

Heymann
Handelsgesetzbuch

Sammlung Guttentag
Heymann
Handelsgesetzbuch
(ohne Seerecht)

Kommentar
von

Volker Emmerich
Thomas Honsell
Willi Jung
Harro Otto

Harald Herrmann
Norbert Horn
Rudolf J. Niehus
(unter Mitarbeit von Willi Scholz)
Jürgen Sonnenschein

Band 4

Viertes Buch
§§ 343—460; Anhang



1990

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Die Bearbeiter:

Professor Dr. Volker Emmerich, Universität Bayreuth, Richter am OLG Nürnberg
Professor Dr. Harald Herrmann, Wiss. Hochschule Lüneburg
Dr. iur. habil. Thomas Honsell, Rechtsanwalt in München
Professor Dr. Norbert Horn, Universität zu Köln
Willi Jung, Wirtschaftsprüfer in Frankfurt am Main
Dipl.-Kfm. Rudolf J. Niehus, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in Düsseldorf
Dr. Willi Scholz, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in Düsseldorf
Professor Dr. Harro Otto, Universität Bayreuth
Professor Dr. Jürgen Sonnenschein, Universität Kiel

Zitiervorschlag: z. B. Heymann / Emmerich, HGB, § 17 Rdn. 8

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) : Kommentar / Heymann.
Von Volker Emmerich ... — Berlin ; New York : de Gruyter.
(Sammlung Guttentag)
ISBN 3-11-008624-7
NE: Heymann, Ernst [Begr.]; Emmerich, Volker [Mitverf.]
Bd. 4 = Buch 4. §§ 343—460; Anhang. — 1989

©
Copyright 1989 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30

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.

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36

Buchbinderische Verarbeitung: Lüderitz & Bauer GmbH, 1000 Berlin 61

Inhaltsübersicht

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur XXIII

Viertes Buch. Handelsgeschäfte

Vorbemerkungen 1

I. Gegenstand und Anwendungsbereich des vierten Buches 2

1. Regelungsgegenstände 2

2. Allgemeine Normzwecke 3

3. Persönlicher Anwendungsbereich 3

II. Sonstige Normen für Handelsgeschäfte 4

III. Allgemeines Vertragsrecht der Handelsgeschäfte 4

1. Privatautonomie 4

2. Einzelfragen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit 5

3. Vertragsschluß 6

4. Formerfordernisse 7

5. Auslegung 9

6. Leistungsbestimmungsrechte und Vertragsanpassung 9

IV. AGB-Gesetz und Handelsgeschäfte 12

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit 12

2. Einbeziehung von AGB in Handelsgeschäfte 13

3. Inhaltskontrolle im kaufmännischen Bereich 16

V. Sonstiges allgemeines Schuldrecht der Handelsgeschäfte 18

1. Mangelnder Rechtsbindungswille 18

2. Die Haftung für culpa in contrahendo 19

3. Geschäftsverbindung 20

4. Vertrauenshaftung? 22

5. Verjährung 22

VI. Gerichtsstands- und Schiedsklauseln 23

VII. Das Vertragsstatut internationaler Handelsgeschäfte 24

1. Rechtswahl 24

2. Objektive Anknüpfung 26

3. Geltungsbereich des Vertragsstatuts 27

4. Zwingendes Recht 27

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften

§ 343 Begriff der Handelsgeschäfte 29

I. Normzweck 29

II. Handelsgeschäfte (Abs. 1) 29

1. Begriffsmerkmale; Arten 29

2. Kaufmann 30

3. Begriff des Geschäfts 31

4. Betriebszugehörigkeit des Geschäfts 32

III. Erweiterter Begriff der Betriebszugehörigkeit (Abs. 2) 33

§ 344 Vermutung für das Handelsgeschäft 33

I. Normzweck und Anwendungsbereich 34

1. Grundsatz 34

2. Anwendungsbereich	34
3. Gegenstände außerhalb der Vermutung	34
II. Die Vermutung des Abs. 1	35
1. Begriff des Geschäfts	35
2. Wirkung der Vermutung	35
3. Die Widerlegung der Vermutung	35
III. Die Vermutung des Abs. 2	36
1. Der Begriff des Schuldscheins	36
2. Wirkung und Widerlegung der Vermutung	36
§ 345 Einseitige Handelsgeschäfte	37
1. Arten der Handelsgeschäfte	37
2. Einseitige Handelsgeschäfte	37
3. Beiderseitige Handelsgeschäfte	38
§ 346 Handelsbräuche	38
I. Begriff und Geltung	40
1. Begriff	40
2. Geltungsweise	40
3. Persönlicher Anwendungsbereich	42
4. Räumlich-sachlicher Anwendungsbereich	43
5. Abgrenzungen	45
II. Entstehung und Feststellung	46
1. Die Entstehungskriterien	46
2. Normative Schranken der Geltung	47
3. Schriftliche Aufzeichnung von Handelsbrauch	48
4. Gerichtliche Feststellung	49
III. Die Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen	50
1. Auslegung und Fiktion bei Verhalten und Schweigen	50
2. Nicht empfangsbedürftige Annahmeerklärungen gem. § 151 BGB	50
3. Einzelfälle der Zustimmung durch Schweigen	51
4. Kaufmännische Bestätigungsschreiben	54
5. Internationaler Verkehr	59
IV. Handelsklauseln	59
1. Begriff und Funktion; Auslegung	59
2. Wichtige Handelsklauseln (alphabetische Übersicht)	61
3. Trade Terms (1953) (vgl. Rdn. 70)	73
4. Incoterms (Revision 1980)	81
§ 347 Sorgfaltspflicht	101
I. Zweck der Vorschrift	102
1. Fahrlässigkeitsmaßstab	102
2. Die relevanten Vorschriften des BGB	103
II. Anwendungsbereich der Norm	103
1. Normadressat: der Kaufmann	103
2. Handelsgeschäfte	105
3. Fahrlässigkeitshaftung	107
III. Der kaufmännische Sorgfaltsmaßstab (Abs. 1)	109
1. Objektiver Maßstab	109
2. Inhalte der Sorgfaltspflicht	109
IV. Geminderte Sorgfaltsmaßstäbe (Abs. 2)	110
1. Grundsatz	110
2. Grobe Fahrlässigkeit	111
3. Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten	111
V. Fälle verschärfter Haftung	111
1. Gesetzliche Regelung	111
2. Vertragliche Garantiehaftung	113
VI. Freizeichnung für Verschuldenshaftung	113

