszugehörigkeit oder einzelne handelsrechtliche Folgen daraus ausschließen (*Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 8). 7

Der Beweis ist erst geführt, wenn die objektiven Umstände oder die gemeinsamen Vorstellungen oder eine Abrede den Schluß auf den privaten Charakter des Geschäfts eindeutig zulassen. Aus Gründen des Verkehrsschutzes ist es erforderlich, daß der Geschäftsgegner den privaten Charakter erkennen konnte.¹⁰ Wer sich auf den privaten Charakter beruft, braucht sein eigenes Kennenmüssen nicht besonders nachzuweisen. Noch nicht ausreichend für den Beweis ist der Umstand, daß der Kaufmann nicht unter seiner Firma, sondern unter seinem Namen aufgetreten ist;¹¹ immerhin liegt darin ein unterstützender Anhaltspunkt. Nicht ausreichend ist der Nachweis, daß es sich um ein vorbereitendes, abwickelndes, ungewöhnliches oder unentgeltliches Geschäft gehandelt habe.

⁸ Großkomm/Koller § 344 Rdn. 9; *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 19.

⁹ RG WarnR 1929, Nr. 38; BGHZ 63, 32, 35; BGH NJW 1997, 1779, 1780; *Weyer* WM 2005, 490, 500 f.

¹⁰ BGH WM 1976, 424 f; OLG Köln MDR 1972, 865; Großkomm/Koller § 344 Rdn. 4; *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 11.

¹¹ RGZ 59, 213; OLG Nürnberg BB 1961, 1179; *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 12.

III. Die Vermutung des Abs. 2

1. Begriff des Schuldscheins

- 8** Ein Schuldschein ist eine vom Schuldner zum Beweis einer Schuld ausgestellte Urkunde, welche die Schuld begründet oder bestätigt.¹² Eine gesetzliche Definition fehlt hier ebenso wie in den §§ 371, 952 I BGB. Weitere Anforderungen bestehen nicht; insbes. muß weder der Rechtsgrund der Schuld genannt (RG JW 1901, 576) noch der Inhalt der Schuld vollständig wiedergegeben sein (RGZ 131, 1, 6). Die Schuld kann die Leistung von Geld oder von vertretbaren oder unvertretbaren Sachen betreffen (*Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 14). Für die etwa zugleich genannte Gegenleistung gilt § 344 II nicht.
- 9** Zu den Schuldscheinen i.S. Abs. 2 zählen Wechsel,¹³ Schecks, Inhaberschuldverschreibungen i.S. § 793 BGB, die in § 363 genannten Wertpapiere, also z.B. kaufmännische Verpflichtungsscheine (RGZ 77, 56) und kaufmännische Anweisungen, letztere aber nur, wenn sie angenommen sind (§ 784 BGB), ferner Schlußnoten und andere schriftliche Vertragsbestätigungen (RGZ 120, 89), Bürgschaftsurkunden,¹⁴ nicht jedoch bloße Quittungen, es sei denn, sie bekunden zugleich eine Verpflichtung, z.B. zur Rückzahlung eines empfangenen Darlehens (*Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 14).
- 10** Die Urkunde muß **von Kaufmann gezeichnet**, d.h. gem. § 126 BGB durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet oder notariell beurkundet sein (§ 126 IV BGB). Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form (§ 126a BGB) ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt (§ 126 III BGB). Die elektronische Form ist bei Bürgschaft, Leibrentenversprechen, Schuldversprechen und Schuldanerkennnis nach BGB ausgeschlossen (§§ 761 S. 2, 766 S. 2, 780 S. 2, 781 S. 2 BGB). An der Formfreiheit der kaufmännischen Bürgschaft und des kaufmännischen Schuldversprechens und Schuldanerkennnisses (§ 350) hat sich dadurch nichts geändert. Die qualifizierte elektronische Signatur i.S. § 126a BGB ist daher für die Zeichnung i.S. § 344 II einer kaufmännischen Bürgschaft oder eines Schuldversprechens oder Schuldanerkennnisses des Kaufmanns ausreichend. Zur Erfüllung der eigenhändigen Schriftform i.S. § 126 I BGB wird regelmäßig die Unterzeichnung mit der Firma (§ 17) erfolgen. Der Gebrauch des (ggf. davon abweichenden; vgl. §§ 21 ff) bürgerlichen Namens ist unschädlich. Sofern vom Gesetz eine mechanische Vervielfältigung der Unterschrift für ausreichend erklärt ist (§ 793 II 2 BGB; § 13 S. 1 AktG; § 3 I 2 VVG), genügt dies auch für § 344. Nach verbreiteter Meinung soll auch sonst faksimilierte Unterschrift genügen, soweit das Gesetz keine Schriftform verlangt, z.B. bei Bürgschaft oder Schuldanerkennnis des Vollkaufmanns gem. § 350.¹⁵ Das überzeugt nicht. Mit dem Erfordernis der „Zeichnung“ setzt Abs. 2 Einhaltung der Schriftform voraus. Selbst die vereinbarte Schriftform des § 127 BGB dispensiert aber von der Eigenhändigkeit der Unterschrift nur bei Telegramm, E-Mail und Fernschreiben (Vorbem. § 343 Rdn. 33).

¹² RGZ 116, 173; 120, 89; BGH WM 1976, 974 f; NJW 1997, 1779, 1780; *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 13; *Großkomm/Koller* § 344 Rdn. 10 f.

¹³ ROHG 9, 174; RGZ 56, 198.

¹⁴ ROHG 20, 204; RG JW 1906, 87; BGH NJW 1997, 1779, 1780; *Baumbach/Hopt* § 344 Rdn. 4.

¹⁵ *Großkomm/Koller* § 344 Rdn. 11 a; *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 15.

2. Wirkung und Widerlegung der Vermutung

Kaufmannseigenschaft und Unterzeichnung begründen die Vermutungswirkung, daß die Schuld betriebszugehörig i.S. § 343 ist. Die Vermutung gilt für und gegen den Kaufmann (vgl. Rdn. 6). Die Vermutungswirkung ist stärker als nach Abs. 1, weil die Worte „im Zweifel“ fehlen. 11

Die Widerlegung der Vermutung durch Beweis des Gegenteils ist nach dem Wortlaut nur möglich, wenn sich dies aus der Urkunde ergibt. Ein deutlicher Hinweis auf den privaten Charakter genügt. Ein Gegenbeweis aufgrund von Tatsachen außerhalb der Urkunde, ohne daß diese einen Anhaltspunkt bietet, ist nicht möglich.¹⁶ Anders, wenn ein solcher Anhaltspunkt in der Urkunde gegeben ist, z.B. der Hinweis auf den privaten Schuldgrund; dessen privater Charakter kann dann auch durch sonstige Tatsachen nachgewiesen werden.¹⁷ Die Ungewöhnlichkeit des Geschäfts liefert keinen ausreichenden Gegenbeweis (vgl. Rdn. 7 a.E.), ebenso wenig die Art der Zeichnung, insbes. mit dem bürgerlichen Namen anstelle der Firma.¹⁸ Die Vermutung nach Abs. 2 greift nicht ein, wenn der Kaufmann den Schuldschein nicht im Betrieb seines Handelsgewerbes gezeichnet hat und der Geschäftsgegner dies positiv wußte.¹⁹ Kennenmüssen genügt nicht, allerdings kann hier im Einzelfall der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegeben sein.²⁰ 12

§ 345

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.

1. Arten der Handelsgeschäfte

Das Gesetz unterscheidet nach den beteiligten Parteien zwischen einseitigen Handelsgeschäften, bei denen nur eine Partei Kaufmann ist und als solcher (betriebsbezogen; vgl. § 344 Rdn. 1) das Geschäft vornimmt (Rdn. 2), und zweiseitigen Handelsgeschäften, bei denen beide Partner Kaufmann sind und als solche betriebsbezogen das Geschäft vornehmen (Rdn. 5). Bei einseitigen Geschäften wird z.T. weiter unterschieden, in welcher Rolle der Kaufmann am Geschäft teilnimmt (Rdn. 4). 1

2. Einseitige Handelsgeschäfte

a) **Grundregel.** § 345 ordnet für einseitige Handelsgeschäfte im Grundsatz die gleichmäßige Anwendung der Vorschriften über Handelsgeschäfte an, so daß in großem Umfang auch **Nichtkaufleute** von der Anwendung des Handelsrechts erfaßt werden. Dieser gesetzliche Regelfall gilt etwa für die Zinshöhe von 5 % gem. § 352 II 2

¹⁶ OLG Hamm ZIP 1982, 50; *Baumbach/Hopt* § 344 Rdn. 4; *Großkomm/Koller* § 344 Rdn. 12.

¹⁷ Ähnl. *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 17; *Röbricht/Graf v. Westphalen/Wagner* § 344 Rdn. 16; a.A. *Großkomm/Koller* § 344 Fn. 31.

¹⁸ *Baumbach/Hopt* § 344 Rdn. 4; *Röbricht/Graf v. Westphalen/Wagner* § 344 Rdn. 15.

¹⁹ BGH NJW 1997, 1779, 1780; *Baumbach/Hopt* § 344 Rdn. 4; *Großkomm/Koller* § 344 Rdn. 12; a.A. Vorauf. Rdn. 12.

²⁰ RGZ 56, 196, 198; *Schlegelberger/Hefermehl* § 344 Rdn. 18; *Baumbach/Hopt* § 344 Rdn. 4.

(s. § 352 Rdn. 16), für die Bestimmungen über das Kontokorrent in §§ 355–357 (s. § 355 Rdn. 6 f), für Zeit und Art der Leistung gem. §§ 358–361, die Indossierung von kaufmännischen Wertpapieren gem. §§ 363–365 und über den erweiterten Schutz des guten Glaubens gem. §§ 366, 367 (s. § 366 Rdn. 4), schließlich auch für die Bestimmungen über die einzelnen Vertragstypen der Handelsgeschäfte, also Kauf, Kommissionsgeschäft usw., mit wenigen ausdrücklichen Ausnahmen, so in §§ 377 und 379.

- 3 b) Kritik.** Soweit § 345 auch Nichtkaufleuten die erhöhten Pflichten des Handelsrechts auferlegt, wird die Vorschrift z.T. als legislatorisch verfehlt betrachtet und in bestimmten Fällen eine zweckorientierte Einschränkung der Anwendbarkeit („teleologische Reduktion“) gefordert,¹ z.B. bei der Pflicht zur Lieferung von Handelsgut gem. § 360, die nur den Kaufmann gegenüber dem privaten Abnehmer treffen soll und nicht umgekehrt den Privatmann als Lieferanten.² In der Tat ist wohl im Einzelfall eine Einschränkung der Anwendbarkeit zu begründen. Eine generelle Regel läßt sich daraus schwerlich bilden. Der Privatmann rechnet gegenüber Kaufleuten mit gewissen erhöhten Anforderungen des geschäftlichen Verkehrs. Dies gilt wohl auch für die erhöhte Zinspflicht der §§ 352 II, 354 II, für die Pflicht zur Lieferung von Handelsware gem. § 360 dann, wenn der Privatmann Handelsware verspricht und den entsprechenden Preis erzielen will. Die Rechtsfolgen des Kontokorrents sind heute ohne weiteres auch dem Privatmann, der z.B. ein Bankkonto unterhält, zumutbar; s. auch § 355 Rdn. 6 f.
- 4 c)** In bestimmten Fällen kommt es für die Anwendbarkeit einer Norm des HGB auf ein einseitiges Handelsgeschäft darauf an, daß der **Schuldner einer bestimmten Verpflichtung Kaufmann** ist. Dies gilt allgemein für die kaufmännische Sorgfaltspflicht gem. § 347 (s. § 347 Rdn. 12) und insbes. für das kaufmännische Versprechen einer Vertragsstrafe gem. § 348 (s. § 348 Rdn. 12) oder einer Bürgschaft gem. §§ 349, 350 (s. § 349 Rdn. 5; § 350 Rdn. 4 ff) ebenso für ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis gem. § 350 (s. § 350 Rdn. 4 ff).

3. Beiderseitige Handelsgeschäfte

- 5** Weitere Ausnahmen von der Regel des § 345 enthalten die Normen, die ausdrücklich ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraussetzen, so daß beide Vertragsteile Kaufmann sein müssen und das Geschäft für sie ein Handelsgeschäft sein muß. Das gilt für die §§ 353, 369–372, 377 u. 379, 391. Auch § 346 über den Handelsbrauch gilt nach seinem Wortlaut nur zwischen Kaufleuten; gewisse Erweiterungen der Anwendbarkeit sind aber möglich, und zwar dann, wenn der Handelsbrauch zugleich allgemeine Verkehrssitte (§ 157 BGB) geworden ist, der Privatmann sich dem Handelsbrauch unterwerfen wollte oder wenn die entsprechende Anwendbarkeit unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes geboten ist; s. auch § 346 Rdn. 9.

¹ *Raisch* JuS 1967, 535; *Großkomm/Brüggemann* Einl. Rdn. 49.

² *Großkomm/Brüggemann* Einl. Rdn 49; *Baumbach/Hopt* § 360 Rdn. 3.

§ 346

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

Schrifttum. *Basedow* Handelsbräuche und AGB-Gesetz, ZHR 150 (1986) 469–491; *K.P. Berger* Einbeziehung von AGB in B2B-Verträge, ZGS 2004, 415; *Graf von Bernstorff* „Dokumente gegen unwiderruflichen Zahlungsauftrag“ als Zahlungsform im Außenhandel, RIW 1985, 14; *Böckstiegel* Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im internationalen Wirtschaftsverkehr, RIW 1984, 1; *Böshagen* Gutachten der Industrie- und Handelskammern über das Bestehen von Handelsbräuchen, NJW 1956, 695; *Bredow/B. Seiffert* Incoterms 2000 – Kommentar und deutsch/englischer Text ICC-Incoterms 2000; *Canaris* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Deckert* Das kaufmännische und berufliche Bestätigungsschreiben, JuS 1998, 121; *Diederichsen* Der Vertragsschluß durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, JuS 1966, 129; *Drobnig* Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, FS F.A. Mann, 1977, 591; v. *Dücker* Das kaufmännische Bestätigungsschreiben in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, BB 1996, 3; *Ebenroth* Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr, ZVglR-Wiss 1978, 161; *Eisemann* Die Incoterms. Einführung und Kommentar, 1981; *Gallois* Die wachsende Bedeutung der Verkehrssitte und ihre Einwirkung auf nachgiebiges Recht, JR 1956, 409; *Gärtner* Zivilrechtlicher Verbraucherschutz und Handelsrecht, BB 1991, 1753; *Gesang* Force Majeure und ähnliche Entlastungsgründe im Rahmen der Lieferverträge von Gattungsware, 1980; *Goette* Zivilrechtlicher Verbraucherschutz und Handelsrecht, DStR 1994, 661; *Götz* Zum Schweigen im Rechtsverkehr, 1968; *Gummert* BGH-Schweigen auf das kaufmännische Bestätigungsschreiben, WiB 1994, 319; *Hermann*, International Trade Terms – Standard Terms for Contracts for the International Sale of Goods, London/Boston, 1993; v. *Hoffmann* Zur Auslegung von Formularbedingungen des internationalen Handelsverkehrs, AWD 1970, 252; *Hohmeister/Küper* Die Bedeutung des Schweigens im Handelsverkehr, BuW 1997, 702; *Honnold* Uniform Law for International Sales³, 1999; *Honsell* Auslegung einer ca-Klausel in Liefervereinbarungen des Stahlhandels, EWiR 1991, 385; *Horn* Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, 1985; *Horn/Fontaine/Maskow/Schmitthoff* Die Anpassung langfristiger Verträge. Vertragsklauseln und Schiedspraxis, 1984; *Horn/Schmitthoff* (Hrsg.), The Transnational Law of International Commercial Transactions, 1982; *Kramer* (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 1985; *Kröll/Hennecke* Das kaufmännische Bestätigungsschreiben beim internationalen Warenkauf, RabelsZ 2003, 448; *Kuchinke* Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens, JZ 1965, 167; *Lebuhn* Zur Bedeutung der Klausel „c.o.d.“, IPRax 1986, 19; *Lehr* Die neuen Incoterms 2000, VersR 2000, 548; *Liesecke* Die typischen Klauseln des internationalen Handelsverkehrs in der neueren Praxis, WM-Beil. 3/1978; *Limbach* Die Feststellung von Handelsbräuchen, FS Hirsch, 1968; *Lindacher* Zur Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, WM 1981, 702; *ders.* Die Bedeutung der Klausel „Angebot freibleibend“, DB 1992, 1813; *Lüderitz* Die Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966; *Müller-Graff* Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, 1974; *Oertmann* Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914 (Nachdruck 1971); *Pfeiffer* (Hrsg.), Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999; *Pflug* Schecksperrung und Handelsbrauch, ZHR 135 (1971), 1; *Piltz* Incoterms 2000 – Ein Praxisüberblick, RIW 2000, 485; *Raisch* Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965, S. 249; *J. Ramberg* ICC-Guide to Incoterms 2000 (ICC-Publication Nr. 620), 1999; *Reithmann/Martiny* Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004; *Salger* Der Selbstbelieferungsvorbehalt, WM 1985, 625; *Schmitthoff* International Trade Usages (ed. ICC, Publ. Nr. 440/4), 1987; *Schneider* Incoterms 1990, RIW 1991, 91; *Schüssler* Die Incoterms – Internationale Regeln für die Auslegung der handelsüblichen Vertragsformeln, DB 1986, 1161; *Schütze* Praktizierte Lieferbedingungen im internationalen Geschäftsverkehr, DZWIR 1992, 89; *Sonnenberger* Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970; *Straatmann/Ulmer* Handelsrechtliche Schiedsgerichtspraxis, Bd. I, 1975, Bd. II, bearb. v. *Timmermann* 1982; *Thamm* Der Inhalt einer „circa“-Klausel, DB 1982, 417; *Thamm/Detzer* Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, DB 1997, 213; *VDMA* (Hrsg.), Preisgleitklauseln im Maschinenbau und ihre Ausgestaltung, Sonderveröff. Nr. 1/1973; *ders.* Preisvorbehaltsklauseln in rechtlicher Sicht, Sonder-