Inhaltsübersicht

1. Grundsatz. Gefälligkeit	113
2. Freizeichnung durch AGB	113
VII. Aufklärungspflichten und Auskunftshaftung	114
1. Begriff und Problemüberblick	115
2. Auskunfts- und Beratungsvertrag	117
3. Aufklärungspflicht und Auskunftshaftung als Nebenpflicht aus einem anderen Vertrag	119
4. Haftung aus culpa in contrahendo	119
5. Deliktische Haftung	121
6. Der Schutz Dritter	121
7. Haftungsfolgen	122
8. Fallgruppen	123
§ 348 Vertragsstrafe	126
I. Begriff und Funktion der Privatstrafe	127
1. Allgemeine Kennzeichnung	127
2. Die Verwirkung der Vertragsstrafe	128
II. Höhe der Vertragsstrafe und ihre Ermäßigung	129
1. Die Bestimmung der Höhe	129
2. Richterliche Herabsetzung gem. § 343 BGB	130
3. Keine Herabsetzung bei Vollkaufleuten	130
4. Sonstiger Schutz des Kaufmanns	131
III. AGB-Kontrolle von Vertragsstrafen	131
1. Grundsatz	131
2. Inhaltskontrolle gem. § 11 Nr. 6 und § 9 AGBG	132
3. Einzelfragen	132
IV. Verwandte Rechtsinstitute	132
V. Das Verhältnis zu öffentlichen Strafen	135
§ 349 Keine Einrede der Vorausklage	135
I. Zweck und Inhalt der Vorschrift	137
1. Bedeutung der Personalsicherheiten	137
2. Zweck der Vorschrift	137
3. Tatbestandsmerkmale	138
4. Anwendung des Bürgschaftsrechts des BGB	138
II. Die Bürgschaft	139
1. Begriff und Arten	139
2. Begründung und Verpflichtungsumfang	144
3. Einwendungen des Bürgen und Einwendungsausschluß	149
4. Erfüllung und Rückgriff	152
5. Verhältnis Hauptschuldner — Bürge	154
6. Internationales Privatrecht	154
7. Einige Anwendungsgebiete der Bürgschaft	155
III. Kreditauftrag	157
VI. Garantie	157
1. Begriff und Funktion	157
2. Rechtsbeziehungen der Beteiligten	158
3. Anwendungsfälle der Garantie	159
V. Andere der Bürgschaft verwandte Verpflichtungen	160
VI. Hermes-Deckungen (Ausfuhrleistungsgewährleistungen)	162
1. Funktion und Rechtsgrundlagen	162
2. Gewährleistungsvertrag und Deckungsformen	163
3. Geschäftsarten	164
4. Gedeckte Risiken	165
5. Rechtsbeständigkeit der gesicherten Forderung	166
6. Pflichten des Gewährleistungsenehmers (Exporteurs)	167
7. Entschädigung	168

§ 350	Formfreiheit	168
	I. Zweck und Inhalt der Vorschrift	169
	1. Zweck	169
	2. Tatbestandsmerkmale	170
	3. Rechtsfolge	170
	II. Bürgschaft	170
	III. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis	170
	1. Begriff und Entstehung	170
	2. Umkehr der Beweislast	171
	3. Abgrenzung	171
	4. Bereicherungsausgleich	172
	5. Praktische Bedeutung	172
§ 351	Minderkaufleute	173
§ 352	Gesetzlicher Zinssatz	173
	I. Zinsforderungen	174
	1. Zinsbegriff	174
	2. Die Zinsforderung	176
	3. Preisangabenrecht: Effektivzins	177
	II. Zweck und Inhalt der Regelung	178
	1. Regelung der Zinshöhe	178
	2. Der handelsgeschäftliche Zinsfuß (Abs. 1)	178
	3. Gesetzliche Zinsschuld nach HGB (Abs. 2)	179
	III. Zinsvereinbarungen und ihre gesetzlichen Grenzen	179
	1. Kündigungsrecht (§ 609 a anstelle § 247 BGB)	179
	2. Zinseszinsverbot	181
	3. Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB	181
	4. Kontrolle nach AGB-Gesetz	184
	IV. Insbesondere: Zinsen im Verzugsfall	185
	1. Die gesetzliche Regelung	185
	2. Verzugschadensregelungen in AGB	187
	V. Stundungsregelungen	188
§ 353	Fälligkeitszinsen	189
	1. Inhalt und Zweck der Norm	189
	2. Fälligkeitszinsen (S. 1)	189
	3. Zinseszinsverbot (S. 2)	190
§ 354	Provision; Lagergeld; Zinsen	191
	I. Vergütungsanspruch des Abs. 1	191
	1. Zweck und Funktion der Norm	191
	2. Tatbestand	192
	3. Vorrang der Vereinbarung	193
	4. Inhalt des Anspruchs	193
	II. Der Zinsanspruch des Abs. 2	194
	1. Zweck und Funktion der Norm	194
	2. Tatbestand	194
	3. Vorrang der Vereinbarung	195
	4. Rechtsfolge	195
§ 355	Laufende Rechnung, Kontokorrent	195
	I. Überblick. Begriff und Funktionen	196
	1. Überblick	196
	2. Definition; Periodizität	196
	3. Funktionen	197
	II. Voraussetzungen	197
	1. Geschäftsverbindung	197
	2. Kontokorrentabrede	198
	III. Sachlicher Umfang des Kontokorrents	199

Inhaltsübersicht

1. Grundsatz: Parteiwille	199
2. Kontokorrentfähigkeit	199
IV. Wirkungen des Kontokorrents	201
1. Die Kontokorrentbindung	201
2. Die Verrechnung	203
3. Das Saldoanerkennnis	204
4. Das Bankkontokorrent	205
V. Einzelfragen der Kontokorrentguthaben	207
1. Unterschiedliche Begriffe	207
2. Verzinsung (Abs. 1)	207
3. Abtretung	208
4. Verjährung	209
5. Sicherheiten; Pfändung	209
VI. Die Beendigung des Kontokorrents	209
1. Freiwillige Beendigungsgründe	209
2. Wirkung der Beendigung (Abs. 3)	210
3. Gesetzliche Beendigung	210
§ 356 Sicherheiten	211
I. Normzweck und Regelungsgrundsätze	212
1. Normzweck	212
2. Regelungsgrundsätze	212
II. Die fortbestehenden Sicherheiten	213
1. Einzelforderungen	213
2. Weiter Begriff der Sicherheit	213
3. Mithaftung Dritter	213
III. Der Umfang des Fortbestands	213
1. Doppelte Begrenzung	213
2. Die Bedeutung des Zwischensaldos	214
3. Mithaftung Dritter	215
4. Mehrere Sicherheiten	216
IV. Geltendmachung der Sicherheiten	216
1. Kontokorrentbindung	216
2. Einwendungen gegen die Sicherheit	217
3. Forderungsübergang	217
V. Kontokorrentsicherheiten	217
1. Grundsatz. Unanwendbarkeit des § 356	217
2. Einzelne Sicherheiten	217
3. Insbes. Kontokorrentkreditbürgschaft	218
§ 357 Pfändung des Saldos	218
I. Allgemeines	219
1. Normzweck	219
2. Die Vollstreckung ins Kontokorrent	219
3. Gemeinschaftskonten	221
4. Pfändungsschutz	221
II. Die Pfändung des gegenwärtigen Guthabens	221
1. Maßgeblichkeit des Zustellungssaldos	221
2. Unwirksamkeit nachträglicher Verfügungen	222
III. Die Pfändung künftiger Salden	224
1. Grundsatz	224
2. Ergänzende Forderungspfändungen	224
IV. Die Pfändung von Kontokorrentkrediten	225
1. Grundsätze: Kreditabrufrecht und Kreditguthaben	225
2. Pfändung des Kontokorrentkredits	226
§ 358 Zeit der Leistung	226
I. Allgemeine Kennzeichnung	227

	1. Normzweck	227
	2. Die Bestimmung der Leistungszeit	227
	II. Anwendung der Norm	228
	1. Voraussetzungen	228
	2. Gewöhnliche Geschäftszeit	228
	3. Rechtsfolgen	228
§ 359	Vereinbarte Zeit der Leistung; „acht Tage“	228
§ 360	Gattungsschuld	229
	I. Regelung der Gattungsschuld nach BGB	229
	1. Inhalt der Leistungspflicht (§ 243 I BGB)	229
	2. Konkretisierung (§ 243 II BGB)	231
	II. Die Regelung des § 360	232
	1. Normzweck und Rechtsfolge	232
	2. Tatbestandliche Voraussetzungen	233
	III. Qualitätsvereinbarungen	233
	1. Grundsatz	233
	2. Handelsklauseln	233
§ 361	Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen	233
	I. Die vertragliche Maßeinheit, Zeitrechnung und Währung	234
	1. Normzweck. Auslegungsregeln	234
	2. Maßeinheiten	234
	3. Zeitrechnung	234
	4. Währung	235
	II. Währungsrecht und Fremdwährungsschuld	236
	1. Deutsches Währungsrecht	236
	2. Devisenrecht	238
	3. Kollisionsrecht der Geldschuld	240
	4. Fremdwährungsschulden	240
	III. Wertsicherung von Geldforderungen	241
	1. Nominalismus und Wertsicherung	241
	2. Zulässige Wertsicherungsklauseln	242
	3. Die gesetzliche Anpassung von Geldforderungen	246
§ 362	Schweigen des Kaufmanns auf Anträge	247
	I. Zweck und Funktion der Norm	247
	1. Gegenstand und Zweck	247
	2. Erklärungsfiktion als Ausnahme	248
	II. Vertragsschluß durch Schweigen (Abs. 1)	248
	1. Voraussetzungen der Ablehnungspflicht	248
	2. Erfüllung der Ablehnungspflicht	250
	3. Rechtsfolge des Schweigens	250
	III. Pflichten bei Ablehnung (Abs. 2)	251
	1. Schadensabwendungspflicht	251
	2. Kostentragung. Grenzen der Pflicht	251
§ 363	Kaufmännische Orderpapiere	251
	I. Gekorene Orderpapiere	253
	1. Gegenstand und Zweck der Norm	253
	2. Orderpapiere	253
	II. Die kaufmännischen Papiere des Abs. 1	255
	1. Die kaufmännische Anweisung (Abs. 1 S. 1)	255
	2. Der kaufmännische Verpflichtungsschein (Abs. 1 S. 2)	257
	III. Wertpapiere des Fracht- und Lagerrechts (Abs. 2)	258
	1. Konnossement	258
	2. Ladeschein	259
	3. Lagerschein	259
	4. Transportversicherungsschein	259

IV. Traditionspapiere	260
1. Funktion und Dogmatik	260
2. Die Verfügung über die verbrieften Güter	261
V. Andere Warendokumente. Zulassung weiterer Orderpapiere	263
1. Sonstige Wertpapiere; neue Papiere	263
2. Rechtswirkungen in bezug auf die Waren	264
3. Orderpapiere des kombinierten Transports analog Abs. 2	265
§ 364 Indossament	266
I. Die Transportfunktion des Indossaments (Abs. 1)	266
1. Die Übertragung kaufmännischer Orderpapiere	266
2. Besondere Arten des Indossaments	267
3. Keine Garantiefunktion	269
4. Verfügung ohne Indossierung	269
II. Einwendungsausschluß (Abs. 2)	269
1. Grundsätzliches	269
2. Gültigkeitseinwendungen	270
3. Inhaltseinwendungen	271
4. Persönliche Einwendungen	271
III. Einlösung des Papiers (Abs. 3)	272
§ 362 Anwendung des Wechselrechts; Aufgebotsverfahren	272
I. Überblick. Anwendung von Wechselrecht	273
1. Regelungsgegenstände der Norm	273
2. Die anwendbaren Normen des WG	273
II. Form und Inhalt des Indossaments (Art. 13, 14 II WG)	274
1. Vollindossament	274
2. Blankoindossament	274
3. Teilindossament; Bedingung	275
4. Kaufmannseigenschaft	275
III. Die Legitimationswirkung des Indossaments	275
1. Begriff und Voraussetzungen	275
2. Legitimationswirkungen	276
IV. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten (Art. 16 II WG)	276
1. Allgemeines. Entstehung und Übertragung der Rechte	276
2. Der gutgläubige Rechtserwerb	276
3. Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs	277
4. Herausgabepflicht des Nichtberechtigten (Art. 16 II WG)	278
V. Befreiende Leistung an den Nichtberechtigten (Art. 40 III WG)	278
1. Befreiungswirkung	278
2. Voraussetzungen	278
VI. Das Aufgebot (Abs. 2)	279
1. Zweck; Verfahren	279
2. Wirkungen	279
§ 366 Gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen	279
I. Zweck und Gegenstände der Norm	280
1. Erweiterter Gutglaubensschutz	280
2. Die maßgeblichen Vorschriften des BGB	281
II. Gutglaubensschutz bei Veräußerung und Verpfändung (Abs. 1, 2)	283
1. Voraussetzungen	283
2. Verfügungsgeschäft	283
3. Guter Glaube	285
4. Rechtsfolge	287
5. Gutglaubensschutz nach BGB	287
III. Gutglaubensschutz bei gesetzlichen Pfandrechten (Abs. 3)	288
1. Überblick	288
2. Entstehung bei Eigentum	288

	3. Gutgläubensschutz gem. §§ 932 ff BGB	288
	4. Entstehung bei Verfügungsmacht	289
	5. Gutgläubensschutz an Verfügungsmacht	289
§ 367	Gutgläubiger Erwerb gewisser Wertpapiere	289
	1. Normzweck. Vermutung der Bösgläubigkeit	290
	2. Die erfaßten Wertpapiere	290
	3. Die Voraussetzungen der Vermutung	291
	4. Wirkung der Vermutung	292
§ 368	Pfandverkauf	292
	1. Normzweck	293
	2. Tatbestand	294
	3. Rechtsfolgen	294
	4. Abdingbarkeit; Bankenpfandrecht	294
§ 369	Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht	295
	I. Allgemeine Kennzeichnung	296
	1. Begriff und Funktion	296
	2. Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB	296
	3. Wirkung und Durchsetzung des ZBR i. allg.	296
	II. Die Voraussetzungen des kaufmännischen ZBR (Abs. 1)	298
	1. Forderungen aus Handelsgeschäft	298
	2. Gegenstände der Zurückbehaltung	300
	III. Wirkungen des ZBR, insbes. gegen Dritte (Abs. 2)	303
	1. Wirkungen im allgemeinen	303
	2. Wirkung im Konkurs	303
	3. Wirkungen gegenüber Dritten	304
	IV. Ausschluß des ZBR (Abs. 3)	305
	1. Besondere Pflicht	305
	2. § 242 BGB	305
	3. Vertraglicher Ausschluß des ZBR	306
	V. Abwendung der Zurückbehaltung (Abs. 4)	306
	VI. Übergang und Erlöschen des ZBR	306
	1. Übertragung; Übergang	306
	2. Erlöschen	307
	VII. Rechtsgeschäftliche Bestellung	307
§ 370	Außerordentliches Zurückbehaltungsrecht	307
	1. Zweck und Voraussetzungen	307
	2. Die Rechtsfolgen	308
§ 371	Befriedigungsrecht	309
	I. Zweck und Gegenstand der Norm	309
	1. Befriedigungsrecht	309
	2. Überblick über Abs. 1–4	310
	II. Vollstreckungsbefriedigung (Abs. 3 S. 1)	310
	III. Verkaufsbefriedigung (Abs. 2–4)	311
	1. Voraussetzungen (Abs. 3, 4)	311
	2. Durchführung der Verwertung	312
§ 372	Eigentumsfiktion und Rechtskraftwirkung bei Befriedigungsrecht	313
	1. Das Problem des Dritteigentümers	313
	2. Fortdauer des Eigentums des Schuldners	314
	3. Rechtskrafterstreckung	314