veröff. Nr. 2/1971; *Wagner* Zur Feststellung eines Handelsbrauchs, NJW 1969, 1282 ff; *Walchshöfer* Das abweichende kaufmännische Bestätigungsschreiben, BB 1975, 719; *Wertenbruch* Die Incoterms – Vertragsklauseln für den internationalen Kauf, ZGS 2005, 136; *Weynen* Zur Frage der Feststellung von Handelsbräuchen, NJW 1954, 628; *Wörten/Metzler-Müller* Handelsklauseln im nationalen und internationalen Warenverkehr, 1996.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Begriff und Geltung	1	2. Nicht empfangsbedürftige Annahmeerklärung gem. § 151 BGB	38
1. Begriff	1	3. Einzelfälle der Zustimmung durch	
2. Geltungsweise	2	Schweigen	39
a) Transformationswirkung des § 346	2	a) Die relevanten Umstände	39
b) Auslegungshilfe	3	b) Bestehender Vertrag; Vertragsänderung	40
c) Rechtsfolgenbestimmung	4	c) Ständige Geschäftsbeziehung	41
d) Automatische Geltung	5	d) Vertragsverhandlungen	42
e) Sonstige Anwendungsvoraussetzungen	6	e) Schweigen auf Vertragsangebot	43
f) Verhältnis zum Gesetz	7	f) Schweigen auf Antwortangebot	44
3. Persönlicher Anwendungsbereich	8	g) Entgegennahme von Waren	45
a) Kaufleute	8	h) Auftragsbestätigung	46
b) Nichtkaufmann	9	i) Schweigen auf eine Rechnung	47
4. Räumlich-sachlicher Anwendungsbereich	10	j) Sonstige Klarstellung	48
a) Grundsatz	10	4. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	49
b) Lokaler Handelsbrauch	11	a) Begriff und Funktion	49
c) Ausländischer Handelsbrauch	13	b) Sachliche Voraussetzungen	50
d) Internationaler Handelsbrauch	14	aa) Vertragsverhandlungen; Unverzüglichkeit	50
5. Abgrenzungen	15	bb) Festlegungswille	51
a) Handelsgewohnheitsrecht	15	cc) Vollständigkeit	52
b) Anerkannte Rechtsgrundsätze	17	dd) Zugang	53
c) Usancen	18	c) Schweigen des Empfängers	54
d) Handelsübung	19	aa) Rechtzeitiger Widerspruch	54
e) Anschauungen des Handelsverkehrs	20	bb) Keine Pflicht zum Widerspruch	55
f) AGB	21	cc) Teilweiser Widerspruch	56
II. Entstehung und Feststellung	22	dd) Beweislast	57
1. Entstehungskriterien	22	ee) Erklärungsfiktion	58
a) Tatsächliche Übung	22	d) Rechtswirkungen des Bestätigungsschreibens	59
b) Anerkennung	23	aa) Wirkungsumfang	59
2. Normative Schranken der Geltung	24	bb) Grenzen der Wirkung	60
a) Gesetzes- oder treuwidriger Handelsbrauch?	24	cc) AGB-Bestätigungsschreiben	62
b) Handelsbrauch und AGB-Kontrolle	26	e) Wirkung gegenüber Nichtkaufleuten	63
3. Schriftliche Aufzeichnung von Handelsbrauch	27	aa) Als Empfänger	63
a) Allgemeines	27	bb) Als Absender	64
b) Aufzeichnung und Kartellrecht	28	5. Internationaler Verkehr	65
c) Aufzeichnungen internationalen Handelsbrauchs	29	IV. Handelsklauseln	67
4. Gerichtliche Feststellung	31	1. Begriff und Funktion; Auslegung	67
a) Feststellung und Beweislast	31	a) Begriff; Festlegung durch Handelsbrauch	67
b) Gutachten der Handelskammer	33	b) Auslegung	68
III. Die Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen	34	c) Schriftliche Aufzeichnung	69
1. Auslegung und Fiktion bei Verhalten und Schweigen	34	d) Trade Terms	70
a) Bewertung von Verhalten und Schweigen	34	e) Incoterms	72
b) Bedeutung des Schweigens	35	2. Wichtige Handelsklauseln (Alphabetische Übersicht)	73
c) Anfechtung des Schweigens	37	3. Trade Terms (1953)	135
		4. Incoterms (2000)	136

I. Begriff und Geltung

1. Begriff

Handelsbrauch, d.h. „die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“,¹ ist die **Verkehrssitte des Handelsverkehrs** (BGHZ 40, 332, 333 f.). Verkehrssitte ist eine den Verkehr der betreffenden Kreise beherrschende und allgemein anerkannte Übung.¹ Ebenso ist der Handelsbrauch eine allgemeine, andauernde, freiwillige Übung der beteiligten Handelskreise, die als verpflichtende Regel betrachtet wird.² Allerdings handelt es sich nur um die Vorstellung einer gesellschaftlichen Verbindlichkeit (soziale Norm). Nach anderer Ansicht ist dieses Kriterium entbehrlich; es komme nur darauf an, daß man in den betreffenden Verkehrskreisen mit der Einhaltung bestimmter Gewohnheiten rechne.³ Ein relevanter Unterschied zur Kennzeichnung als sozialer Norm (und in diesem Sinne als Verpflichtung) ist nicht erkennbar. Handelsbrauch ist ebenso wie Verkehrssitte nicht Rechtsnorm.⁴ Handelsbrauch ist eine Tatsache, die vom Gericht festzustellen ist; unten Rdn. 31–33.

2. Geltungsweise

a) **Transformationswirkung des § 346.** Nach § 346 dient Handelsbrauch (a) zur Ermittlung der „Bedeutung von Handlungen etc.“, also als **Auslegungshilfe** für Willenserklärungen und sonstiges Verhalten von Kaufleuten im Handelsverkehr und (b) zur Ermittlung der „Wirkung von Handlungen etc.“, also zur **Rechtsfolgenbestimmung** solcher Erklärungen und Handlungen von Kaufleuten.⁵ Beide Funktionen des Handelsbrauchs sind zwar begrifflich zu trennen, gehen aber praktisch ineinander über. Durch § 346 erhält der Handelsbrauch indirekt eine **normative Qualität**.⁶ Das Grundproblem, wie aus einer Übung i.S. einer tatsächlich befolgten Regel eine Norm werden kann,⁷ wird durch das Gesetz in § 346 beantwortet.

Beispiele für diese Transformationswirkung des § 346: Wird als Handelsbrauch festgestellt, daß ein Kaufmann, der sich als Verkäufer Selbstbelieferung vorbehält, regelmäßig einen kongruenten Deckungskauf abschließt und dies auch nach Verkehrsanschauung tun soll, so folgt daraus gem. § 346 die einschränkende Auslegungsregel, daß eine Selbstbelieferungsklausel unter Kaufleuten auf den Fall des kongruenten Deckungskaufes beschränkt ist (BGHZ 92, 396, 398). – Wird als Handelsbrauch festgestellt, daß nach Verkehrsanschauung im Bundesgebiet oder in einer bestimmten Region der Veranstalter von Gruppenreisen von einer Hotelreservierung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vor Ankunft der Reisegruppe (zwei Monate) zurücktreten kann, ohne schadensersatzpflichtig zu werden, so kann gefolgert werden, daß der Hotelreservierungsvertrag auch ohne eine entsprechende Vertragsklausel das genannte

¹ RG JW 1938, 807; BGHZ 16, 71, 81; 40, 332, 333 f.; BGH NJW 1990, 1724; *Staudinger/Singer* BGB¹³, 2004, § 133 Rdn. 65.

² RGZ 110, 48; 118, 40; BGH NJW 1952, 257; WM 1984, 1000, 1002; NJW 1994, 659, 660; 2001, 2464, 2465; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 1; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 1.

³ *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 1; Großkomm/*Koller* § 346 Rdn. 8.

⁴ BGH LM Nr. 1 zu § 157 BGB (B); *Hübner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ge-

setzbuchs², 1996, Rdn. 42; *Staudinger/Singer* BGB¹³, § 133 Rdn. 66 a.E.; *Sonnenberger* S. 227 ff.

⁵ BGH BB 1973, 636; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 19 ff, 22 ff; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 1.

⁶ A.A. wohl *Staudinger/Coester* BGB¹³, 1998, § 9 AGBG Rdn. 110; *Canaris* HandelsR, § 24 I 3 u. V 1.

⁷ *Sonnenberger* S. 246; *Staudinger/Schlosser* BGB¹³, § 2 AGBG Rdn. 62 f.

kostenfreie Rücktrittsrecht zum Inhalt hat.⁸ – Besteht ein Handelsbrauch, daß Verrechnungsschecks unter Kaufleuten vom Empfänger nicht zahlungshalber weiterbegeben, sondern zum Inkasso eingereicht werden, so besteht eine erhöhte Sorgfaltspflicht zur Prüfung für den, der einen solchen weiterbegebenen Scheck, bei dem Schecknehmer und Scheckinhaber verschieden sind (disparischer Scheck), in Zahlung nimmt.⁹

- 3 b)** Als **Auslegungshilfe** bezieht sich der Handelsbrauch auf bestimmte, übliche Vereinbarungen, insbes. Klauseln und deren Abkürzung (z.B. cif, fob) und Fachausdrücke (zu Handelsklauseln unten IV Rdn. 67 ff) sowie auf bestimmte Verhaltensweisen des Kaufmanns, z.B. Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben (Rdn. 49 ff). Die Auslegung der Erklärung des Kaufmanns folgt grundsätzlich den allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB. Ausgangspunkt ist gem. § 133 BGB die Ermittlung des wirklichen Willens, soweit er erklärt ist; dabei sind auch die Erklärungsumstände zu berücksichtigen. Als weitere objektivierende Kriterien sind nach § 157 BGB die Maßstäbe von Treu und Glauben und die Verkehrssitte zu berücksichtigen. Die zu § 157 BGB entwickelten Grundsätze sind auch im Handelsverkehr anzuwenden. Dabei ist Handelsbrauch mit Vorrang vor der allgemeinen Verkehrssitte zu berücksichtigen. Im Unterschied zu den §§ 133, 157 BGB ist der Anwendungsbereich des § 346 insofern weiter, als sein Wortlaut sich nicht nur auf Verträge und andere Willenserklärungen, sondern auf alles Verhalten des Kaufmanns bezieht (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 23; s. auch unten Rdn. 34 ff). Dieser Unterschied ist aber nur graduell, weil die §§ 133, 157 BGB heute auch die Erklärung durch schlüssiges Verhalten erfassen (*Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, 2005, § 133 Rdn. 11). Nach allgemeinen Grundsätzen ist auch eine **ergänzende Auslegung** eines Vertrages nach Handelsbrauch zulässig.¹⁰ Darin liegt sogar eine wichtige Funktion von Handelsbrauch, die sich mit der Funktion der Rechtsfolgenbestimmung (Rdn. 4) berührt.
- 4 c)** Soweit der Handelsbrauch **Rechtsfolgen** von Erklärungen, insbes. von Verträgen, **bestimmt**, wird (anders als bei der Auslegung i.e.S.) kein direkter Anhaltspunkt im Wortlaut der Erklärung oder im Verhalten vorausgesetzt. Im Handelsverkehr können sich bestimmte Vorstellungen von Geschäftstypen und deren typischen Rechtsfolgen (*naturalia negotii*) herausbilden und zu Handelsbrauch verfestigen, z.B. daß der Verkäufer nach Handelsbrauch bei einer Vertragsverletzung durch den Käufer auch ohne Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten kann (BGH LM § 346 (B) HGB Nr. 7; jetzt z.T. in § 323 II BGB gelöst), daß der Holzmakler nicht für die Bonität der Partner des gemakelten Vertrages haftet (BGH BB 1986, 1395), daß der Reiseveranstalter im Reservierungsvertrag mit dem Hotelier ein Recht zum kostenfreien

⁸ Vgl. LG Hamburg NJW-RR 2004, 699: freies Rücktrittsrecht bis zwei Monate vor dem Reservierungsdatum wegen Handelsbrauchs im norddeutschen Raum. Das OLG Frankfurt/M., das in DB 1986, 1458 = EWiR 1986, 703 (*Schwerdtner*) noch ein freies Rücktrittsrecht bis 3 Wochen vor Ankunft angenommen hatte, hat wegen Änderung der herrschenden tatsächlichen Übung von seiner bisherigen Rspr. Abstand genommen und für das Fichtelgebirge ein Rücktrittsrecht vier Wochen vor der vorgesehenen Ankunft vereinigt (BGH NJW-RR 2001, 1498). S. auch

für Bayern OLG München NJW-RR 1990, 698: freies Rücktrittsrecht allenfalls bis zu einem früheren Zeitpunkt (4–6 Wochen vorher; insoweit offen lassend). Zu diesem Rücktrittsrecht unter Analyse der Interessenlage schon BGH NJW 1977, 386.

⁹ BGH WM 2000, 1744; zust. *Aepfelbach* WuB I D 3, Scheckverkehr 2.01 Bankrecht; krit. *Haertlein* EWiR 2000, 965. S. ferner BGH BB 1986, 1395 = EWiR 1986, 821 (*Schlösser*) betr. Tegernseer Gebräuche.

¹⁰ BGH NJW 1969, 1293; 1993, 1798; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 21.

Rücktritt bis drei Wochen, bei Sonderveranstaltungen bis vier Wochen vor Anreise hat.¹¹

d) Automatische Geltung. Die eindeutige Parteivereinbarung geht dem Handelsbrauch vor; dieser greift nur ein, wenn die Vereinbarungen unklar oder lückenhaft sind. Dann aber gilt er auch **ohne** ausdrückliche oder stillschweigende **Bezugnahme** oder Vereinbarung (RGZ 95, 243, dies im Unterschied zu AGB; s. auch Vorbem. § 343 Rdn. 51 ff). Eine **Kenntnis** des Handelsbrauchs durch den einzelnen Kaufmann im Einzelfall ist **nicht erforderlich**, ebensowenig ein Wille zur Unterwerfung.¹² Daher gilt der Handelsbrauch auch gegen den Neuling am Platz (BGH BB 1973, 635; s. auch i.F. Rdn. 11, 13). Eine **Anfechtung** der eigenen Erklärung bei Unkenntnis des Handelsbrauchs wegen Erklärungsirrtums ist grundsätzlich nicht möglich. Anders dann, wenn die Geltung des Handelsbrauchs auf einem besonderen Willenselement beruht, nämlich wenn die Parteien einen auswärtigen Handelsbrauch gelten lassen wollen (Rdn. 11 ff) oder wenn Nichtkaufleute sich einem Handelsbrauch unterwerfen (Rdn. 9); str.¹³

e) Sonstige Anwendungsvoraussetzungen. Die Berücksichtigung von Handelsbrauch „unter Kaufleuten“ setzt voraus, daß zur Zeit der relevanten Willensäußerung oder des sonstigen Verhaltens bereits eine Beziehung zwischen den Parteien besteht, nicht notwendig ein Vertrag, aber doch Vertragsverhandlungen, und nicht nur Beziehungen zu Dritten.¹⁴ Die Anwendung von Handelsbrauch kann durch die Parteien ausdrücklich oder konkludent ausgeschlossen sein oder dadurch, daß sie in ihren Vereinbarungen oder Verhandlungen eindeutig eine andere Regelung vorgesehen haben.¹⁵ Handelsbrauch als Auslegungsmaßstab schließt nicht andere, vorrangige Auslegungspunkte aus, die sich aus Erklärungen und Verhalten der Parteien oder aus sonstigen Umständen ergeben. Im Einzelfall kann schließlich die Berufung auf einen an sich geltenden Handelsbrauch nach den allgemeinen Grundsätzen über den Rechtsmißbrauch unzulässig sein; BGHZ 92, 396, 403 = NJW 1985, 738 (Selbstbelieferungsklausel).

f) Verhältnis zum Gesetz. Handelsbrauch wird nicht anerkannt, soweit er zwingendem Recht widerspricht.¹⁶ Eine Übung, die nur auf einer widerrechtlichen Kartellabrede beruht, kann nicht Handelsbrauch werden, z.B. die Abrede der IATA-Mitglieder, nicht angeschlossenen Reisebüros keine Provision zu zahlen (BGHZ 62, 71, 82). Dagegen ist Handelsbrauch **vorrangig vor dispositivem Recht** zu berücksichtigen, weil er gem. § 346 vor diesem der Auslegung und Ergänzung der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien dient.¹⁷ Allerdings kann dispositives Recht zum Inhalts-

¹¹ OLG Frankfurt DB 1986, 1458, zweifelhaft; a.A. OLG München NJW-RR 1990, 698; s. auch Fn. 8.

¹² RG JW 1926, 1325; 1927, 764; BGH GRUR 1957, 86; BB 1973, 635; WM 2000, 1744; ZIP 2003, 2211 f; hierzu *Theis* EWiR 2004, 327 f; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 31; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 8.

¹³ Differenzierend auch *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 32; *Canaris* Vertrauenshaftung, S. 227; für Anfechtbarkeit RG JW 1926, 1325; 1927, 764; grundsätzlich verneinend *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 9.

¹⁴ OLG Düsseldorf BB 1962, 577; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 25.

¹⁵ BGHZ 6, 127, 135; RGZ 114, 12; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 37.

¹⁶ BGHZ 99, 321, 326; RGZ 103, 147; 112, 321; *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 13; *MünchKommzHGB/K. Schmidt* § 346 Rdn. 37; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 39.

¹⁷ BGH LM § 346 (B) HGB Nr. 4, 7; RGZ 112, 151; *MünchKommzHGB/K. Schmidt* § 346 Rdn. 38; *Sonnenberger* S. 120, 139 ff; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 39.

maßstab für Handelsbrauch werden und dann seiner Anerkennung entgegenstehen (Rdn. 25). Nach dem Haager Kaufrecht von 1964 hatte ein für die Parteien geltender Handelsbrauch Vorrang vor den Bestimmungen des Kaufgesetzes (Art. 9 und 11 EKG; Einzellh. *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 41–49). Nach dem UN-Kaufrecht sind Handelsbräuche bei der Auslegung der Parteierklärungen zu berücksichtigen, ohne daß ein solcher Vorrang *ausdrücklich* angeordnet wäre (Art. 9). Die international ganz überwiegende Meinung geht auch hier von einem Vorrang der Handelsbräuche aus.¹⁸

3. Persönlicher Anwendungsbereich

- 8 a) Zu berücksichtigen ist der Handelsbrauch nach dem Gesetzeswortlaut nur **unter Kaufleuten**. Im Regelfall vorausgesetzt wird also auf beiden Seiten die Kaufmannseigenschaft, und zwar im gleichen Sinn wie bei §§ 343, 344; s. oben Vorbem. § 343 Rdn. 6 ff. Der nicht eingetragene Scheinkaufmann kann sich auf Handelsbrauch nicht berufen, sofern nicht eine ausdrückliche Abrede vorliegt, muß aber Handelsbrauch gegen sich gelten lassen (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 27). Es muß ein **beiderseitiges Handelsgeschäft** vorliegen.¹⁹
- 9 b) Ausnahmsweise ist auch der **Nichtkaufmann** an Handelsbrauch gebunden, und zwar erstens, wenn dieser zugleich eine allgemeine Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB) darstellt.²⁰ Es kommt nicht ganz selten vor, daß sich ein Handelsbrauch zur allgemeinen Verkehrssitte fortentwickelt. Dies gilt etwa für die Bedeutung des Schweigens auf Bestätigungsschreiben für nichtkaufmännische, aber geschäftserfahrene Teilnehmer am geschäftlichen Rechtsverkehr, z.B. Rechtsanwälte und andere Freiberufler.²¹ Auch sonst kann ein Handelsbrauch für und gegen den Nichtkaufmann dann gelten, wenn dieser am Handelsverkehr teilnimmt, ein Geschäft in handeltypischer Weise abschließt und dabei den Eindruck erweckt, sich auch dem Handelsbrauch zu unterwerfen. Regelmäßige Voraussetzung für diese Geltung ist allerdings die Kenntnis des Handelsbrauchs durch den Nichtkaufmann.²² Das RG hat ausnahmsweise die Geltung für den Nichtkaufmann auch bei Nichtkenntnis angenommen (RG JW 1927, 764); Voraussetzung dafür ist, daß der Nichtkaufmann sich auch einem ihm unbekanntem Handelsbrauch unterwerfen wollte (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 29) oder durch die Art seiner Teilnahme am Geschäftsverkehr diesen Eindruck erweckte. Dem ist zuzustimmen.

4. Räumlich-sachlicher Anwendungsbereich

- 10 a) **Räumlich-sachlicher Bereich (Grundsatz)**. Handelsbrauch gilt stets in bezug auf einen bestehenden Handelsverkehr und die daran beteiligten Verkehrskreise. Er kann daher einen räumlich und sachlich sehr unterschiedlichen Geltungsbereich haben, sich örtlich sowohl auf das ganze Bundesgebiet beziehen als auch auf einzelne

¹⁸ *Honhold* Art. 9 Rdnr. 122; *Staudinger/Magnus* BGB¹³, 2005, CISG, Art. 9 Rdn. 2; *Kröll/Henmecke* *RabelsZ* 2003, 448 ff, 465 ff.

¹⁹ RGZ 49, 161; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 26.

²⁰ RG HRR 1929, Nr. 1990; RG WarnR 1930 Nr. 134; RGZ 49, 161; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 28; *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 24.

²¹ BGHZ 40, 42, 44; BGH WM 1975, 831; OLG Hamm VersR 2001, 1240; s. unten Rdn. 49 ff.

²² RG JW 1914, 673 f; BGH NJW 1952, 257 (betr. ein Geschäft in der Filmbranche); BGH BB 1970, 151 (betr. Geschäft des Güterkraftverkehrs; Verjährung der Frachtnachforderung).

Regionen, Städte (z.B. Hamburger Usancen), Börsen oder Märkte; zu lokalem und überlokalem Börsen- und Kapitalmarkthandelsbrauch („Verkehrsanschauungen“) BGHZ 28, 259, 264 f (Harpen-Bonds); zur (negativen) Feststellung eines regionalen Handelsbrauchs OLG München NJW-RR 1990, 698 f (betr. Reiseveranstalter in Bayern). Sachlich kann der Handelsbrauch für den ganzen Handelsverkehr gelten oder nur für eine bestimmte Branche oder einen Geschäftstyp.²³

b) Ein regionaler oder lokaler Handelsbrauch gilt im Grundsatz, wenn der örtliche Schwerpunkt des Vertrages in der Region oder an dem Ort liegt.²⁴ Der örtliche Schwerpunkt des Vertrages ist aus den Umständen des Geschäfts zu ermitteln.²⁵ Der Ort der Vornahme der Handlung oder Unterlassung gibt einen Anhaltspunkt; er ist aber allein nicht ausschlaggebend.²⁶ Nur ein Anhaltspunkt ist der Abschlussort. Er hat besondere Bedeutung bei Abschluß auf Messen und Märkten; hier erwartet der Verkehr, daß sich die Parteien dem örtlichen Handelsbrauch unterwerfen.²⁷ Anders im Zweifel bei Abschluß zwischen zwei auswärtigen Kaufleuten, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß diese von einem anderen gemeinsamen (heimatlichen oder internationalen) Handelsbrauch ausgehen.

Der regionale oder lokale Handelsbrauch gilt jedenfalls für die Parteien dann, wenn beide Kaufleute ihren Sitz in der betreffenden Region oder an dem betreffenden Ort haben.²⁸ Auf die Kenntnis des Handelsbrauchs durch die ortsansässigen Kaufleute kommt es dabei nicht an.²⁹ Aber auch auswärtige und ausländische Kaufleute können dem (für sie fremden) lokalen oder regionalen Handelsbrauch unterworfen sein, wenn die genannten objektiven Bezugspunkte des Geschäfts zu der Region oder dem Ort bestehen. Dies gilt nicht nur dann, wenn sie ausdrücklich diesen Handelsbrauch vereinbaren,³⁰ sondern jedenfalls auch dann, wenn der auswärtige Geschäftspartner den Handelsbrauch kannte oder auch wenn er (ohne genaue Kenntnis des Inhalts) mit dem Bestehen eines Handelsbrauchs gerechnet hat.³¹ Darüber hinaus kann der Handelsbrauch auch dann Geltung beanspruchen, wenn die auswärtige Vertragspartei mit dem Bestehen des Handelsbrauchs rechnen mußte und nach ihrem Verhalten den Eindruck erweckte, sich diesem Handelsbrauch unterwerfen zu wollen.³² Dies ist insbes. dann der Fall, wenn die objektiven Umstände (z.B. Vertragsschluß auf einer Messe) auf einen bestimmten Handelsbrauch hinweisen.³³ – Für die Ausgestaltung der Erfüllungspflicht gilt im Zweifel der Handelsbrauch am Erfüllungsort.³⁴

²³ Großkomm/Koller § 346 Rdn. 28 ff; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 33 f; vgl. auch den Fall OLG München NJW-RR 1990, 698.

²⁴ BGH LM § 346 (B) HGB Nr. 7; BB 1976, 480; NJW 1983, 1267, 1269; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 33; Großkomm/Koller § 346 Rdn. 33.

²⁵ BGH BB 1973, 635 f; Großkomm/Koller § 346 Rdn. 33.

²⁶ BGH LM § 157 (N) BGB Nr. 1; LM § 346 (B) HGB Nr. 7.

²⁷ RG JW 1922, 706; 1928, 3109; Großkomm/Koller § 346 Rdn. 33.

²⁸ RG JW 1928, 3109; BGH NJW 1983, 1267, 1269; OLG Hamburg MDR 1997, 810, 811; Großkomm/Koller § 346 Rdn. 30.

²⁹ RGZ 95, 242, 243; BGH NJW 1983, 1267, 1269; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 33; *Roth* in *Koller/Roth/Morck* § 346 Rdn. 8, 11; Großkomm/Koller § 346 Rdn. 30.

³⁰ So aber OLG Hamburg RIW 1982, 283.

³¹ RGZ 53, 59, 62; RG JW 1928, 3109; RG JW 1922, 706.

³² RG JW 1922, 706, 707; BGH BB 1973, 635, 636; NJW 1983, 1267, 1269; OGHZ 4, 247, 249.

³³ BGH BB 1973, 635, 636; NJW 1983, 1267, 1269; *Canaris* HandelsR, § 24 VI 1; *Roth* in *Koller/Roth/Morck* § 346 Rdn. 8; *Röbriecht/Graf v. Westphalen/Wagner* § 346 Rdn. 21.

³⁴ BGH WM 1973, 382; 1980, 1122; einschränkend noch ROHG 6, 78; anders für ausländischen Handelsbrauch BGH WM 1984, 1003.

- 12** Der gemeinsame engere (lokale) Handelsbrauch geht dem überörtlichen Handelsbrauch im Zweifel vor; so für die lokale Verkehrssitte BGH WM 1978, 491. Bei verschiedenen lokalen Handelsbräuchen geht mangels besonderer Unterwerfung unter einen von ihnen der überörtliche vor.³⁵ Ein örtlicher Handelsbrauch kann überörtliche Geltung erlangen. Beispiel: Die „Tegernseer Gebräuche“ (Neufassung 1985), die im Holzhandel allgemein Anerkennung finden.³⁶
- 13** c) Bei **ausländischem Handelsbrauch** kann nicht ohne weiteres die Bereitschaft des deutschen Kaufmanns, sich ihm zu unterwerfen, angenommen werden. Hier ist vielmehr entweder eine deutliche Willensbekundung im Einzelfall zu fordern oder (ohne dieses Willensmoment) die Zugehörigkeit des deutschen Kaufmanns zu Verkehrskreisen, die gewöhnlich den betreffenden ausländischen Handelsbrauch akzeptieren; ähnl. BGH WM 1984, 1003. Umgekehrt muß auch beim **ausländischen Kaufmann** die Bereitschaft erkennbar sein, sich dem ihm unbekanntem, ggf. lokalen deutschen Handelsbrauch zu unterwerfen.³⁷ Mangels anderer Vereinbarungen muß ferner sowohl der deutsche wie der ausländische Kaufmann damit rechnen, daß sein Vertragspartner sich hinsichtlich der Art und Weise der Erfüllung nach seinem örtlichen Handelsbrauch richtet (RG JW 1928, 3109). Vorrangig gilt (gemeinsamer) internationaler Handelsbrauch (i.F. Rdn. 14). Der im Inland tätige Ausländer muß mit deutschem, auch örtlichem Handelsbrauch rechnen (OLG Königsberg IPRspr. 1929 Nr. 52) wie umgekehrt der deutsche Kaufmann im Ausland.
- 14** d) **Internationaler Handelsbrauch** ist dadurch gekennzeichnet, daß er zumindest in mehr als einem nationalen Rechtsgebiet gilt. Seine Bedeutung ist mit dem Anwachsen des Welthandels ständig gestiegen. Er kann weltweit gelten, so z.B. bestimmte Grundsätze des Akkreditivgeschäfts,³⁸ oder regional begrenzt sein. Zu unterscheiden ist wiederum nach Branchen und Geschäftsarten. Ein den Parteien gemeinsamer internationaler Handelsbrauch hat im Zweifel Vorrang vor nationalem Handelsbrauch; vgl. auch Art. 9 UN-Einheitskaufrecht. Diese Auffassung ist bis heute international im Vordringen ebenso wie ein Konsens über die Kriterien internationalen Handelsbrauchs.³⁹ Die Anwendung internationalen Handelsbrauchs ist nicht von den strengen Voraussetzungen der Unterwerfung unter ausländischen Handelsbrauch abhängig (BGH WM 1984, 1003). Zu beachten ist, daß eine international gebräuchliche Handelsklausel (dazu unten Rdn. 67 ff) zwar möglichst eine international einheitliche Auslegung erfahren soll, tatsächlich aber oft in den einzelnen Ländern unterschiedlich ausgelegt wird. Für die Auslegung ist das Vertragsstatut maßgeblich (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 36). Soweit es an einer international einheitlichen Auslegung fehlt, kommen die erhöhten Anforderungen an die Unterwerfung unter ausländischen Handelsbrauch zum Zuge.

³⁵ BGHZ 28, 259, 264 (betr. Wertpapier, das an mehreren Börsenplätzen gehandelt wird); vgl. auch BGH WM 1984, 1003.

³⁶ BGH BB 1986, 1395; LG Köln BB 1988, 1139; zur Geltung auch für Nichtkaufleute OLG Koblenz NJW-RR 1988, 1306; zur Geltung auch in den neuen Bundesländern OLG Jena NJ 2003, 436.

³⁷ ROHG 12, 287; RG JW 1928, 3109; OLG Hamburg RIW 1982, 283.

³⁸ Zu den Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumentenakkreditive (ERA) s. Anh. § 372 Rdn. VI/109; zur Frage, ob die ERA auch ohne Einbeziehung Vertragsinhalt als Handelsbrauch werden, BGH AWD 1958, 57, 58; WM 1984, 1443 (offenlassend).

³⁹ Allg. Horn in *Horn/Schmütthoff* Transnational Law, S. 15 ff; *Schmütthoff* International Trade Usages.