Anhang § 372. Bankgeschäfte

I.	Allgemeiner Teil	316
	1. Bankgeschäfte. Begriff und Rechtsgrundlagen	317
	2. Die Rechtsbeziehung zwischen Bank und Kunden	318

Inhaltsübersicht

3. Bankgeheimnis und Bankauskunft	330
4. Beratungs-, Aufklärungs- und Warnpflichten der Bank	340
5. Die Rechtsbeziehung der Bank zu Nichtkunden	342
6. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Banken	343
II. Einlagengeschäft und Bankkonto	343
1. Grundbegriffe	344
2. Kontobezeichnung und Kontoinhaber	347
3. Vertretungs- und Verfügungsmacht	353
4. Die Übertragung und Vererbung des Kontos	355
III. Girogeschäft und Zahlungsverkehr	358
1. Überblick	359
2. Die Giroüberweisung	360
a) Der Überweisungsauftrag	361
b) Die ausführenden Banken	363
c) Die Rechtsstellung des Empfängers	364
d) Verhältnis Überweisender – Empfänger	368
e) Bereicherungsausgleich	371
3. Lastschriftverfahren	373
a) Wesen und Rechtsgrundlagen	373
b) Der Lastschriftschuldner im Abbuchungsauftragsverfahren	375
c) Der Lastschriftschuldner im Einzugsermächtigungsverfahren	377
d) Mißbrauch des Widerspruchsrechts	378
e) Stellung des Lastschriftgläubigers	380
f) Verhältnis der Banken	380
g) Verhältnis Lastschriftgläubiger – Lastschriftschuldner	381
h) Konkurs	382
i) Bereicherungsausgleich	383
4. Zahlung mit Scheck	383
a) Funktion und Rechtsgrundlagen	384
b) Verhältnis Scheckaussteller – Banken	386
c) Verhältnis Scheckeinreicher – Banken	393
d) Rechtsbeziehungen der Banken	395
e) Verhältnis Scheckaussteller – Schecknehmer	395
f) Abhandengekommene Schecks	396
g) Bereicherungsausgleich	397
h) Scheckkarte	397
5. Der Reisescheck	401
a) Funktion und Rechtsnatur	401
b) Rechte aus dem Reisescheck	402
c) Übertragung des Reiseschecks	402
d) Abhandengekommene und gefälschte Schecks	403
6. Die Kreditkarte	403
a) Begriff und Funktion	404
b) Der Kreditkartenvertrag	405
c) Der Vertrag Kartenherausgeber – Vertragsunternehmen	407
d) Vertrag Karteninhaber – Vertragsunternehmen	408
e) Kundenkreditkarten	409
7. Geldausgabeautomaten	409
a) Begriff und Funktion	409
b) Das Verhältnis Kunde – Bank	410
c) Verhältnis zu fremden Kreditinstituten	411
d) Mißbrauchsrisiko	412
IV. Dokumenteninkasso und Dokumentenakkreditiv	413
1. Dokumenteninkasso	413
a) Begriff, Funktion und Rechtsgrundlage	414

b)	Der Inkassoauftrag an die Einreicherbank	415
c)	Die Einschaltung weiterer Inkassobanken	418
d)	Das Exportgeschäft	420
2.	Das Dokumentenakkreditiv	420
a)	Begriff, Funktion und Rechtsgrundlagen	421
b)	Der Akkreditivauftrag	424
c)	Der Akkreditivanspruch	430
d)	Das Exportgeschäft (Valutaverhältnis)	438
e)	Bereicherungsausgleich	439
f)	Rechtsmißbrauch des Akkreditivs	440
V.	Die Bankgarantie	444
1.	Begriff, Funktion und anwendbares Recht	446
a)	Die Garantie im Avalgeschäft der Banken	446
b)	Die Bankgarantie im Außenhandel	447
c)	Anwendungsarten der Garantie	447
d)	Anwendbares Recht	449
e)	Die Bankgarantie als internationales Rechtsinstitut	451
2.	Der Garantieauftrag	452
a)	Geschäftsbesorgung der Bank	452
b)	Pflichten des Auftraggebers	455
c)	Die Einschaltung der Zweitbank	456
3.	Der Garantieanspruch	459
a)	Zahlungspflicht und Garantiefall	459
b)	Garantiebetrag und Garantiefrist	461
c)	Einwendungen	462
d)	Übertragung der Garantie	464
4.	Das Valutaverhältnis	464
5.	Bereicherungsausgleich	464
6.	Mißbräuchliche Inanspruchnahme	465
a)	Mißbrauchstatbestand	465
b)	Eilmaßnahmen	468
VI.	Weitere Gebiete des Bankrechts	470

Zweiter Abschnitt. Handelskauf

§ 373	Annahmeverzug des Käufers	471
§ 374	Vorschriften des BGB über Annahmeverzug	471
	I. Allgemeines	472
	II. Annahmeverzug des Käufers	472
	III. Hinterlegung	473
	IV. Der Selbsthilfeverkauf	474
§ 375	Bestimmungskauf	478
	I. Anwendungsbereich	478
	II. Verzug des Käufers	479
	III. Insbes. die Selbstspezifikation des Verkäufers	480
	IV. Die Rechte aus § 326 BGB	481
§ 376	Fixhandelskauf	481
	I. Überblick	482
	II. Voraussetzungen	483
	III. Rechtsfolgen	484
§ 377	Untersuchungs- und Rügepflicht	486
	I. Überblick	487
	II. Zweck	487
	III. Anwendungsbereich	488
	IV. Ablieferung	489

Inhaltsübersicht

V. Die Untersuchung der Ware	491
VI. Verdeckte Mängel	497
VII. Die Rüge	498
VIII. Rechtsfolgen	501
§ 378 Untersuchungs- und Rügepflicht bei Falschlieferung oder Mengenfehlern	504
I. Zweck	504
II. Anwendungsbereich	505
III. Quantitätsmängel	507
IV. Rügepflicht	508
V. Die Rechtsfolgen bei Versäumung der Rügefrist	508
VI. Rechtsfolgen bei rechtzeitiger Rüge	510
VII. Der Ausnahmetatbestand des § 378 Halbs. 2	511
§ 379 Einstweilige Aufbewahrung; Notverkauf	514
I. Zweck	515
II. Anwendungsbereich	515
III. Aufbewahrungspflicht	516
IV. Notverkauf	517
§ 380 Taragewicht	519
I. Inhalt des § 380	519
II. Überblick über das Recht der Verpackung	520
§ 381 Kauf von Wertpapieren; Werklieferungsvertrag	522
I. Wertpapierkauf	522
II. Werklieferungsvertrag	524
§ 382 Viehmängel	524
1. Überblick über die Regelung des BGB	525
2. Bedeutung des § 382	525