5. Abgrenzungen

a) **Handelsgewohnheitsrecht** besteht aus ungeschriebenen Verhaltensnormen, die von den betreffenden Verkehrskreisen in der Überzeugung ihrer Rechtsgeltung allgemein seit längerem tatsächlich befolgt werden.⁴⁰ Vorausgesetzt ist also eine allgemeine tatsächliche Befolgung, und zwar regelmäßig (nicht immer) über einen längeren Zeitraum hinweg. Der Unterschied zu Handelsbrauch und Verkehrssitte liegt in der Überzeugung von der Rechtsqualität der befolgten Normen (*opinio iuris*).⁴¹ Handelsgewohnheitsrecht kann als zwingendes oder dispositives Recht gelten. Zwingendes Recht ist denkbar etwa, soweit es sich um Ausprägungen des § 138 BGB handelt; im übrigen liegt im Bereich der Parteiautonomie im Zweifel nur dispositives Recht vor. Beispiel: die Regeln über die Bedeutung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben (Rdn. 49 ff).

Da Handelsbrauch gem. § 346 eine ähnliche Wirkung wie dispositives Recht entfaltet, hat *L. Raiser* Handelsbrauch und dispositives Handelsgewohnheitsrecht gleichgesetzt.⁴² Es bleiben aber Unterschiede in Voraussetzungen und Wirkungen. Handelsgewohnheitsrecht setzt die Überzeugung der Rechtsgeltung voraus, Handelsbrauch bloß die Billigung als das im Handelsverkehr Übliche. Er hat weder begrifflich Rechtsqualität noch braucht er diese zu seiner Geltung, die durch § 346 vermittelt wird (vgl. oben Rdn. 2). Andererseits führt diese Wirkung dazu, daß der Handelsbrauch regelmäßig Vorrang vor dispositivem Recht hat (vgl. oben Rdn. 7). Dieser Vorrang kann freilich nicht im Verhältnis zu dispositivem Handelsgewohnheitsrecht gelten; hier verschwimmen die Unterschiede hinsichtlich der Rechtsgeltung. Handelsbrauch kann Vorstufe für Handelsgewohnheitsrecht sein. Ein Beispiel für solches Handelsgewohnheitsrecht ist heute der Satz, daß Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben als Zustimmung gilt (Rdn. 49 ff).

b) International **allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze**, die sich auf den Handel oder andere Gebiete des allgemeinen Rechtsverkehrs beziehen können (insbes. allgemeines Vertragsrecht), sind ihrer Normqualität nach entweder Verkehrsanschauung (Handelsbrauch) oder (zwingendes oder meist dispositives) Gewohnheitsrecht. Sie können zur Vertragsauslegung, auch ergänzenden Auslegung, und zur Bestimmung der Rechtswirkungen von Verträgen herangezogen werden, insbes., wenn in Verträgen oder Schiedsklauseln auf sie verwiesen ist. Sie sind aus der Vertrags- und Schiedspraxis des internationalen Handelsverkehrs und (nachrangig) durch rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechte, die auf diesen Handelsverkehr Einfluß haben, zu ermitteln; vgl. auch allg. Einl. I vor § 1 Rdn. 14.

c) Der Begriff **Usance** wird z.T. gleichbedeutend mit Handelsbrauch verwendet (BGH NJW 1952, 257). Daneben besteht die davon verschiedene Wortbedeutung, daß damit Vertragsbedingungen, die für die Geschäfte einer Börse oder eines Marktes gelten sollen und veröffentlicht sind, bezeichnet werden. Usancen im letzteren Sinn sind AGB und im Zweifel nicht zugleich Handelsbrauch; letzteres ist aber nicht ausgeschlossen (s. Rdn. 21).

⁴⁰ BGH NJW 1958, 709; *Sonnenberger* S. 257; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 2; *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 16; *K. Schmidt* HandelsR⁵, 1999, § 1 III 2.

⁴¹ BGHZ 22, 317, 328; BGH NJW 1958, 709;

Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rdn. 2; *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 16.

⁴² *Recht der AGB*, 1935, S. 82, 86; krit. *Pflug* ZHR 135 (1971), 15, 31.

- 19** d) **Handelsübung**, z.T. gleichbedeutend mit Usancen in der zweiten Bedeutung verwendet, bedeutet ein tatsächlich gleichförmiges Verhalten der Verkehrsbeteiligten, ohne daß damit ein Geltungswille verbunden ist.⁴³ Eine z.T. abweichende und weitergehende Bedeutung i.S. der Verbrauchererwartung hatte der Begriff der Handelsüblichkeit im Zugaberecht (BGH NJW-RR 1991, 1191), das nach Aufhebung der ZugabeVO (2001) heute nur noch geringere Bedeutung hat (*Emmerich Unlauterer Wettbewerb*⁶ 2002, § 13.1). Ähnlich wird die Lauterkeit der Werbung nach § 5 UWG (i.d.F. v. 3.7.2004, BGBI. I, 1414) beurteilt (vgl. BGH MDR 2000, 408 „EG-Neuwagen“ zu § 3 UWG a.F.).
- 20** e) **Anschauungen des Handelsverkehrs** geben in den betreffenden Verkehrskreisen herrschende Vorstellungen über ein vernünftiges Verhalten des Kaufmanns an, ohne daß es sich unbedingt um eine tatsächliche Übung zu handeln braucht. Dazu gehören auch Erfahrungssätze des Handelsverkehrs. Beides kann von Bedeutung sein für die Konkretisierung des Maßstabes der Sorgfalt, die der Kaufmann gem. § 347 zu beachten hat, ebenso bei der Beurteilung der Lauterkeit im Wettbewerb gem. §§ 3–7 UWG (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 4 zu § 1 UWG a.F.). Ferner können sie (in der Wirkung insofern ähnlich wie Handelsbrauch) bei der Auslegung von Willenserklärungen herangezogen werden.⁴⁴ Der Ausdruck Verkehrsanschauung wird z.T. gleichbedeutend mit Handelsbrauch verwendet.⁴⁵
- 21** f) **AGB** sind nicht Handelsbrauch und gelten daher nur kraft Einbeziehung⁴⁶ in den Vertrag gem. § 305 II, III BGB; gegenüber Kaufleuten (Unternehmern) müssen gem. § 310 I 1 BGB die Anforderungen des § 305 II, III BGB hinsichtlich der Einbeziehung nicht eingehalten werden (Vorbem. § 343 Rdn. 51). Ferner kann Handelsbrauch die **Einbeziehung** bestimmter, branchenüblicher AGB (AGB-Banken, ADSp.) ersetzen (Vorbem. § 343 Rdn. 54). Bei der **Inhaltskontrolle** von AGB im Handelsverkehr ist gem. § 310 I 2, 2. Hs. BGB auf **Handelsbrauch** angemessen Rücksicht zu nehmen (Vorbem. § 343 Rdn. 60).

AGB können bestehenden Handelsbrauch wiedergeben oder selbst zu **Handelsbrauch werden**.⁴⁷ Der Umstand, daß eine bestimmte Regelung meist ausdrücklich in den Verträgen der betr. Verkehrskreise geregelt ist, schließt nicht aus, daß es sich zugleich um Handelsbrauch handelt (BGH WM 1994, 601).

II. Entstehung und Feststellung

1. Die Entstehungskriterien

- 22** a) Die für die Entstehung von Handelsbrauch vorausgesetzte **tatsächliche Übung** ist ein tatsächlich in den betreffenden Handelskreisen beobachtetes Verhalten, z.B. bestimmte Erklärungen, ein Tun oder Unterlassen, das von geschäftlicher (und nicht

⁴³ BGH WM 1980, 1122, 1123 = BB 1980, 1552; BB 1984, 1191; Großkomm/*Koller* § 346 Rdn. 18.

⁴⁴ RGZ 83, 186; 97, 143; 106, 305; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 4.

⁴⁵ BGHZ 28, 264 f betr. Kapitalmarkt (Harpen-Bonds).

⁴⁶ Vgl. auch *K.P. Berger ZGS* 2004, 415 ff zu

AGB im nationalen und internationalen Geschäftsverkehr.

⁴⁷ BGH VersR 1966, 180, 181; WM 1980, 1122, 1123; BB 1986, 1395 (Tegernseer Gebräuche); NJW 1994, 659, 660; Großkomm/*Koller* § 346 Rdn. 21; MünchKommzHGB/*K. Schmidt* § 346 Rdn. 52, s. auch Rdn. 27 f.

rein sozialer) Bedeutung ist und in den betreffenden (engeren oder weiteren) Kreisen gleichmäßig und einheitlich befolgt wird.⁴⁸ Die Übung muß freiwillig sein, d.h. sie darf nicht auf gesetzlicher oder behördlicher Anordnung beruhen. Sie muß über eine gewisse Dauer und mit Beständigkeit beobachtet sein.⁴⁹ Eine kürzere Zeitdauer tatsächlicher Übung genügt, wenn sich der Brauch innerhalb einer umfangreichen Geschäftstätigkeit zeigt und zahlreiche Geschäfte erfaßt.⁵⁰ Daher können international allgemein gebräuchliche Klauseln oder Klauselwerke auch in relativ kurzer Zeit nach ihrer Veröffentlichung bei allgemeiner Akzeptanz relativ rasch zu Handelsbrauch werden; so die Incoterms 2000 oder die ERA Revision 1993 der Internationalen Handelskammer. Allerdings ist bei Klauselwerken wie den ERA eine pauschale Qualifizierung als Handelsbrauch (oder die stillschweigende Einbeziehung kraft Handelsbrauchs) meist nicht möglich. Denn es ist hier immer auch mit Klauseln zu rechnen, die durch einseitige Interessendurchsetzung bestimmt und nicht durch andere Klauseln kompensiert sind, so daß ihre allgemeine Akzeptanz zweifelhaft bleibt (s. auch Anh. § 372 Rdn. VI/25). Eine kürzere Entstehungsdauer von Handelsbrauch kann auch dann angenommen werden, wenn schwerwiegende wirtschaftliche Umwälzungen durch Krieg oder Krisen zu einer raschen oder durchgängigen Veränderung der Verkehrsanschauungen und Verhaltensweisen führen (Großkomm/Koller § 346 Rdn. 7). Bei seltenen Geschäften ist bereits eine auf wenige Fälle gestützte Praxis geeignet, einen Handelsbrauch zu begründen (BGH LM § 346 (B) HGB Nr. 4).

Alle genannten objektiven Kriterien des Handelsbrauchs müssen jeweils nur für den sachlichen und räumlichen Bereich (Branche, Region) vorliegen, für die der Handelsbrauch festgestellt werden soll.

b) Hinzutreten muß in subjektiver Hinsicht die allgemeine Überzeugung der Angehörigen der betreffenden Verkehrskreise, die den Handelsbrauch **als Regel anerkennen** und billigt.⁵¹ Eine Vorstellung der Beteiligten, daß es sich um geltendes Recht handele, ist nicht vorausgesetzt;⁵² anders bei Gewohnheitsrecht (oben Rdn. 15). Der einzelne Kaufmann, dessen Geschäft nach Handelsbrauch beurteilt werden soll, braucht selbst nicht das entsprechende Bewußtsein der Geltung als Handelsbrauch zu haben oder diesen überhaupt zu kennen (oben Rdn. 5, 11–13). 23

2. Normative Schranken der Geltung

a) Gesetzes- oder treuwidriger Handelsbrauch? Handelsbrauch kann grundsätzlich dann, wenn er zwingendem Recht widerspricht, keine Geltung erlangen (Rdn. 7), und er kann daher auch nicht im Widerspruch zu den guten Sitten (§§ 138, 826 BGB) und zu Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) Anerkennung finden. Auch die verbreitete Befolgung und Billigung durch die Verkehrsteilnehmer kann die Berücksichtigung eines solchen „Handelsmißbrauchs“ gem. § 346 nicht begründen.⁵³ Dies entspricht 24

⁴⁸ RGZ 75, 41; 118, 140; RG JW 1909, 720; Großkomm/Koller § 346 Rdn. 5 ff.

⁴⁹ RGZ 110, 48; 118, 140; BGH NJW 1952, 257; WM 1984, 1002; Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rdn. 1; Großkomm/Koller § 346 Rdn. 7.

⁵⁰ Großkomm/Koller § 346 Rdn. 7; ebenso allg. für die Verkehrssitte RG JW 1938, 859; Staudinger/Singer BGB¹³, § 133 Rdn. 65.

⁵¹ BGH NJW 1952, 257; WM 1984, 1002; NJW 1994, 659, 660; OLG Köln NJW-RR 1998,

926; Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rdn. 10; Großkomm/Koller § 346 Rdn. 9 f.

⁵² Sonnenberger S. 168, 256 ff; Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rdn. 10.

⁵³ H.M.; RGZ 101, 75; 103, 146; 125, 79; BGH LM § 346 (B) HGB Nr. 4, 7; OLG München NJW-RR 1989, 803; Schlegelberger/Hefermehl § 346 Rdn. 40; einschränkend Großkomm/Koller § 346 Rdn. 14.

den auch für die allgemeine Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB) geltenden Grundsätzen.⁵⁴ Für die Beachtung von Treu und Glauben folgt dies schon daraus, daß der Handelsbrauch vor allem Maßstab der Auslegung ist, die sich gem. §§ 157, 242 BGB an Treu und Glauben orientieren muß.

25 Insgesamt ergibt sich damit bei der richterlichen Feststellung von Handelsbrauch das Gebot einer gesonderten **normativen Bewertung**. Diese ähnelt der Inhaltskontrolle von AGB. In diesem Sinn hat das RG früher bestimmte Freizeichnungen nicht als Handelsbrauch anerkannt.⁵⁵ Die Maßstäbe dieser inhaltlichen Bewertung des Handelsbrauchs ergeben sich einmal aus Gesetz und guten Sitten, zum anderen nach Treu und Glauben aus bestimmten, besonders wichtigen Wertungen des dispositiven Rechts und der AGB-Kontrolle nach § 307 BGB. Allerdings ist in beiderlei Hinsicht ein erheblich weniger strenger Maßstab anzulegen. Denn § 346 verweist für eine normative Beurteilung nach Treu und Glauben auf den Handelsbrauch als eigenständigen Maßstab, ebenso wie §§ 157, 242 BGB auf die Verkehrssitte verweisen. Für die Beurteilung der Angemessenheit einer Regelung hat der Handelsbrauch eine eigenständige Bedeutung, die bei dem Urteil, ob diese Regelung Treu und Glauben entspricht, zu berücksichtigen ist. Die Gerichte dürfen ihre meist ohnehin nur auf geringer Sachkenntnis der betreffenden Branche oder Geschäftsart beruhende Beurteilung nicht ohne weiteres an die Stelle des Urteils setzen, das die betreffenden Verkehrskreise allgemein und freiwillig für richtig erachten (zutr. *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 14). Bei der Auslegung ist Handelsbrauch neben (anderen) Gesichtspunkten von Treu und Glauben selbständig und abwägend zu berücksichtigen.⁵⁶ Handelsbrauch kann z.B. durch eine deutlich vom **dispositiven Recht** abweichende Risikoverteilung zugunsten einer Partei vornehmen.⁵⁷ Es kommt darauf an, ob dieses Ungleichgewicht durch die Eigenart des Geschäfts, durch anderweitige Vorteile oder die Möglichkeit der Risikobegrenzung (Versicherung) ausgeglichen wird und vor allem, ob sich die Marktgegenseite damit abgefunden hat. Fehlt es an solchen sachlichen Gründen, kann die Abweichung vom dispositiven Recht einen „Handelsmißbrauch“ indizieren.

Der gesetzes-, sitten- oder treuwidrige Handelsbrauch ist nicht Handelsbrauch („Handelsmißbrauch“). Es ist eine rein terminologische Frage, ob man ihn noch als Handelsbrauch i.w.S. bezeichnet, dem aber die Anerkennung nach § 346 versagt ist (so wohl *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 12, 39). Das Ergebnis ist beidesmal gleich. – Zu unterscheiden davon ist die Nichtanwendung eines an sich gültigen Handelsbrauchs im Einzelfall wegen Rechtsmißbrauchs.⁵⁸ – Zum Verhältnis von Handelsbrauch und Kartellrecht s. Rdn. 28.

26 **b) Handelsbrauch und AGB-Kontrolle.** Die durch § 310 I 2 BGB angeordnete Berücksichtigung von Handelsbrauch bei der Inhaltskontrolle von AGB unter Unternehmen (Kaufleuten) bedeutet (1) allgemein die Berücksichtigung der Besonderheiten des Handelsverkehrs bei der Inhaltskontrolle und (2) nach überwiegender, wenn gleich bestrittener Auffassung den Ausschluß weiterer Inhaltskontrolle bei solchen

⁵⁴ RGZ 114, 9, 13; 125, 76, 79; 135, 340, 345; BGHZ 16, 12; *Staudinger/Singer* BGB¹³, § 133 Rdn. 68; *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 242 Rdn. 3.

⁵⁵ Vgl. RGZ 103, 146 (Eisenbahnhaftung); RGZ 125, 79 (Ausschluß der Untersuchungspflicht des Käufers).

⁵⁶ *Canaris* HandelsR, § 24 I 1 b; *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 14.

⁵⁷ RG JW 1938, 859; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 11; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, 1999, § 24 Rdn. 20 ff.

⁵⁸ BGHZ 92, 396, 398 f = NJW 1985, 738 (Selbstbelieferungsklausel); s. auch Rdn. 7.

AGB, die mit einem Handelsbrauch inhaltlich übereinstimmen.⁵⁹ Die Gegenmeinung will dem Handelsbrauch diese abschirmende Funktion nicht zubilligen.⁶⁰ Der Streit ist eher semantischer Natur (*Horn in Wolf/Horn/Lindacher* § 24 Rdn. 20). Denn der ersteren Meinung ist ein enger, normativer Begriff des Handelsbrauchs zugrunde zu legen: Als Handelsbrauch ist danach nur anerkannt, was inhaltlich mit den Maßstäben von Treu und Glauben vereinbar ist, wobei die o.a. Abwägung vorzunehmen ist. Eine Handelsklausel, die einen Handelsbrauch in diesem normativen Sinn wiedergibt, hält der Inhaltskontrolle stand. Denn eine normative Kontrolle ist im Rahmen der Feststellung des Handelsbrauchs bereits vorgenommen.

3. Schriftliche Aufzeichnung von Handelsbrauch

a) Allgemeines. Handelsbrauch bedarf zu seiner Wirksamkeit keiner schriftlichen Aufzeichnung. Gleichwohl wurde von jeher das praktische Bedürfnis nach einer schriftlichen Erfassung von Handelsbrauch empfunden und in großem Umfang befriedigt. Die wichtigsten Erscheinungsformen dieser schriftlichen Erfassung sind (neben privaten Sammlungen) die Sammlungen von Gerichtsgutachten über Handelsbräuche durch den Deutschen Industrie- und Handelskammertag und die Industrie- und Handelskammern sowie die Kodifizierung von Handelsklauseln (Trade Terms; s. Rdn. 70), d.h. der Versuch der einheitlichen Festlegung ihres Wortlautes, ihrer Auslegung und Rechtsfolgen, sowie Aufzeichnungen und Konditionenempfehlungen durch Fachverbände, z.B. die „Tegernseer Gebräuche“ für den Holzhandel und die „Tegernseer Gebräuche für die Vermittlung von Holzgeschäften“, die der Form nach AGB darstellen, welche im Beispielsfall von der Rechtsprechung als Handelsbrauch qualifiziert wurden.⁶¹ Auch die Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen werden als Handelsbrauch angesehen (*Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 305 Rdn. 58), ebenso die ERA (Rdn. 29).

Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp.), die seit 1978 nur unter Kaufleuten verwendet werden und seit 1999 ausdrücklich nicht auf Verkehrsverträge mit Verbrauchern anzuwenden sind (Nr. 2.4 S. 1), sind nach h.M. nicht Handelsbrauch.⁶² Die Rspr. nimmt aber an, daß die Unterwerfung unter die ADSp. ohne weiteres als stillschweigend erfolgt anzusehen ist, wenn jemand mit einem Spediteur kontrahiert, falls er die Geltung nicht ausdrücklich ausschließt.⁶³ Demnach kann jedenfalls im Inlandsverkehr die Unterwerfung unter ADSp. als Handelsbrauch angesehen werden. Dies gilt aber u.U. auch gegenüber ausländischen Vertragspartnern, insbes. Spediteuren.⁶⁴ In der Inhaltskontrolle (als AGB) sind die Gerichte hinsichtlich der ADSp. zurückhaltend; als Gesamtgefüge hält das Regelwerk der ADSp. danach der Inhaltskontrolle stand.⁶⁵ Allerdings muß eine Einzelkontrolle möglich bleiben; sie

⁵⁹ So wohl BGH BB 1986, 1395 (Tegernseer Gebräuche), ebenso *Wolf in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG⁴, § 1 Rdn. 29; § 2 Rdn. 82 ff.

⁶⁰ *Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG⁹, 2001, § 1 Rdn. 84; *Basedow* ZHR 150 (1986), 489 f.

⁶¹ BGH WM 1983, 684; BB 1986, 1395; krit. *Schlösser* EWiR 1986, 822. S. auch Rdn. 21.

⁶² *Baumbach/Hopt* (20) ADSp Rdn. 2; *Raiser* SJZ 1950, 666.

⁶³ BGHZ 96, 138; BGH NJW 1985, 2412.

⁶⁴ BGH NJW 1973, 2154; 1981, 1906; OLG Frankfurt/M. IPRax 1988, 99; dazu *Hepting* RIW 1975, 457; *Kronke* NJW 1977, 992; *Schwenzer* IPRax 1988, 86; krit. *Baumbach/Hopt* (20) ADSp Rdn. 2.

⁶⁵ BGHZ 113, 57; 127, 281; 129, 349; krit. *Staudinger/Coester* BGB¹³, § 9 AGBG Rdn. 93 ff.

ist mit Rücksicht auf das Gesamtgefüge vorzunehmen.⁶⁶ Sowohl die regelmäßige stillschweigende Einbeziehung der ADSp. (jedenfalls im Inland) als auch die eingeschränkte Inhaltskontrolle sprechen m.E. für eine Qualifikation der ADSp. als Handelsbrauch. Allerdings zeigt sich hier das Problem, daß u.U. nicht alle Teile solcher Regelwerke bei einer normativen Betrachtung (oben Rdn. 24 f) als Handelsbrauch anerkannt werden können. Außerdem kann in seltenen Einzelfällen die Berufung auf Handelsbrauch rechtsmißbräuchlich sein. – Regelwerke können auch die Qualität als Handelsbrauch beim Wandel geschäftlicher Gepflogenheiten wieder verlieren.

Andere Klauselwerke sind seit langem in einer bestimmten Branche vorherrschend, z.T. auf Verbandsempfehlung, ohne daß sie als Handelsbrauch qualifiziert werden können. Das gilt etwa für die VDMA-Lieferbedingungen.⁶⁷ Soweit solche Klauseln Verkehrsanschauungen widerspiegeln, können sie auch bei solchen Verträgen, die nicht auf sie Bezug nehmen, bei Lücken und Zweifelsfällen als Interpretationshilfe herangezogen werden.

28 b) Aufzeichnung und Kartellrecht. Wettbewerbsregeln, welche das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln, können sich zu Handelsbrauch entwickeln. Umgekehrt können Handelsbräuche die Wettbewerbsbedingungen beeinflussen; vielfach sind sie jedoch wettbewerbsneutral. Dies kann auch für Konditionenkartelle gelten, soweit diese nur einen bestehenden Handelsbrauch wiedergeben; str.⁶⁸ Vereinbarungen über die Befolgung von Handelsbrauch können gegen § 1 GWB verstoßen.⁶⁹ Verbandsempfehlungen über Handelsbrauch oder Handelsbrauch wiedergebende Wettbewerbsregeln (§ 24 GWB) bedürfen der Anmeldung bzw. Anerkennung der Kartellbehörde; sie können diese Anerkennung insbes. als Lauterkeitsregeln finden.⁷⁰

29 c) Internationale Aufzeichnungen. Zahlreiche Institutionen und Verbände befassen sich mit der Aufzeichnung von Formverträgen und Standardklauseln, die für den internationalen Wirtschaftsverkehr wichtig sind. Diese Aufzeichnungen haben regelmäßig den Charakter von AGB, gelten also nur kraft vertraglicher Einbeziehung. Bei weiter Verbreitung können sie auch **Interpretationshilfe** sein ähnlich einem Handelsbrauch für einzelne Vertragsgestaltungen, die ihnen entsprechen, ohne daß auf sie verwiesen ist. Die Qualität von internationalem Handelsbrauch können solche internationalen Aufzeichnungen von Verträgen und Standardklauseln nach den allgemeinen Kriterien erlangen (oben Rdn. 22 ff). Von besonderer Bedeutung sind hier Aufzeichnungen der Internationalen Handelskammer in Paris, insbes. die **Incoterms 2000** (unten Rdn. 136) und die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive (ERA 1993; s. Anh. § 372 Rdn. VI/109). Incoterms und ERA sind AGB. Trotz neueren Revisionen (1983, 1993) sind die ERA teilweise wohl als Handelsbrauch anzusehen.⁷¹

⁶⁶ *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG⁹, Anh. §§ 9–11 Rdn. 17; *Baumbach/Hopt* (20) ADSp Rdn. 5.

⁶⁷ *Hesse/Thamm/Ullrich* Die VDMA-Geschäftsbedingungen², 1991; *Schütze* DZWir 1992, 89; *Brandner* DZWir 1992, 177.

⁶⁸ *Immenga* in *Immenga/Mestmäcker* GWB³, 2001, § 2 Abs. 2 Rdn. 19 m. Nachw.

⁶⁹ BKartA WRP 1962, 327; *Immenga* in *Immenga/Mestmäcker* GWB³, § 2 Abs. 2 Rdn. 20.

Legt man den normativen Begriff von Handelsbrauch (Rdn. 24 f) zugrunde, dürfte ein Verstoß selten sein.

⁷⁰ Vgl. allg. auch *H. Herrmann* Interessenverbände und Wettbewerbsrecht, 1984, S. 391 ff.

⁷¹ *Nielsen* ZIP 1984, 230; LG Frankfurt/M. WM 1996, 153; *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 305 Rdn. 58; str. S. auch Anh. § 372 Rdn. VI/25.

Die UN-Economic Commission for Europe (ECE) hat Lieferbedingungen für den Export von Maschinen und Anlagen und weitere Geschäftsbedingungen veröffentlicht (ECE 1953; VDMA 1993), die weit verbreitet sind.⁷² Ein Vertragsmuster ist auch von UNIDO entwickelt worden; dazu *Dünnweber* aaO. Die Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) hat Bauvertragsbedingungen veröffentlicht (Neufassung 1999), die international ebenfalls weit verbreitet sind.⁷³ Die Weltbank hat auf der Grundlage der FIDIC-Bau- und Anlagenbauvertragsbedingungen 1995 einen Standardvertrag entwickelt, den sie ihren Vergabebedingungen zugrundelegt.⁷⁴

4. Gerichtliche Feststellung

a) Ob ein bestimmter Handelsbrauch besteht, ist eine vom Gericht **festzustellende Tatsache**; die Entscheidung kann daher in der Revisionsinstanz nicht nachgeprüft werden.⁷⁵ Die Revision kann aber auf eine Verkennung des Begriffs des Handelsbrauchs (BGH WM 1994, 601) oder eine falsche Anwendung des (festgestellten) Handelsbrauchs im Einzelfall gestützt werden (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 16; str.). Ferner sind Fehler der gutachtlichen Feststellung von Handelsbrauch wegen Verletzung von § 286 ZPO ein Revisionsgrund.⁷⁶

Wer sich auf einen Handelsbrauch beruft, muß sein Bestehen behaupten und beweisen.⁷⁷ Dazu muß er zunächst den persönlichen, zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich des behaupteten Handelsbrauchs sowie seine eigenen Erkenntnisquellen substantiiert darlegen (OLG Celle NJW-RR 2000, 178 f). Der **Beweis** kann auf jede zulässige Art geführt werden (§ 286 ZPO). Die Kammer für Handelssachen kann aus eigener Sachkunde auch ohne Einholung eines Gutachtens die Feststellung treffen gem. § 114 GVG (BGH LM § 87b HGB Nr. 1; vgl. auch BGH NJW 1991, 1292, 1293); auch die übrigen Instanzgerichte können dies nach allgemeinen Grundsätzen, soweit der Handelsbrauch gerichtsbekannt ist (*Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 13). Das Berufungsgericht kann die Feststellung der Kammer für Handelssachen nachprüfen (RGZ 10, 92; 44, 34); ob es dazu verpflichtet ist, hängt davon ab, ob nach dem Streitstand begründete Zweifel bestehen (vgl. RGZ 110, 48; BGH NJW 1991, 1292, 1293).

b) In den meisten Fällen wird der Nachweis eines Handelsbrauchs durch ein **Gutachten** der zuständigen **Industrie- und Handelskammer** bzw. des Deutschen Industrie- und Handelskammertages⁷⁸ geführt, was zu deren Aufgaben gehört. Der DIHT hat dazu 2000 ein Merkblatt für die Grundsätze der Feststellung von Handelsbräuchen herausgegeben.⁷⁹ Ein Gutachten, das die dort festgelegten oder sonst gebotenen (vernünftigen) Grundsätze der Tatsachenermittlung verletzt, insbesondere unzumutbare Erhebungsmethoden verwendet (z.B. nicht repräsentative Befragung) oder

⁷² Text bei *Zweigert/Kropholler* Quellen des internationalen Einheitsrechts I, 1971, E 150. Dazu *Dünnweber* Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage, 1984, S. 168.

⁷³ *Mallmann* Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, 2002. Zu früheren Fassungen *Goedel* RIW 1982, 81; *Westring* in *Horn/Schmittboff* S. 175.

⁷⁴ *Bunni* The FIDIC Form of Contract. The Fourth Edition of the Red Book², 1997, S. 465 ff.

⁷⁵ BGH WM 1966, 219; NJW 1977, 386; WM

1980, 1123; DB 1983, 385 f; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 16 m.w.N.

⁷⁶ BGH NJW 1977, 386; WM 1980, 1123.

⁷⁷ BGH LM § 346 (F) HGB Nr. 1; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 15; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 13.

⁷⁸ Vgl. z.B. den Fall BGH WM 2000, 1744, Anm. *Aepfelbach* WuB I D 3 – 2.01.

⁷⁹ Text bei IHK Leipzig, www.leipzig.ihk.de; abgedruckt auch bei *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 57. Lit.: *Wagner* NJW 1969, 1282; *Scholl* DB 1970, 35.

über diese Methoden nichts aussagt, ist keine sichere Grundlage der Feststellung. Wird diese gleichwohl getroffen, besteht ein Revisionsgrund (BGH WM 1980, 1123). Zur gerichtlichen Feststellung von Handelsbrauch durch die Tatsacheninstanz BGH BB 1986, 1395 (Tegernseer Gebräuche); BGH WM 1984, 1000 (betr. ausländischen Handelsbrauch in Belgien); BGH WM 2000, 1744 (Weitergabe disparischer Schecks).⁸⁰

III. Die Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen

1. Auslegung und Fiktion bei Verhalten und Schweigen

- 34** a) Ein bestimmtes Verhalten (Handlung oder Unterlassung), das nicht in einer sprachlichen Äußerung besteht, kann rechtlich aufgrund Handelsbrauchs (Verkehrssitte) als eine bestimmte (zustimmende) rechtsgeschäftliche Erklärung bewertet werden. Die Bewertung kann ein aktives Verhalten betreffen (konkludente Erklärung) wie auch ein passives Verhalten, d.h. ein „**Schweigen**“, zum Erklärungsstatbestand erheben.⁸¹ Die Bewertung kann Teil einer normalen Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB, § 346 HGB sein oder als typisierte Bewertung Grundlage einer Erklärungsfiktion (z.B. § 362). Handelsbrauch ist nur eine von mehreren möglichen Grundlagen einer solchen Bewertung.
- 35** b) **Schweigen** hat im Privatrechtsverkehr grundsätzlich nicht die Bedeutung irgend-einer Erklärung; im Hinblick auf ein Vertragsangebot bedeutet Schweigen daher keine Annahme⁸² und führt demnach nicht zum Vertragsschluß. Schweigen kann ausnahmsweise eine Schadensersatzpflicht auslösen, wenn ein berechtigtes Vertrauen in den erwarteten Vertragsabschluß (das nicht generell schutzwürdig ist), enttäuscht wird; vgl. § 663 BGB und allg. die Grundsätze der *culpa in contrahendo* (§ 311 II BGB); oben Vorbem. § 343 Rdn. 65 ff.
- 36** Weitergehend legt das Gesetz **ausnahmsweise** dem Schweigen die Bedeutung einer Zustimmung bei, so im BGB in den §§ 416 I 2, 455 S. 1, 516 II (anders in §§ 108 II 2, 177 II 2, 415 II 2), im HGB in § 362 als Vertragsannahme, in §§ 75 h, 91 a, 386 I als Genehmigung. Neben diesen wenigen **gesetzlichen Erklärungsfiktionen** besteht die o.a. Möglichkeit einer **Auslegung**, die ausnahmsweise dem Schweigen mit Rücksicht auf **besondere Umstände** gemäß Treu und Glauben einen positiven Erklärungswert (Vertragsannahme, Einwilligung, Genehmigung) beilegt. Der **Handelsbrauch** kann bestimmten Umständen die Bedeutung einer Erklärung beilegen.
- 37** c) Die **Anfechtung** der durch das Schweigen erzeugten Willenserklärung gem. §§ 119 ff BGB ist nach den allgemeinen Regeln zulässig mit der Einschränkung, daß

⁸⁰ Beispiele nicht ausreichender tatsächlicher Akzeptanz auf der Grundlage statistischer Auswertung von Umfragen: OLG Hamm ZIP 1994, 889 f betr. Eigentumsvorbehalt gegenüber Lebensmittelhändlern; OLG München NJW-RR 1990, 698 f betr. kostenfreies Rücktrittsrecht des Reiseveranstalters von Hotelbuchungen; OLG Köln NJW-RR 1998, 926 betr. Recht zur Stornierung vor Erhalt der Ware bei Beschaffung von Software; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2001, 1498

betr. Rücktritt von Hotelreservierungsvertrag vier Wochen vor geplanter Ankunft.