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft

§ 383 Kommissionär; Kommissionsvertrag	526
I. Der Kaufmannstyp des Kommissionärs	527
II. Kommissionsvertrag	528
III. Das Ausführungsgeschäft	530
§ 384 Pflichten des Kommissionärs	532
I. Ausführungspflicht	533
II. Die Interessenwahrungspflicht	535
III. Die Benachrichtigungspflicht	537
IV. Die Rechenschaftspflicht	539
V. Die Herausgabepflicht	540
§ 385 Weisungen des Kommittenten	540
I. Weisungsverletzungen	540
II. Zurückweisungsrecht	543
III. Schadensersatz	544
IV. Berechtigtes Abweichen von Weisungen	544
§ 386 Preisgrenzen	544
I. Preissetzung	545
II. Zurückweisungsfrist	545
III. Genehmigungsfiktion	546
IV. Deckungszusage	546
§ 387 Vorteilhafterer Abschluß	546
§ 388 Beschädigtes oder mangelhaftes Kommissionsgut	547
I. Rechtswahrungspflichten des Abs. 1	547
II. Notverkaufsrecht des Abs. 2	549
§ 389 Hinterlegung; Selbsthilfeverkauf	549

§ 390	Haftung des Kommissionärs für das Gut	550
	I. Die Haftung für Sachbeschädigung und Verlust (Abs. 1)	550
	II. Versicherungspflichten (Abs. 2)	550
§ 391	Untersuchungs- und Rügepflicht; Aufbewahrung; Notverkauf	551
	I. Gewährleistungsrechte des Kommittenten	551
	II. Aufbewahrung; Notverkauf	552
§ 392	Forderungen aus dem Kommissionsgeschäft	552
	I. Außenverhältnis	553
	II. Innenverhältnis	554
§ 393	Vorschuß; Kredit	556
	I. Verhältnis zur Interessenwahrungspflicht	557
	II. Berechtigter Kredit	557
	III. Unberechtigter Kredit	558
§ 394	Delkredere	559
	I. Delkrederehaftung	559
	II. Delkredereprovision	560
§ 395	Wechselindossament	560
§ 396	Provision des Kommissionärs; Ersatz von Aufwendungen	561
	I. Provision	561
	II. Aufwendungsersatz	563
	III. Vorschuß	564
§ 397	Gesetzliches Pfandrecht	564
§ 398	Befriedigung aus eigenem Kommissionsgut	564
§ 399	Befriedigung aus Forderungen	565
§ 400	Selbsteintritt des Kommissionärs	565
§ 401	Deckungsgeschäft	566
§ 402	Unabdingbarkeit	566
	I. Marktökonomische Grundlagen	566
	II. Voraussetzungen	567
	III. Folgen	568
	IV. Abdingbarkeit	571
§ 403	Provision bei Selbsteintritt	572
§ 404	Gesetzliches Pfandrecht	573
§ 405	Ausführungsanzeige und Selbsteintritt; Widerruf der Kommission	573
§ 406	Ähnliche Geschäfte	574

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft

Vorbemerkungen	576
1. Überblick über den Regelungszusammenhang	576
2. Privatautonome Ausgestaltung	577
3. Speditionsvertrag als Geschäftsbesorgung	578
§ 407 Begriff des Spediteurs; anzuwendende Vorschriften	578
I. Begriff des Spediteurs (Abs. 1)	579
1. Das Besorgen von Güterversendung	579
2. Die Einschaltung eines Frachtführers oder Verfrachters	579
3. Das Besorgen als Tätigkeit im eigenen Namen für Rechnung des Versenders	580
4. Gewerbsmäßige Übernahme	581
II. Abschluß des Speditionsvertrags und Einbeziehung der ADSp; Vertragsbeendigung	581
1. Vertragsschluß	581
2. Einbeziehung der ADSp	581
3. Beendigung	582
III. Anwendbares Kommissionsrecht (§ 407 Abs. 2)	583
1. Vorrang der §§ 407 ff	583
2. Spezifisch kommissionsrechtliche Vorschriften	583
3. Entsprechend anwendbare Vorschriften	583

Inhaltsübersicht

§ 408	Pflichten des Spediteurs	584
	I. Pflichten des Spediteurs	585
	1. Abschluß der Ausführungsgeschäfte	585
	2. Nebenpflichten	585
	II. Haftung des Spediteurs	587
	1. Sorgfaltsmaßstab und Verschuldenszurechnung	587
	2. Haftungstatbestände	588
	3. Haftungsbeschränkungen	588
	III. Begrenzter Frachtkostensersatz (Abs. 2)	590
§ 409	Fälligkeit der Provision	590
	I. Provisionsanspruch des Spediteurs	591
	1. Entstehung und Fälligkeit	591
	2. Umfang des Provisionsanspruchs	591
	3. Provisionsanspruch bei Widerruf und Leistungsstörung	592
	II. Ersatz von Aufwendungen	593
	1. Aufwendungen	593
	2. Fälligkeit und Art des Ersatzes	593
	III. Schadensersatzansprüche	594
	IV. Verjährung und Durchsetzung	594
§ 410	Gesetzliches Pfandrecht	595
	I. Gesetzliches Spediteurspfandrecht	595
	1. Voraussetzungen	595
	2. Versendungsgut als Pfandgegenstand; gesicherte Forderungen	596
	3. Ausgestaltung und Erlöschen des Spediteurspfandrechts	597
	II. Vertragliches Pfandrecht (Überblick)	597
§ 411	Zwischenspediteur	598
	1. Pflicht des Spediteurs zur Rechtswahrung (Abs. 1)	598
	2. Rechtsübergang auf den Zwischenspediteur bei Befriedigung des Vormanns (Abs. 2)	599
§ 412	Selbsteintritt des Spediteurs	600
	1. Befugnis des Spediteurs zum Selbsteintritt (Abs. 1)	601
	2. Rechte und Pflichten des Spediteurs bei Selbsteintritt (Abs. 2)	602
§ 413	Spedition zu festen Spesen; Sammelladung	605
	I. Spedition zu festen Kosten (Abs. 1)	605
	1. Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten	605
	2. Wirkung der Spedition zu festen Kosten	606
	II. Sammelladung-Spedition (Abs. 2)	607
	1. Begriff und Zulässigkeit	607
	2. Rechtsfolgen der zulässigen Sammelladung-Spedition	608
§ 414	Verjährung	609
	1. In Jahresfrist verjährende Ansprüche (Abs. 1 S. 1)	609
	2. Abweichende Vereinbarungen	610
	3. Verjährungsbeginn (Abs. 2)	611
	4. Aufrechnung mit verjährten Ansprüchen (Abs. 3)	611
	5. Vorsätzliche Vertragsverletzung des Spediteurs (Abs. 4)	612
§ 415	Gelegenheitsspediteur	612

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft

§ 416	Begriff des Lagerhalters	613
	I. Merkmale des Lagerhalters	613
	1. Lagern und Aufbewahren (Obhut) von Gütern	614
	2. Gewerbsmäßige Lagerhaltung	615
	3. Privatrechtliche Übernahme	615
	II. Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht	615
	1. Vertragsschluß	615
	2. Verwahrungs- und Geschäftsbesorgungsrecht	616