⁸¹ BGH NJW 2002, 3629, 3631; *Hanau* AcP 165 (1965), 222; *Canaris* FS Wilburg, S. 77 f; *Staudinger/Singer* BGB¹³, Vorbem. §§ 116–144 Rdn. 60.

⁸² BGH NJW 1996, 919, 920; *Palandt/Heinrichs* BGB⁶⁴, § 148 Rdn. 3. Dies gilt grundsätzlich auch im Handelsverkehr; BGHZ 1, 353, 355; 61, 282, 285; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 97.

nicht wegen Irrtums über die Bedeutung (Erklärungswert) des Schweigens als Annahme oder Zustimmung angefochten werden kann.⁸³ Wohl aber kann, wer durch Schweigen bewußt die Annahme oder Zustimmung erklären wollte, wegen eines anderweitigen Irrtums i.S. § 119 BGB oder wegen einer Täuschung anfechten. Die Berufung auf einen Irrtum über den Inhalt eines Bestätigungsschreibens ist allerdings nur möglich, wenn der Irrende dessen Inhalt sehr sorgfältig geprüft hat (s. Rdn. 58).

2. Nicht empfangsbedürftige Annahmeerklärung gem. § 151 BGB

§ 151 BGB macht eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Vertragsannahme eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Die Empfangsbedürftigkeit entfällt unter zwei alternativen Voraussetzungen: wenn der Antragende darauf verzichtet oder wenn nach Verkehrssitte (**Handelsbrauch**) der Zugang der Annahmeerklärung entbehrlich ist. Man kann auch sagen, daß in letzterem Fall die Verkehrssitte (der Handelsbrauch) dem Antrag die Bedeutung eines solchen Verzichts beilegt. Eine solche Verkehrssitte ist anzunehmen für das Angebot eines Preisnachlasses (BGH WM 1984, 243) und für das in der Aushändigung einer Garantiekarte liegende Vertragsangebot (BGHZ 78, 373), nicht aber für die Annahmeerklärung der Bank im Diskontgeschäft (BGH NJW 1985, 196) oder die Annahme eines Versicherungsantrags durch den Versicherer (BGH NJW 1976, 289; VersR 1987, 923).

§ 151 BGB setzt in jedem Fall eine eindeutige Betätigung des Annahmewillens voraus; dies kann u.U. auch durch betriebsinterne Handlungen, z.B. Verbuchung der Hotelzimmerreservierung, erfolgen, im übrigen durch Erfüllungshandlungen, z.B. Absendung der Waren.⁸⁴ Bloßes Schweigen genügt für § 151 BGB nicht, kann aber u.U. nach anderen Grundsätzen ausreichen; (Rdn. 43, 44).

3. Einzelfälle der Zustimmung durch Schweigen

a) Die **besonderen Umstände**, die für die Bewertung des Schweigens als Annahme bzw. Zustimmung erforderlich sind, ergeben sich vor allem aus den bereits bestehenden besonderen Beziehungen der Parteien, nämlich einem bestehenden Vertrag oder einer Geschäftsverbindung, abgeschlossenen Vertragsverhandlungen oder einem vorliegenden Angebot oder sonstigem Verhalten. Ein genereller Vertrauenstatbestand der Erklärungsfiktion, der an diese sehr allgemeinen Merkmale und dabei bestehendes Vertrauen anknüpft; wie er in der Rechtsprechung anklingt⁸⁵, ist als vage abzulehnen; i.F. Rdn. 42 ff und allg. Vorbem. § 343 Rdn. 85; vielmehr ist eine vorsichtige Konkretisierung durch Tatbestandsgruppen geboten (ähnlich *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 32).

b) Ein **bestehender Vertrag** kann bereits bestimmen, daß Schweigen auf einen Änderungsvorschlag als Zustimmung gilt, z.B. bezüglich Preisänderung; es kommt auf die Auslegung der Preisänderungsklausel an.⁸⁶ Nach Abschluß des Seefrachtvertrages kann die widerspruchslose Entgegennahme des Konnossements als Zustimmung zu dessen Bedingungen gewertet werden (BGHZ 6, 128, 130). Beim Schweigen auf Bestätigungsschreiben kann auch eine darin erstmals erwähnte Schiedsklausel zum Ver-

⁸³ BGHZ 11, 5; BGH NJW 1969, 1711; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 135; *Hanau* AcP 165 (1965), 250 m.N.

⁸⁴ RGZ 117, 314; BGHZ 74, 356; *Staudinger/Bork* BGB, Neubearb. 2003, § 151 Rdn. 2, 15, 17, 20.

⁸⁵ Vgl. BGHZ 1, 353, 355; 7, 189; 11, 3, 5.

⁸⁶ Vgl. BGHZ 1, 353, 355; allg. zu Preisänderungsklauseln oben Vorbem. § 343 Rdn. 39 ff.

tragsinhalt werden (BGHZ 7, 188; bedenklich). Grundsätzlich kann bei bestehendem Vertrag das Schweigen auf das Angebot einer **Vertragsänderung** nicht als Zustimmung gelten.⁸⁷ Schweigen auf die Bitte des Schuldners um Stundung bedeutet daher nicht Billigung (RG WarnR 1916 Nr. 10); ebensowenig Schweigen auf Zusendung der Rechnung über einen streitigen Vertragsposten (OGH NJW 1949, 943). Schweigen des **Bankkunden** auf Anfrage der Bank, der zum wiederholten Male ein gefälschter Wechsel präsentiert wurde, kann Genehmigung der gefälschten Unterschrift bedeuten (RGZ 145, 94). Bei einmaligem Vorfall nicht anwendbar (vgl. auch BGH JZ 1951, 783); der Kunde kann aber der Bank ersatzpflichtig sein wegen Verletzung von Schutzpflichten (§§ 280 I, 241 II BGB), ggf. teilweise gem. § 254 BGB.

- 41** c) Eine **ständige Geschäftsbeziehung** ist noch keine hinreichende Grundlage für die Bewertung des Schweigens auf ein Vertragsangebot (Rdn. 43) als Annahme (offen gelassen in BGHZ 11, 3), es sei denn, es liegt entweder eine Abrede darüber (Rahmenvertrag) vor oder es ist bereits mehrfach so verfahren worden.⁸⁸ Bei einer länger bestehenden Geschäftsbeziehung kann aber Schweigen eher Zustimmung bedeuten als bei einer neuen.⁸⁹
- 42** d) Werden **Vertragsverhandlungen** ohne triftigen Grund abgebrochen, bestehen grundsätzlich keine Rechte des enttäuschten Verhandlungspartners. Nur ausnahmsweise wird man ihm wegen eines vom Gegner erweckten Vertrauens auf den sicheren Vertragsabschluß einen Vertrauensschaden aus c.i.c. (§ 311 II BGB) zubilligen dürfen.⁹⁰ Wird auf abgeschlossene Verhandlungen ein damit übereinstimmendes Angebot abgegeben, kann ausnahmsweise Schweigen Zustimmung bedeuten;⁹¹ anders, wenn zuvor (auch konkludent) klargestellt wurde, daß nur ausdrückliche Annahme in Betracht komme. – Zum Abschluß von Verhandlungen durch sog. Auftragsbestätigung unten h) (Rdn. 46).
- 43** e) Das **Schweigen auf ein Vertragsangebot** bedeutet Ablehnung; eine Pflicht zur ausdrücklichen Ablehnung besteht im allgemeinen nicht. Der angeblich von der Rechtsprechung vertretene Grundsatz, Schweigen bedeute nach Treu und Glauben Zustimmung, wenn der Antragende nicht mit der Ablehnung zu rechnen brauchte und deshalb eine ausdrückliche Erklärung darüber erwarten durfte,⁹² ist in dieser Allgemeinheit auch im Handelsverkehr abzulehnen;⁹³ er wird auch in der Rechtsprechung auf Einzelfälle eingeschränkt.⁹⁴ Eine Ausnahme kann gerechtfertigt sein bei erschöpfenden Vertragsverhandlungen,⁹⁵ bei alter Geschäftsverbindung, bei der schon früher Verträge geschlossen wurden (Rdn. 41), bei einem bestehenden Vertrag, der ohnehin ein Preisänderungsrecht vorsieht (BGHZ 1, 353). Will jemand die verspätete Annahme

⁸⁷ BGH LM § 150 BGB Nr. 7; § 346 (D) HGB Nr. 7 b; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 105.

⁸⁸ *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 101; RGZ 84, 325; BGHZ 18, 212.

⁸⁹ Vgl. BGHZ 18, 212; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 32. Allg. *Müller/Graff* Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung, 1974.

⁹⁰ BGH NJW 1975, 43 f und 1774; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 104 (weitergehend). Bei Geschäftsbesorgungen auch BGH NJW 1984, 866.

⁹¹ BGH BB 1955, 1068; *Staudinger/Singer* BGB¹³, Vorbem. §§ 116–144 Rdn. 76.

⁹² BGHZ 1, 353; 7, 188; 11, 3.

⁹³ Zutr. *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 100; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 32: Zustimmung ist Ausnahme.

⁹⁴ Vgl. BGHZ 18, 216; 61, 286; BGH BB 1995, 694 (betr. Schweigen auf verhandeltes Angebot eines Erlaßvertrages).

⁹⁵ BGH BB 1955, 1068; nicht ausreichend sind dagegen Vorverhandlungen, die noch zu keiner Übereinstimmung geführt haben: BGH NJW 1996, 919, 921.

seines Angebotes gem. § 150 I BGB nicht gelten lassen, muß er dies klarstellen; andernfalls gilt sein Schweigen als Annahme, falls nicht die Umstände seine Sinnesänderung nahelegen.⁹⁶

f) Wer ein freibleibendes Angebot abgegeben hat, durch das er nicht gebunden sein will und das deshalb i.d.R. als *invitatio ad offerendum* zu qualifizieren ist,⁹⁷ muß ein ihm darauf zugehendes **Antwortangebot**, das mit seinem eigenen Angebot übereinstimmt, ausdrücklich ablehnen, wenn er nicht annehmen will; sein **Schweigen** gilt als Annahme.⁹⁸ Dies kann aber nur bei gewöhnlichen Geschäften des Handelsverkehrs gelten; bei außergewöhnlichen Geschäften muß das Antwortangebot ausdrücklich angenommen werden; RG WarnR 1919 Nr. 131. Gleiches gilt, wenn das Antwortangebot Abweichungen enthält; RGZ 103, 312. 44

g) Auf das in einer unverlangten Zusendung von Waren liegende Vertragsangebot muß auch der Kaufmann nicht antworten (für Verbraucher s. § 241 a BGB); anders u. U. bei dauernder Geschäftsverbindung.⁹⁹ Haben Vertragsverhandlungen über diese Waren stattgefunden, so kann die widerspruchslose **Entgegennahme der Waren** ebenfalls (konkludent) Annahme des Vertragsangebots bedeuten.¹⁰⁰ Häufig streiten die Parteien aber nicht um den Vertragsschluß, sondern die Frage, wessen AGB durch die Warenannahme vereinbart sind. Bei Dissens über AGB kann der Vertrag ohne die widersprechenden AGB geschlossen sein.¹⁰¹ Nur wenn der Lieferant eindeutig klarstellt, daß der Vertrag ohne seine AGB eher scheitern soll, muß der Abnehmer widersprechen und widerspruchslose Entgegennahme als Einverständnis gelten lassen (BGHZ 18, 216 f; BGH DB 1977, 1311). 45

h) Auf Vertragsangebote oder auf längere Vertragsverhandlungen, in denen ein Angebot enthalten ist, wird häufig eine sog. **Auftragsbestätigung** (Bezeichnung uneinheitlich; BGHZ 54, 239) erteilt, die sich vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben dadurch unterscheidet (Rdn. 49 ff), daß vor ihrer Erteilung noch kein Vertrag geschlossen wurde und die Parteien dies wissen (BGH NJW 1995, 1672). Die mit dem Angebot (bzw. dem Inhalt der Verhandlungen) übereinstimmende Auftragsbestätigung führt zum Vertragsschluß (BGH WM 1983, 313). Eine unklare oder schwer erkennbare Abweichung davon bleibt unbeachtlich (BGH aaO). Die (offen) abweichende Bestätigung dagegen ist (als modifizierte Annahme) ein neues Vertragsangebot gem. § 150 II BGB, das seinerseits der Annahme bedarf.¹⁰² Anders als bei kaufmännischen Bestätigungsschreiben (Rdn. 49 ff) bedeutet also Schweigen auf die (modifizierte) Auftragsbestätigung nicht deren Annahme (BGHZ 18, 212). Etwas anderes kann gelten, wenn die (modifizierte) Auftragsbestätigung zugleich die Funktion eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens hat.¹⁰³ Entgegennahme der Ware nach modifizierter Auftragsbestätigung kann Annahme bedeuten (Rdn. 45). 46

⁹⁶ BGH NJW 1951, 313; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 103.

⁹⁷ BGH NJW 1996, 919 f; *Palandt/Heinrichs BGB*⁶⁴, § 145 Rdn. 4.

⁹⁸ RGZ 102, 227, 229; 103, 312; RG JW 1926, 2674; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 102.

⁹⁹ RGZ 48, 175; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 143.

¹⁰⁰ BGHZ 18, 216 f; 61, 287 f; BGH BB 1995,

950 (betr. Warenannahme nach modifizierter Auftragsbestätigung).

¹⁰¹ *Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher AGBG*⁴, § 2 Rdn. 73; *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen AGBG*⁹, § 2 Rdn. 98 ff. Übereinstimmende AGB werden Vertragsinhalt; *Wolf* aaO.

¹⁰² BGHZ 18, 212, 216; 61, 282, 286.

¹⁰³ BGHZ 61, 286 (offengelassen); vgl. auch BGH BB 1986, 554.

- 47 i) Das **Schweigen auf eine Rechnung** bedeutet, wenn ein Vertrag noch nicht besteht, nicht Vertragsannahme.¹⁰⁴ Enthält die Rechnung zusätzliche oder abweichende Vertragsbedingungen (z.B. über Erfüllungsort, Gerichtsstand, Zahlungsfrist), werden diese durch Schweigen nicht gebilligt.¹⁰⁵ Denn der Empfänger muß weder mit solchen Bestimmungen in der Rechnung rechnen noch ist er überhaupt zur Vertragsänderung verpflichtet (Rdn. 40; allg. Vorbem. § 343 Rdn. 38 ff.). Anders, wenn nur ein (von den Parteien nicht zuvor abbedingener) Handelsbrauch wiedergegeben ist (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 141). Gewährt der Lieferant auf der Rechnung dem Kunden zuvor nicht vereinbarte Preisnachlässe oder sonstige Vorteile, ist von deren Annahme durch Schweigen des Kunden auszugehen (RGZ 95, 120). Die Bindung folgt wohl schon aus Handelsbrauch; bei Irrtum z.B. über die Höhe des Nachlasses ist aber ggf. Irrtumsanfechtung nicht ausgeschlossen. Ist die Rechnung zugleich kaufmännisches Bestätigungsschreiben, gelten dessen Regeln (Rdn. 49 ff.). Das Recht zur Beanstandung von Rechnungen kann verlorengehen, wenn es nicht in angemessener Zeit ausgeübt wird, insbes. wenn früher ähnliche Rechnungen unbeanstandet geblieben waren (OLG Düsseldorf DB 1973, 1064); anders bei außergewöhnlichen oder offensichtlichen Rechnungsfehlern.