3. Leistungsstörungen und Drittschadensliquidation	617
4. Sonstiges	618
III. Sonderregelungen außerhalb des HGB	618
1. Verordnung über Orderlagerscheine	618
2. Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (ADSp)	618
3. Sonstige Allgemeine Geschäftsbedingungen	619
§ 417 Rechte und Pflichten des Lagerhalters	619
I. Vertragshaftung	619
II. Deliktshaftung	621
III. Versicherungspflichten	622
IV. Selbsthilferechte	622
§ 418 Besichtigung während der Geschäftszeit	623
§ 419 Sammellagerung	624
§ 420 Lagerkosten	625
§ 421 Gesetzliches Pfandrecht	626
§ 422 Rücknahme des Gutes	627
§ 423 Verjährung	628
§ 424 Übergabe des Lagerscheins	629
ANHANG I zu § 424	631
Allgemeine Deutsche Spediteur-Bedingungen	631
ANHANG II zu § 424	632
Verordnung über Orderlagerscheine vom 16. 12. 1931	632

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft

Vorbemerkungen	643
1. Konzeption des Beförderungsrechts im HGB	643
2. Vom HGB nicht geregelte Materien	643
3. Sonderregelungen des Landfrachtrechts und der Beförderung auf Binnengewässern	644
4. Kombiniertes Transport	644
§ 425 Begriff des Frachtführers	645
I. Frachtführer	645
II. Frachtvertrag	646
1. Inhalt	646
2. Abschluß des Frachtvertrages	647
3. Beendigung des Frachtvertrages	647
III. Pflichten aus dem Frachtvertrag (Überblick)	648
1. Frachtführerpflichten	648
2. Absender- und Empfängerpflichten	648
§ 426 Frachtbrief	649
1. Funktion des Frachtbriefes	450
2. Der Anspruch auf Ausstellung eines Frachtbriefes (Abs. 1)	650
3. Inhalt des Frachtbriefes (Abs. 2)	651
4. Absenderhaftung bei fehlerhaften Angaben im Frachtbrief (Abs. 3)	652
§ 427 Begleitpapiere	652
1. Absenderpflicht zur Übergabe der Begleitpapiere an den Frachtführer (S. 1)	652
2. Haftung des Absenders (S. 2)	653
§ 428 Lieferfrist; Verhinderung der Beförderung	653
1. Bestimmung der Lieferzeit (Abs. 1)	654
2. Zeitweilige Beförderungshindernisse (Abs. 2)	654
§ 429 Haftung des Frachtführers	655
I. Überblick über die Frachtführerhaftung	656
II. Die Frachtführerhaftung gemäß Abs. 1	656
1. Haftung für Schäden aus Verlust oder Beschädigung des Frachtguts (Abs. 1 1. Alt.)	656
2. Versäumnis der Lieferzeit (Abs. 1 2. Alt.)	658
3. Entlastungsbeweis (Abs. 1 2. Hs.)	658

Inhaltsübersicht

- III. Bedingte Haftung für Beschädigung und Verlust von Kostbarkeiten usw. (Abs. 2) 659
 - 1. Zweck und Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkung 659
 - 2. Beschaffenheits- oder Wertangabe bei Kostbarkeiten 660
- IV. Sonderfrachtrecht und vertragliche Modifikation der Haftung 660
 - 1. Sonderfrachtrecht 660
 - 2. Vertragliche Haftungsmodifikation 661
- V. Konkurrierende Haftungstatbestände 661
 - 1. Allgemeine Vertragshaftung 661
 - 2. Deliktische Haftung 661
- § 430 Umfang des Ersatzes 662
 - 1. Ratio und Anwendungsbereich 663
 - 2. Haftungsumfang bei Verlust (Abs. 1) 664
 - 3. Haftungsumfang bei Beschädigungen (Abs. 2) 665
 - 4. Wegfall der Haftungsbeschränkung bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (Abs. 3) . . 665
- § 431 Haftung für Gehilfen 666
 - 1. Anwendungsbereich 666
 - 2. Leutehaftung (1. Alternative) 666
 - 3. Haftung für andere Personen (2. Alternative) 667
- § 432 Mehrere Frachtführer 667
 - 1. Haftung des Frachtführers bei Einschaltung eines Unterfrachtführers (Abs. 1) 668
 - 2. Eintritt des Unterfrachtführers in den Hauptfrachtvertrag (Abs. 2) 668
 - 3. Innenverhältnis der beteiligten Frachtführer (Abs. 3) 669
- § 433 Verfügungsrecht des Absenders 670
 - I. Verfügungsrecht des Absenders (Abs. 1) 671
 - 1. Begriff des Verfügungsrechts; Anwendungsbereich des Abs. 1 671
 - 2. Inhalt und Ausübung des Verfügungsrechts 671
 - 3. Kostenerstattungsanspruch (Abs. 1 S. 2) 672
 - II. Erlöschen des Verfügungsrechts (Abs. 2) 672
 - 1. Voraussetzungen 672
 - 2. Folgen 673
- § 434 Rechte des Empfängers vor der Ankunft des Gutes 674
 - 1. Voraussetzungen eines Empfängerweisungsrechts vor Ankunft des Gutes 674
 - 2. Inhalt und Grenzen des Empfängerweisungsrechts 674
 - 3. Folgepflicht des Frachtführers 674
- § 435 Rechte des Empfängers nach der Ankunft des Gutes 675
 - 1. Funktion 675
 - 2. Voraussetzungen des Rechtserwerbs gemäß S. 1 675
 - 3. Inhalt und Ausübung der Empfängerrechte 676
 - 4. Wegfall der Empfängerrechte 677
- § 436 Zahlungspflicht des Empfängers 678
 - 1. Charakteristik und Anwendungsbereich 678
 - 2. Tatbestand der Zahlungspflicht 678
 - 3. Umfang der Zahlungspflicht 680
- § 437 Ablieferungshindernisse 680
 - 1. Bedeutung und Anwendungsbereich 681
 - 2. Benachrichtigungs-, Rückfrage- und Wartepflicht des Frachtführers bei Ablieferungs-
hindernissen (Abs. 1) 681
 - 3. Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf; Benachrichtigungspflicht (Abs. 2 u. 3) 682
- § 438 Erlöschen der Ansprüche gegen den Frachtführer 683
 - 1. Ratio und Anwendungsbereich 684
 - 2. Tatbestand und Folge der Annahme (Abs. 1) 684
 - 3. Ausnahmetatbestände (Abs. 2, 3 und 5) 685
 - 4. Kosten des Sachverständigen (Abs. 4) 686
- § 439 Verjährung 686
 - 1. Anwendungsbereich 687