Das Schweigen des Handelsvertreters auf **Provisionsabrechnungen** des Unternehmers (§ 87c) kann nicht als negatives Schuldanerkenntnis bewertet werden, daß ihm Ansprüche auf Erteilung eines Buchauszugs und auf Zahlung weiterer Provision nicht zustehen; dies gilt auch dann, wenn der Handelsvertreter jahrelang die laufenden Provisionsabrechnungen widerspruchslos hingenommen hat.¹⁰⁶ Mit Rücksicht auf den Schutz des Handelsvertreters kann dieser nicht einmal durch Individualabrede mit dem Unternehmer im voraus vereinbaren, daß Schweigen auf die Abrechnung als deren Anerkenntnis gelten soll.¹⁰⁷

- 48 j) Äußerungen zur **Klarstellung** der Sach- und Rechtslage zwischen Vertragsparteien begründen für den Empfänger die Pflicht zur Stellungnahme, wenn er nicht einverstanden ist.¹⁰⁸ Dies gilt für die Schlußnote des Maklers (§ 94, Rdn. 2, 9) und das kaufmännische Bestätigungsschreiben (Rdn. 49), nicht für Rechnungsabschlüsse im Kontokorrent (§ 355 Rdn. 25 f.). Die Pflicht zur Antwort und die Bewertung des Schweigens als Zustimmung ist auch zu verneinen, wenn wegen ungewöhnlichen Inhalts der Erklärende mit der Annahme nicht rechnen konnte oder wenn die Erklärung in handelsunüblich überraschender Form (z.B. Nebenbemerkung in einem Schreiben über andere Vorgänge, Erklärung gegenüber unzuständigem Personal usw.) erfolgt.

4. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

- 49 a) **Begriff und Funktion.** Das kaufmännische Bestätigungsschreiben dient dem Zweck, den Inhalt vorausgegangener Vertragsverhandlungen, die nach Meinung des Erklärenden zum Abschluß geführt haben, verbindlich festzulegen.¹⁰⁹ Das Bestäti-

¹⁰⁴ BGB BB 1959, 827; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 35.

¹⁰⁵ RGZ 65, 331; BGH BB 1959, 827; NJW 1997, 1578 f.; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 141; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 35.

¹⁰⁶ BGH NJW 1995, 588 unter Aufgabe von BGH NJW 1965, 1136 L; dazu *Emde* MDR 1996, 331.

¹⁰⁷ BAG AP § 87c HGB Nr. 13 u. 18; *Emde* MDR 1996, 331 m.w.N.; oben *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer* § 87c Rdn. 5.

¹⁰⁸ OLG Düsseldorf DB 1982, 593; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 106; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 32.

¹⁰⁹ BGHZ 7, 187; 11, 1; 18, 212, 215; 54, 236, 239.

gungsschreiben dient also anders als die sog. Auftragsbestätigung (Rdn. 46) nicht dazu, einen Vertrag durch Annahme abzuschließen, sondern soll über einen bereits geschlossenen Vertrag Klarheit schaffen, dient also als **Beweisurkunde**. Im Interesse der Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs muß der Empfänger unverzüglich widersprechen, wenn er mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens nicht einverstanden ist; sein Schweigen gilt als Zustimmung; h.M.¹¹⁰ Es handelt sich um eine Erklärungsfiktion, die zunächst auf einem Handelsbrauch beruhte, dem zufolge der nicht einverständene Empfänger widersprechen mußte (BGHZ 20, 149, 154; 40, 42, 48), der sich heute aber zu Handelsgewohnheitsrecht verfestigt hat.¹¹¹ Zu den Wirkungen und zur Anfechtbarkeit s. unten Rdn. 59 ff.

b) Sachliche Voraussetzungen

aa) Das Bestätigungsschreiben setzt **Vertragsverhandlungen** zwischen den Parteien voraus, die zu einem (wirklichen oder vermeintlichen) Vertragsschluß geführt haben.¹¹² Die Darlegungs- und Beweislast trifft den Absender des Schreibens, der aus dem Schweigen des Geschäftsgenegers Rechte herleiten will.¹¹³ Die Verhandlungen können mündlich (telefonisch) oder fernschriftlich (Telegramm, Telex, Telekopie) geführt worden sein (vgl. BGH LM § 346 [Ea] HGB Nr. 12). Wurden die Verhandlungen schriftlich (unterschiedene Briefe) geführt, soll i.d.R. ein Bestätigungsschreiben nicht in Betracht kommen (OLG Hamm DB 1968, 795); anders, wenn nur die andere Seite, nicht aber der Erklärende sich schriftlich geäußert hat.¹¹⁴ Für ein Bestätigungsschreiben muß aber auch immer Raum sein, wenn ein umfangreicher und unübersichtlicher Briefwechsel oder sonstige schriftliche Unterlagen eine Zusammenfassung und Klärstellung gebieten oder wenn sich die Parteien bisher mißverständlich ausgedrückt haben.¹¹⁵ Nicht erforderlich ist, daß die Verhandlungen tatsächlich zu einem wirksamen Vertragsschluß geführt haben. Auch wenn der Vertragsschluß z.B. wegen Handelns eines **Vertreters ohne Vertretungsmacht** unwirksam geblieben ist, kann das unwidersprochene Bestätigungsschreiben seine Wirkung entfalten.¹¹⁶ Kein Raum ist für ein Bestätigungsschreiben, wenn der Empfänger des Bestätigungsschreibens sich zuvor schriftliche Annahme des Vertrags vorbehalten hatte;¹¹⁷ das Bestätigungsschreiben kann aber in diesem Fall die Bedeutung der Annahme der Offerte der anderen Vertragsseite haben (OLG Köln NJW-RR 1996, 411). Eine **Schriftformklausel** i.S. § 127 BGB (Vorbem. § 343 Rdn. 30 ff) steht der Wirksamkeit eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht entgegen, weil diese Klausel durch eine vorrangige (§ 305b BGB; früher § 4 AGBG) Individualabrede überwunden werden kann; es kommt dann nur darauf an, daß das Bestätigungsschreiben sich auf diese Individualabrede bezieht.¹¹⁸ Das Bestätigungsschreiben muß **zeitlich unmittelbar** nach den

50

¹¹⁰ BGHZ 7, 187; 11, 3; 18, 212, 216; 40, 42; 54, 240; 70, 232 f; BGH ZIP 1985, 416, 418.

¹¹¹ *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 120; *Hopt AcP* 183 (1983), 691; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 18; *K. Schmidt HandelsR*³, § 19 III 1; *Moritz BB* 1995, 420; *v. Dücker BB* 1996, 3 ff.

¹¹² BGH NJW 1974, 991; 1975, 1358; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 622.

¹¹³ BGH NJW 1974, 991, 992; 1990, 386; NJW-RR 2001, 680.

¹¹⁴ BGHZ 54, 236, 239; krit. *Lieb Anm.* JZ 1971, 135.

¹¹⁵ *Schlechtriem FS Wahl*, 1973, S. 67 ff; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 110.

¹¹⁶ BGHZ 20, 149, 153; BGH NJW 1964, 1951; 1965, 965 f; 1990, 386; OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 374; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 111.

¹¹⁷ BGH NJW 1970, 2104; OLG Köln NJW-RR 1996, 411.

¹¹⁸ BGH NJW-RR 1995, 179; zust. *Teske EWiR* 1995, 417.

Vertragsverhandlungen abgesandt werden, je nach den Umständen nach wenigen Tagen.¹¹⁹

- 51** **bb)** Es braucht nicht als Bestätigungsschreiben bezeichnet zu sein¹²⁰ und muß nicht ausdrücklich frühere (mündliche) Abreden in Bezug nehmen, wohl aber den Zweck klar zum Ausdruck bringen, das Ergebnis früherer Verhandlungen zusammenzufassen (BGHZ 54, 239). Ein **Festlegungswille** muß erkennbar sein (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 112). Es genügt nicht, wenn das Schreiben nur tatsächliche Ausführungen enthält und diesen Willen vermissen läßt. Daran fehlt es auch, wenn zusätzliche Forderungen neu aufgestellt werden; der Empfänger wird dann durch sein Schweigen nicht gebunden (BGH NJW 1972, 820), ebensowenig, wenn der Absender selbst um **Gegenbestätigung** gebeten hatte (BGH NJW 1964, 1270); die im Schreiben erstmals aufgestellte Zusatzbedingung wird also durch Schweigen des Empfängers dann nicht Vertragsinhalt (BGH NJW 1964, 1270).
- 52** **cc)** Der behauptete Vertragsschluß muß eindeutig und seinem wesentlichen Inhalt nach **vollständig** wiedergegeben sein. Die **Bezugnahme** auf ein anderes Schriftstück, dessen Inhalt dem Empfänger bekannt ist, ist aber zulässig, insbesondere auf dessen eigenen Brief (BGHZ 54, 241). Unschädlich ist, wenn **Nebenabreden**, die mit dem Bestätigungsschreiben nicht in Widerspruch stehen, unerwähnt bleiben. Sie hindern die Bestätigungsurkunde im übrigen nicht, nehmen an ihr nicht teil, bleiben aber unabhängig davon gültig, falls nicht das Schreiben dem Inhalt oder Sinn nach solche Nebenabreden ausschließt. Abweichende Bedingungen werden jedenfalls ungültig (Großkomm/*Koller* § 346 Rdn. 92). Dies gilt auch für Abreden in schriftlicher Form,¹²¹ falls diese nicht schon den vollständigen Vertragsschluß darstellen und dann einem Bestätigungsschreiben entgegenstehen (vgl. Rdn. 50). In vielen Streitfällen ist der genaue Inhalt der vor dem Bestätigungsschreiben geführten Verhandlungen nicht aufklärbar. Der BGH fordert in diesen Fällen zutr. Darlegung und ggf. Beweis eines **unstreitigen Mindestinhalts** der erzielten Einigung, um daran zu messen, ob sich der Inhalt des Bestätigungsschreibens zu weit von diesem Mindestinhalt entfernt mit der Folge, daß dem Schreiben die verbindliche Wirkung versagt bleiben muß (Rdn. 61).
- 53** **dd)** Das Bestätigungsschreiben muß (als geschäftsähnliche Rechtshandlung) gem. § 130 BGB zugehen (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 117), d.h. in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt sein.¹²² Die Übermittlung per Telefax (OLG Hamm NJW 1994, 3172) oder E-Mail reicht aus. Der **Zugang** an einen Empfangsvertreter ist ausreichend; bei Gesamtvertretung des Vertretungsorgans einer Gesellschaft oder Genossenschaft ist dies schon das einzelne Mitglied (BGHZ 20, 149, 152). Grundsätzlich kommt es nur darauf an, daß das Schreiben in den Machtbereich des Empfängers gelangt, auch wenn er tatsächlich keine Kenntnis nimmt;¹²³ auch z.B. wenn das Schreiben namentlich an einen Angestellten des Empfängers gerichtet ist, der es nach ordnungsgemäßem Postzugang beim Empfänger unterschlägt.¹²⁴ Der Absender ist **beweispflichtig** für den Zugang und ggf. dessen Zeitpunkt (BGHZ 70, 232). Anscheins-

¹¹⁹ BGH WM 1973, 225; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 116.

¹²⁰ BGHZ 54, 239: „Auftragsbestätigung“; BGH NJW-RR 2001, 680.

¹²¹ RG HRR 1924 Nr. 1929; RGZ 101, 75.

¹²² BGHZ 20, 149, 152; 70, 232.

¹²³ RGZ 54, 182; 103, 401, 405; BGHZ 20, 152; BGH NJW 1964, 1951.

¹²⁴ BGH NJW 1964, 1951. Vgl. auch BGH WM 1990, 68; Zugang an vollmachtlosen Angestellten im Machtbereich des Vertragspartners.

beweis wird noch nicht durch Einschreibesendung (BGHZ 24, 308), wohl aber durch Einschreiberückschein geführt (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 118).

c) Schweigen des Empfängers

aa) Der Empfänger muß unverzüglich widersprechen, wenn er den Inhalt des Bestätigungsschreibens nicht gegen sich gelten lassen will; Schweigen gilt als Einverständnis.¹²⁵ Der Widerspruch muß unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 I BGB) erfolgen. Wieviel Zeit ab Zugang (nicht entscheidend ist Kenntnis; Rdn. 53) verstreichen darf, richtet sich nach den Umständen, unter denen die Antwort regelmäßig erwartet werden darf, also nach § 147 II BGB analog (OLG Köln BB 1971, 286) und ist vom Tatrichter zu entscheiden; BGH NJW 1964, 104. 54

Der Handelsverkehr ist auf Schnelligkeit angewiesen. Regelmäßig mögen drei Tage noch ausreichen (BGH NJW 1964, 104). Oft aber verlangt die Geschäftsart schnellere, ggf. fernschriftliche oder telefonische Rückäußerung, so z.B. bei Kapitalmarktgeschäften oder sonstigen Geschäften auf Märkten mit besonders raschen Umsätzen (vgl. auch BGH NJW 1964, 104 und RGZ 105, 389 betr. Warengroßhandel). Widerspruch erst nach acht Tagen nach Eingang des Bestätigungsschreibens ist i.d.R. verspätet.¹²⁶ Bei kompliziertem Geschäft kann eine längere Frist angemessen sein; ebenso können die Parteien oder der Absender des Schreibens eine Frist festsetzen, die ggf. länger ist als sonst nach Branche, Geschäftsart oder Umständen üblich. Erkennt der Absender, daß der Empfänger noch eine Information einholen muß, ist die Frist relativ länger (vgl. BGH NJW 1964, 246; 3 Tage bei Kauf gewohnter Warenart).

Der **verspätete Widerspruch** ist unbeachtlich und wie Schweigen zu behandeln (*Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 130). – Der Widerspruch ist **formfrei** möglich, z.B. durch Rücksendung des Bestätigungsschreibens mit Änderungsbemerkungen (RG Gruchot 55, 888) oder durch abweichendes eigenes Bestätigungsschreiben (OLG Hamburg BB 1955, 847).

bb) Keine Pflicht zum Widerspruch und damit keine Zustimmungswirkung des Schweigens besteht, wenn das Bestätigungsschreiben selbst noch zur Annahme auffordert (BGH NJW 1964, 1270; oben Rdn. 51), wenn das Bestätigungsschreiben verspätet war (oben Rdn. 50), bei **sich kreuzenden**, unvereinbaren Bestätigungsschreiben¹²⁷ oder wenn verspätet eine abweichende Gegenbestätigung (modifizierender Widerspruch gegen das Bestätigungsschreiben der Gegenseite) erging, weil dies nur Änderungsangebote zu einem geschlossenen Vertrag ist, die keine Antwort erfordert.¹²⁸ Ausnahmsweise kann eine Pflicht zum Widerspruch bestehen, weil die Gegenseite auf das Zustandekommen des Vertrages vertrauen konnte, so bei sich kreuzenden Bestätigungsschreiben dann, wenn diese untereinander nur in Nebenfragen differieren.¹²⁹ 55

cc) Teilweiser Widerspruch. Wird durch Bestätigungsgegenschreiben dem Inhalt eines Bestätigungsschreibens der anderen Seite nur insoweit widersprochen, als dieses von der Vereinbarung abweicht, letztere aber ansonsten unverändert bestätigt, dann 56

¹²⁵ BGHZ 7, 187, 189; 18, 216; 54, 236, 240.

¹²⁶ BGH LM § 346 (Ea) HGB Nr. 10; BGH BB 1969, 933.

¹²⁷ BGH BB 1961, 954; WM 1984, 641; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 123.

¹²⁸ BGH LM § 346 (D) Nr. 7b; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 131.

¹²⁹ BGH NJW 1966, 1070 (im Fall zweifelhaft) betr. Gewährleistungsausschluß; dazu auch BGHZ 93, 338, 343; vgl. auch BGH BB 1961, 954.

muß die andere Seite diesem Bestätigungsschreiben widersprechen; Schweigen ist Zustimmung; BGH WM 1984, 640, 641. Ein Widerspruch ist wohl auch erforderlich, wenn der Empfänger erkennt, daß der verspätete Zugang dem Absender verborgen geblieben ist (Verzögerung auf dem Postweg); Schweigen verpflichtet hier allerdings wohl nur zum Ersatz des Vertrauensschadens.