	2. Ansprüche gegen den Frachtführer	687
	3. Ansprüche des Frachtführers	687
§ 440	Gesetzliches Pfandrecht	688
	1. Allgemeines	688
	2. Voraussetzungen und Ausgestaltung des Frachtführerpfandrechts	688
	3. Erlöschen des Frachtführerpfandrechts (Abs. 2 und 3)	689
	4. Ausübung des Frachtführerpfandrechts	690
§ 441	Rechte und Pflichten des letzten Frachtführers	690
	1. Allgemeines	691
	2. Geltendmachung fremder Rechte durch den letzten Frachtführer (Abs. 1)	691
	3. Rechtsübergang auf den nachfolgenden Frachtführer (Spediteur) bei Befriedigung des Vormanns (Abs. 2 und 3)	693
§ 442	Haftung des abliefernden Frachtführers	693
	1. Haftung des Frachtführers bei Verletzung der Rechtswahrungspflicht (S. 1)	693
	2. Rückgriffsverlust (S. 2)	694
	3. Anspruch des Frachtführers gegen den Empfänger (S. 3)	695
§ 443	Rang mehrerer Pfandrechte	695
	1. Überblick	696
	2. Vorrang gem. Abs. 1	696
	3. Vorrang gem. Abs. 2	697
§ 444	Ladeschein	697
	1. Bedeutung des Ladescheins	697
	2. Charakterisierung	697
§ 445	Inhalt des Ladescheins	698
	1. Inhalt des Ladescheins (Abs. 1)	698
	2. Form (Abs. 2)	699
	3. Abschrift (Abs. 3)	699
§ 446	Ladeschein und Frachtvertrag	699
	1. Ladeschein und Frachtvertrag	700
	2. Insbesondere: Auslieferungsanspruch und sekundäre Ansprüche des Empfängers; Zahlungsanspruch des Frachtführers	700
	3. Das Verhältnis von Frachtführer zu Absender (Abs. 2)	701
§ 447	Legitimation durch Ladeschein	701
	1. Legitimation des Empfängers (Abs. 1)	702
	2. Verfügungsrecht des Ladescheinberechtigten (Abs. 2 und 3)	702
§ 448	Rückgabe des Ladescheins	703
	1. Zug-um-Zug-Verpflichtung des Frachtführers	703
	2. Einzelfragen	703
§ 449	Nachfolgender Frachtführer	704
	1. Tatbestand	704
	2. Eintritt des Unterfrachtführers in das Ladescheinverhältnis	704
§ 450	Wirkungen der Übergabe	704
	1. Tatbestand	704
	2. Traditionswirkung	705
§ 451	Gelegenheitsfrachtführer	705
§ 452	Güterbeförderung durch Post	706
	1. Öffentlich-rechtliche Stellung der Post	706
	2. Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen	706

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs

Vorbemerkungen	707
1. Regelung der Eisenbahnbeförderung im HGB	707
2. Sonstige Bestimmungen	708
3. Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs	708

Inhaltsübersicht

§ 453	Kontrahierungszwang	709
	1. Anwendungsbereich	709
	2. Der Kontrahierungszwang und seine Voraussetzungen im einzelnen (Abs. 1)	709
	3. Pflicht zur Annahme bzw. vorläufigen Einlagerung des Gutes (Abs. 2)	711
	4. Pflicht zur Beförderung nach der Reihenfolge (Abs. 3)	711
	5. Durchsetzung des Beförderungsanspruchs und Schadensersatz (Abs. 4)	711
§ 454	Haftung der Eisenbahn	712
	1. Überblick	712
	2. Die Haftung der Eisenbahn gem. § 454, §§ 82 Abs. 1, 83, 87 EVO	713
	3. Umfang der Ersatzpflicht	714
	4. Haftung der Eisenbahn für positive Vertragsverletzung und Delikt	715
§ 455	Versäumung der Lieferfrist	716
	1. Überblick	716
	2. Die Haftung der Eisenbahn gem. §§ 455, 82 Abs. 2 EVO	716
	3. Umfang des Ersatzanspruchs	717
§ 456	Erfüllungsgehilfen	718
	1. Anwendungsbereich	718
	2. Bedienstete und Erfüllungsgehilfen	718
§ 457	Gesetzliches Pfandrecht	719
§ 458	Eisenbahn-Verkehrsordnung	719
	1. Frühere Funktion	719
	2. Überblick zur EVO	720
§ 459	Reisegepäck	720
	1. Reisegepäck als Frachtgut	720
	2. Ausgestaltung des Reisegepäckvertrags durch die EVO (Überblick)	721
§ 460	Personenbeförderung	722
	1. Funktion	722
	2. Regelung der Personenbeförderung durch die EVO (Überblick)	722
	3. Ergänzend anwendbare Regeln	722
§§ 461–473	(aufgehoben)	
Anhang		
1.	Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken	724
2.	Allgemeine Deutsche Spediteur-Bedingungen (ADSp)	733
3.	Verordnung über Orderlagerscheine	744
4.	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive (ERA)	756
Stichwortverzeichnis		777

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

Abkürzungen sind nur enthalten, soweit sie ungebrauchlich oder im Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache von Hildebert Kirchner, 3. Aufl., Berlin 1983, nicht enthalten sind.

AAA	American Arbitration Association
abl.	ablehnend
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADWO	Allgemeine Deutsche Wechselordnung
ÄndVO	Änderungsverordnung
a. F.	alte Fassung
AfA	Absetzung für Abnutzung, Abschreibung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Jahr und Seite)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
aHGB	HGB, alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
AKV	Ausschuß für wirtschaftliche Verwaltung in Wirtschaft und öffentlicher Hand e. V.
ALB	Allgemeine Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports, abgedruckt bei Staub/Koller Anh. IV zu § 424
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
a. o.	außerordentlich
APB	Accounting Principles Board (Arbeitsgerichtsgesetz)
APD	Archives de Philosophie du Droit
ApotG	Gesetz über das Apothekenwesen
ArbZO	Arbeitszeitordnung
arg.	argumentum
AStG	Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz)
AusInvG	Gesetz über steuerliche Maßnahmen bei Auslandsinvestitionen der deutschen Wirtschaft (Auslandsinvestitionsgesetz)
BAB	Betriebsabrechnungsbogen
BayRBl.	Bayerisches Raiffeisenblatt
BdF	Bundesminister der Finanzen
Bericht Rechtsausschuß	Bericht des Rechtsausschusses zum RegEntw 1977, BT-Drucks. 8/3908 v. 18. 4. 1980
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BinnSchG	Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt (Binnenschifffahrtsgesetz)
BiRiLiG	Bilanzrichtliniengesetz
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen
BP	Betriebsprüfung

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

BPG	Buchprüfungsgesellschaft
BundesbahnG	Bundesbahngesetz
BWM	Bundesminister für Wirtschaft
BYIL	British Yearbook of International Law
Capelle/Canaris	Capelle/Canaris, Handelsrecht (ohne Gesellschafts- und Seehandelsrecht), 20. Aufl., München 1985
CCH	Commerce Clearing House
c. i. c.	culpa in contrahendo
CIM	Internationales Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr
CIV	Internationales Übereinkommen über den Eisenbahn-, Personen- und Gepäckverkehr
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
COM	Computer Output on Microfilm
COTIV	Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr
DATEV	Datenverarbeitungsorganisation des steuerberatenden Berufes in der Bundesrepublik Deutschland
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
DJ	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Amtliches Blatt der Deutschen Rechtspflege (Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr und Seite)
DStZ	Deutsche Steuerzeitung
E	Entwurf
ECE	European Commission for Europe (of the United Nations) (Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen)
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
Ehrenberg, Handbuch	Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschifffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts, hrsg. von Ehrenberg, Leipzig 1913 ff
EK	Eigenkapital
EK 01	unbelastetes, aus ausländischen Einkünften entstandenes Eigenkapital gem. § 30 Abs. 2 Nr. 1 KStG
EK 02	unbelastetes, aus steuerlichen Vermögensmehrungen entstandenes Eigenkapital gem. § 30 Abs. 2 Nr. 2 KStG
EK 03	Vor dem 1. 1. 1977 entstandene Altrücklagen gem. § 30 Abs. 2 Nr. 3 KStG
EK 04	Einlagen der Anteilseigner gem. § 30 Abs. 2 Nr. 4 KStG
EK 36	ermäßigtes, mit 36 % besteuertes verwendbares Eigenkapital gem. § 30 Abs. 1 Nr. 2 KStG
EK 56	vollbelastetes verwendbares Eigenkapital gem. § 30 Abs. 1 Nr. 1 KStG
EKAG	Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
EntwLStG	Gesetz über steuerliche Maßnahmen zur Förderung von privaten Kapitalanlagen in Entwicklungsländern (Entwicklungsländer-Steuergesetz)
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive
Erl.	Erläuterungen
EStDV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien
EuGVÜbk	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