57 dd) Beweislast. Der Absender muß nicht das Schweigen beweisen, sondern der Empfänger die Tatsache des rechtzeitigen Widerspruchs.¹³⁰

58 ee) Die Wirkungen des Schweigens (des mangelnden oder verspäteten Widerspruchs) treten unabhängig von der Kenntnis des Empfängers und unabhängig von seinem Willen kraft **Erklärungsfiktion** ein. Nur wenn der Empfänger bewußt durch sein Schweigen die Zustimmung erklären wollte, liegt eine Willenserklärung vor.¹³¹ Dies kann dann nach den allgemeinen Regeln angefochten werden. Ausgeschlossen ist in jedem Fall eine **Anfechtung** wegen Irrtums über die grundsätzliche Erklärungswirkung des Schweigens.¹³² Auf einen Inhaltsirrtum kann sich der Empfänger nur berufen, wenn er den Inhalt des Bestätigungsschreibens sorgfältig zur Kenntnis genommen hat.¹³³ Eine Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung ist überflüssig, weil in diesen Fällen die Erklärungsfiktion ohnehin nicht eingreift (s. auch Rdn. 60). Der Empfänger kann sich nicht damit entschuldigen, daß er im konkreten Fall keine Kenntnis des zugegangenen Schreibens erlangen konnte, z.B. weil er verreist war (RGZ 103, 389) oder sein Angestellter das Schreiben zurückhielt (BGH NJW 1964, 1951). Denn für Organisationsmängel seines Unternehmens trägt der Kaufmann selbst das Risiko. Ist es dem Empfänger aber ohne Vorwerfbarkeit objektiv unmöglich, vom Bestätigungsschreiben Kenntnis zu nehmen (also ohne daß ein Organisationsmangel vorliegt), muß die Wirkung des Schreibens nach Treu und Glauben entfallen (zu diesen Grenzen i.F. Rdn. 59 f); im Fall i.Erg. ebenso *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 132.

d) Rechtswirkung des Bestätigungsschreibens

59 aa) Inhalt und Umfang der Wirkung des unwidersprochenen Bestätigungsschreibens (Rdn. 49) ergeben sich aus dessen Klarstellungsfunktion. Das Schreiben soll Zweifel sowohl über die Tatsache des Vertragsschlusses als auch über den Inhalt des Vertrages beseitigen. Daher wird durch das unwidersprochene Bestätigungsschreiben nicht nur der tatsächliche Vertragsschluß und -inhalt klargestellt, sondern ggf. auch ein noch fehlender (zweifelhafter) Vertragsschluß herbeigeführt, ein bereits vereinbarter Inhalt abgeändert.¹³⁴ Das Bestätigungsschreiben dient als Beweisurkunde, deren Vollständigkeit und Richtigkeit vermutet werden (BGH LM § 346 [Ea] Nr. 6). Den Parteien ist aber der Nachweis nicht abgeschnitten, daß zusätzliche Abreden getroffen wurden, die mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens nicht im Widerspruch stehen.¹³⁵ Diese Möglichkeit ist entgegen der Rechtsprechung nicht auf mündliche Abreden zu beschränken. Die Möglichkeit des Nachweises entfällt, wenn das Bestätigungsschreiben den Gegenstand der Nebenabrede selbst abschließend regeln will (*Schlegelberger/*

¹³⁰ RGZ 114, 282; BGH NJW 1962, 104.

¹³¹ *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 120; *Canaris* Vertrauenshaftung, S. 207 f.

¹³² BGHZ 11, 5; 20, 149, 154; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 135.

¹³³ BGH NJW 1972, 45; *Diederichsen* JuS 1966, 129, 137.

¹³⁴ BGH NJW 1964, 1270; BGHZ 54, 236, 239, *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 17.

¹³⁵ BGH NJW 1964, 589; BGHZ 67, 378, 381; BGH WM 1986, 168.

Hefermehl § 346 Rdn. 134). Die Wirkung des Bestätigungsschreibens gilt auch für neue, erstmals erwähnte Regelungen.

bb) Die **Wirkung** ist jedoch durch den Zweck begrenzt, den redlichen Verkehr zu schützen, und gilt daher nur in den **Grenzen von Treu und Glauben**.¹³⁶ Die Wirkung greift daher in zwei Fällen nicht ein: (1) bei Unredlichkeit des Erklärenden und (2) bei grober Abweichung des Bestätigungsschreibens vom tatsächlichen Inhalt der vorhergehenden Verhandlungen. Beide Merkmale müssen nicht kumulativ erfüllt sein (so noch BGHZ 11, 1, 4; 40, 42); vielmehr reicht jedes aus, die Wirkung des Bestätigungsschreibens zu verhindern, also z.B. grobe inhaltliche Abweichung auch ohne Kenntnis.¹³⁷ Wer sich also eines Bestätigungsschreibens in Kenntnis von dessen Unrichtigkeit bedient, um einen noch nicht erreichten Vertragsschluß herbeizuführen oder dem Vertrag einen anderen Inhalt zu geben, verdient keinen Schutz.¹³⁸ Der Absender muß sich die Kenntnis seines Vertreters zurechnen lassen (BGHZ 40, 42, 45 f.). Der Empfänger muß in diesem Fall auch nicht widersprechen, um den Absender zu schonen, der ggf. vom Verhalten seines Vertreters nichts weiß (a.A. BGHZ 11, 1); anders bei Arglist des Empfängers.

Falls der Inhalt des Bestätigungsschreibens vom Inhalt der Verhandlungen so weit abweicht, daß der Absender redlicherweise mit einem Einverständnis des Empfängers nicht rechnen konnte, entfällt seine Wirkung.¹³⁹ So kann der erst im Bestätigungsschreiben AGB-mäßig erklärte Eigentumsvorbehalt nicht Vertragsbestandteil werden, wohl aber dingliche Wirkung entfalten (BGH NJW 1982, 1751), ebensowenig der vollständige Gewährleistungsausschluß im Bestätigungsschreiben nach vorangegangener Eigenschaftszusicherung (BGHZ 93, 338, 343). Ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben bleibt wirkungslos, wenn es auf einen Vertragstext Bezug nimmt, der für einen früheren Vertrag vorgeschlagen und vom Empfänger ausdrücklich abgelehnt worden war.¹⁴⁰

Der Empfänger, der nicht widersprochen hat, muß die Erheblichkeit oder sonstige Unzumutbarkeit der **Abweichung** im Bestätigungsschreiben **beweisen**.¹⁴¹ In den häufigen Fällen, in denen der genaue Inhalt der vor dem Bestätigungsschreiben geführten Verhandlungen und erzielten Einigung nicht sicher ermittelt werden kann, fordert der BGH zutr. die Darlegung und ggf. den Beweis eines unstreitigen Mindestinhalts dieser Einigung; daran ist zu messen, ob sich der Inhalt des Bestätigungsschreibens in unangemessener Weise zu weit vom Inhalt der Verhandlungen entfernt.¹⁴²

cc) Eine **Einbeziehung von AGB**, die erstmals im **Bestätigungsschreiben** erfolgt, ist nach den oben dargelegten Wirksamkeitsschranken zu beurteilen (Rdn. 60). Grundsätzlich können AGB noch durch ein Bestätigungsschreiben wirksam einbezogen werden (BGH NJW 1978, 2243 f.). Stellt aber eine Partei im Bestätigungsschreiben un-

¹³⁶ *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 122 ff.; *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 83, 100; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 26, 27.

¹³⁷ Zutr. BGHZ 93, 338, 343; *Schlegelberger/Hefermehl* § 346 Rdn. 128; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 26, 27.

¹³⁸ BGH WM 1955, 1284; NJW 1974, 991.

¹³⁹ BGHZ 7, 187, 190; 54, 236, 242; 61, 282, 286; 93, 338, 343; BGH NJW 1974, 991, 992; NJW-RR 1991, 763, 764; 2001, 680 f.

¹⁴⁰ BGH NJW 1994, 1288 = BB 1994, 673; zust. *Schlosser* EWiR 1994, 369.

¹⁴¹ BGH NJW 1974, 991, 992; NJW-RR 2001, 680, 681.

¹⁴² BGH NJW 1963, 1922; 1987, 1940 = ZIP 1987, 584; dazu *K. Schmidt* EWiR 1987, 499; BGH NJW 1994, 1288 = BB 1994, 673; dazu *Schlosser* EWiR 1994, 369 f.

gewöhnliche oder vom besprochenen Vertragstext abweichende AGB, werden diese nicht Vertragsbestandteil.¹⁴³ Auch soweit die AGB wirksam einbezogen sind, können sie gem. § 305b BGB nicht eine zuvor getroffene anderslautende Individualvereinbarung verdrängen; s. auch Vorbem. § 343 Rdn. 53.

- 63** e) **Wirkung gegenüber Nichtkaufleuten.** Die ursprünglich nur für den Kaufmann entwickelten Grundsätze zum Bestätigungsschreiben sind heute auch auf andere, nichtkaufmännische Teilnehmer am geschäftlichen Verkehr anzuwenden.¹⁴⁴

aa) Der **Empfänger** eines Bestätigungsschreibens kann also auch dessen Grundsätzen (Pflicht zum Widerspruch; Schweigen als Zustimmung) unterliegen, wenn er **ähnlich einem Kaufmann** am Geschäftsleben teilnimmt und von ihm daher kaufmännisches Verhalten erwartet werden kann. Dies gilt z.B. für den Architekten (BGH WM 1973, 1376), den Rechtsanwalt (OLG Hamm VersR 2001, 1240), den Gutsbesitzer (RG Gruchot 71, 253), für den Insolvenzverwalter, der Warenvorräte aus der Masse veräußert und dabei in größerem Umfang am Geschäftsverkehr teilnimmt (BGH WM 1987, 592), für öffentliche Unternehmen, aber nicht ohne weiteres Behörden (BGH NJW 1964, 1223 betr. Hochbauamt), nicht für einzelne Beamte (BGH WM 1981, 335). Anwaltliche Vertretung reicht nicht aus; es kommt auf die Partei an (BGH BB 1976, 664). Das bestätigte Geschäft muß zum Kreis der beruflich oder gewerblich bedingten Geschäfte des Empfängers gehören; auch ungewöhnliche Geschäfte können darunter fallen.¹⁴⁵ Die Vermutung des § 344 I ist aber nicht analog anwendbar (*Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 18). Die Rspr. hat nach altem Recht fallweise für Minderkaufleute Ausnahmen von der Anwendung der Grundsätze über das Bestätigungsschreiben anerkannt.¹⁴⁶ Diese Ausnahmen sind nach heutigem Recht auf den „kleineren“ Kaufmann nicht übertragbar. Zur Anwendung der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf den GmbH-Geschäftsführer, der sich für Gesellschaftsschuld persönlich verbürgt OLG Düsseldorf ZIP 2004, 1211; *Pfeiffer* EWiR 2004, 707 f.

- 64** bb) Ist der **Absender** Nichtkaufmann, gelten für dessen Bestätigungsschreiben an den Kaufmann die allgemeinen Grundsätze: Der nicht einverständene Kaufmann muß widersprechen, wenn er erkennen muß, daß der Absender eine Behandlung nach kaufmännischer Sitte erwarten darf (BGHZ 40, 42, 43 f). Die h.M. nimmt dies jedoch nur an, wenn der Absender ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsverkehr teilnimmt, wendet also die gleichen Kriterien wie beim Empfänger an (BGH aaO; *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 27). Nach *Baumbach/Hopt* (§ 346 Rdn. 19) ist auch der reine Privatmann als Absender geschützt. Dem ist für den Fall zuzustimmen, daß er nach den Umständen eine Behandlung nach kaufmännischen Grundsätzen von seinem kaufmännischen Geschäftspartner (Empfänger) erwarten kann.

5. Internationaler Verkehr

- 65** Ist auf einen im internationalen Handelsverkehr geschlossenen Vertrag deutsches Recht anzuwenden, so ist gem. § 346 auch deutscher und ggf. vorrangig gemeinsamer

¹⁴³ BGH NJW 1982, 1751; BGHZ 93, 338, 343.

¹⁴⁴ BGH NJW 1964, 1223; OLG Düsseldorf ZIP 2004, 1211 (Ls.); *Schlegelberger/Hofermehl* § 346 Rdn. 136; *Großkomm/Koller* § 346 Rdn. 25 ff, *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 18; *Hopt* AcP 183 (1983), 691; *Pfeiffer* EWiR 2004, 707 f.

¹⁴⁵ BGH WM 1969, 993; 1975, 325.

¹⁴⁶ BGHZ 11, 1, 3 (kleinerer nicht eingetragener Schrotthändler); BGH BB 1967, 186 (kleiner Sägewerkbesitzer); OLG Frankfurt MDR 1966, 512 (kleine Färberei).

internationaler Handelsbrauch anzuwenden.¹⁴⁷ Die Regeln über die zustimmende Bedeutung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben sind international verbreitet, aber keineswegs universell anerkannt.¹⁴⁸ Es kommt also darauf an, ob die (ausländische) Partei von diesem Handelsbrauch erfaßt wurde und ob sie ihn kennen mußte (oben Rdn. 14 u. OLG Köln NJW 1988, 2182). Geht man (nur) von einem deutschen Handelsbrauch aus (der inzwischen Gewohnheitsrecht geworden ist; Rdn. 49), dann kommt es für die Frage, ob die ausländische Partei diesem unterworfen ist, zunächst darauf an, ob deutsches Vertragsstatut gilt und ob dieses sich auch auf vorvertragliches Verhalten bezieht und ob das Bestätigungsschreiben diesem zuzurechnen ist,¹⁴⁹ obwohl es sich auf einen behaupteten Vertragsschluß bezieht. Nach früherem deutschen IPR (bis 1986) war im Hinblick auf Handlungen und Unterlassungen vor Vertragsschluß eine isolierte Anknüpfung vorzunehmen:¹⁵⁰ Hatte der Empfänger des Bestätigungsschreibens einen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem der zahlreichen Länder, die dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben keine oder nur geringe Bedeutung beimessen (dazu *Ebenroth* ZVglRW 77 (1978), 161), dann war der Empfänger nicht gebunden.¹⁵¹ Dies galt aber nur für den Fall, daß der ausländische Partner tatsächlich vom Ausland aus das Geschäft tätigte (Distanzgeschäft), nicht wenn er in Deutschland oder durch eine deutsche Niederlassung abschloß (BGH RIW 1976, 534).

Nach dem seit 1.9.1986 geltenden IPR ist gem. Art. 31 I EGBGB auch für den Vertragsschluß das Vertragsstatut maßgeblich. Auf den Vertrag, der deutschem Recht untersteht, ist demnach auch das Gewohnheitsrecht über die Bedeutung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben anzuwenden. Schon nach diesen Grundsätzen ist u.U. auf die Unkenntnis des ausländischen Kaufmanns Rücksicht zu nehmen (allg. oben Rdn. 13). Das neue Kollisionsrecht führt ggf. zum gleichen Ergebnis. Denn nach Art. 31 II EGBGB bleibt es unter besonderen Umständen bei der **Sonderanknüpfung** für die Frage der Zustimmung zu einem Vertrag. Demnach kann sich eine Partei auf das Recht ihres gewöhnlichen Aufenthaltes berufen, wenn es nach den Umständen nicht gerechtfertigt wäre, auf die Frage, ob diese Partei dem Vertrag zugestimmt hat, das (dieser Partei fremde) Vertragsstatut anzuwenden. Die ausländische Partei kann daher insbes. im Distanzgeschäft geltend machen, nach ihrem Aufenthaltsrecht sei Schweigen auf das Bestätigungsschreiben keine Zustimmung.¹⁵² Anders, wenn die Umstände die Anwendung der deutschen Grundsätze rechtfertigen. Solche Umstände sind zu bejahen, wenn in einer längeren Geschäftsbeziehung diese Grundsätze bereits früher angewandt wurden oder der ausländische Partner sonst zu erkennen gibt, daß er das deutsche Handelsgewohnheitsrecht zu diesem Punkt genau kennt und (vorkonsensual) akzeptiert. Zu den Umständen, die gegen eine Anwendung sprechen, gehört die Abfassung des Bestätigungsschreibens in einer anderen als der Ver-

66

¹⁴⁷ BGH IPRspr. 1984, Nr. 37; *Lüderitz* JZ 1963, 170 f; *Reithmann/Martiny* Rdn. 765.

¹⁴⁸ *Ebenroth*, ZVglRW 77 (1978), 161 ff; *Reithmann/Martiny* Rdn. 218; *Kröll/Hennecke* RabelsZ 2003, 448 ff; zu undifferenziert OLG Köln NJW 1988, 2182; *Baumbach/Hopt* § 346 Rdn. 29.

¹⁴⁹ So die ü.M.; BGHZ 135, 137; *Reithmann/Martiny* aaO (Fn. 148); str.

¹⁵⁰ BGHZ 57, 72; Überblick *Reithmann/Martiny* Rdn. 218.

¹⁵¹ BGHZ 57, 72 ff; OLG Frankfurt RIW 1983, 59; vgl. auch *Sandrock/Beckmann* Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, Bd. I 1980, B 9 ff.

¹⁵² BGHZ 135, 138; OLG Hamm RIW 1994, 1047; OLG Frankfurt/M. IPRax 1988, 99; dazu *Schwenzer* IPRax 1988, 86 ff.