EVO	Eisenbahn-Verordnung
EWG-V	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
FAMA	Fachausschuß für moderne Abrechnungssysteme
FASB	Financial Accounting Standards Board of the Financial Accounting Foundation (USA)
FG IdW	Fachgutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (Internationale Vereinigung Beratender Ingenieure)
Fifo	First in — first out
FM	Finanzminister, Finanzministerium
FN	Fachnachrichten des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
FR	Finanzrundschau (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GEFIU	Gesellschaft für Finanzwirtschaft in der Unternehmensführung e. V.
Gen.	Genossenschaft(en)
GewStDV	Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung
GIW	Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge
GmbHR oder GmbH-Rdsch.	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GoB	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung
Großkomm/Bearbeiter	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begr. von Staub, 3. Auflage von Brüggemann, Canaris, Fischer, Helm, Koller, Ratz, Schilling, Ulmer, Würdinger/Röhrich, Berlin 1967 ff; 4. Auflage s. Staub/Bearbeiter
Gr.S.	Großer Senat
Gruch(ot)	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)
GRUR	Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
HaustürWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
HFA	Hauptfachausschuß des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
Hifo	Highest in — first out
HoldheimsMS	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Begr. v. Justizrat Holdheim
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nr.)
HRV	Handelsregisterverfügung
Hs.	Halbsatz
HVR	Handelsvertreterrecht
HWR	Handwörterbuch des Rechnungswesens, 2. Aufl. (Kosiol/Chmielewicz/Schweitzer, Hrsg.)
HWRev./Hwb.Rev.	Handwörterbuch der Revision (Coenenberg/v. Wysocki, Hrsg.)

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

Hwb. unbest.R	Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB (Leffson/Rückle/Grossfeld, Hrsg.)
IAS	Rechnungslegungsgrundsatz des International Accounting Standards Committee
IASC	International Accounting Standards Committee
I. C. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly
IdW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
IdW FAMA	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V., Fachausschuß für moderne Abrechnungssysteme
IdW-NA	Institut der Wirtschaftsprüfer – Sonderausschuß Neues Aktienrecht
i. e.	im einzelnen
i. E.	im Ergebnis
IFAC	International Federation of Accountants
Inc.	Incorporated
Incoterms	International Commercial Terms
Inf	Die Information über Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
IntHK	Internationale Handelskammer
InvZulG	Investitionszulagengesetz
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Jahr und Seite)
i. S. d.	im Sinne des (der)
IWF	Internationaler Währungsfonds
JBusL	Journal of Business Law
Jh	Jahrhundert
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KapErhG	Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung
KapErhStG	Gesetz über steuerrechtliche Maßnahmen bei Erhöhung des Nennkapitals aus Gesellschaftsmitteln und bei Überlassung von eigenen Aktien an Arbeitnehmer (Kapitalerhöhungs-Steuerengesetz)
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Abteilung A) (Band und Seite)
Kifo	Konzern in – first out
Kilo	Konzern in – last out
krit.	kritisch
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Jahr und Seite)
Kübler	Kübler, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1985
KVO	Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeuge a
KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz)
Law and Policy Int. Bus.	Law and Policy in International Business
Lifo	Last in – first out
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, hrsg. von Lindenmaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung i. d. F. v. 11. 6. 1975, BGBl. I, S. 1351
mbH	mit beschränkter Haftung
MinBlfWi	Ministerialblatt des Bundesministers für Wirtschaft
Mio	Millionen
MitbestErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Mitbestimmungsergänzungsgesetz)

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsgesetz)
MüKo/Bearbeiter MuW	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Markenschutz und Wettbewerb (Zeitschrift)
NA	Sonderausschuß Neues Aktienrecht des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
Nachw.	Nachweis(e)
NB	Neue Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege (Zeitschrift)
n. F.	neue Fassung
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
No.	number
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe für Steuer- und Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
o. ä.	oder ähnliche(s)
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Band und Seite)
OLGR/OLG Rspr.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OLSchVO	Verordnung über Orderlagerscheine
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Band, Jahr und Seite)
o. V.	ohne Verfasser
Palandt/Bearbeiter Pub. PublG, PublizitätsG	Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch publication Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz)
RabattG	Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz)
RechtsVO	Rechtsverordnung
RegE	Regierungsentwurf
Rez.	Rezension
RIW	Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs (Jahr und Seite)
RKT	Reichskraftwagentarif
RMBL	Reichsministerialblatt
ROHG	Reichs-Oberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (Band und Seite)
RVR	Rundschau für Vertreterrecht
SAB I	Sonderausschuß Bilanzrichtlinien-Gesetz des IdW
Schlegelberger/Bearbeiter	Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Kommentar von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, 5. Aufl. München 1973 ff K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, Köln 1986
K. Schmidt, Gesellschaftsrecht	
Seuffa	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nr.)
Sp-Police	Speditionspolice
SSAP	Statements of Standard Accounting Practice
Staub/Bearbeiter	Handelsgesetzbuch, Staub-Großkommentar, 4. Auflage, Hrsg. Canaris, Schilling, Ulmer, Einzellieferungen, 1983 ff

Verzeichnis der Abkürzungen und der abgekürzt zitierten Literatur

StBp	Die steuerliche Betriebsprüfung (Zeitschrift)
StEK	Steuerklasse in Karteiform (Loseblattsammlung)
stG	stille Gesellschaft
StuW	Steuer und Wirtschaft (Jahr und Seite)
SVS/RVS	Speditions- und Rollfuhrversicherungsschein
TDM	Tausend DM
Tz.	Textziffer
u. ä.	und ähnliche(s)
u. E.	unseres Erachtens
UEC	Union Européenne des Exports Comestables Economiques et Financiers
u. M.	unsere Meinung
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht)
Verb.	Verbindung
VG	Vermögensgegenstand
Vorb.	Vorbemerkung
VP	Versicherungspraxis
VStG	Vermögenssteuergesetz
VStR	Vermögenssteuer-Richtlinien
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VW	Versicherungswirtschaft
Westermann, Handbuch	Westermann/Scherpf/Sigloch/Paulick/Bulla/Hackbeil, Handbuch der Personengesellschaften, Teil I, 4. Aufl. Köln 1979, Stand 1982
WFA	Wohnungswirtschaftlicher Fachausschuß des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
Wiedemann I	Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, Grundlagen, München 1980
Wiedemann, Übertragung	Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München 1965
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
WISU	Das Wirtschaftsstudium (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Jahr und Seite)
WT	Der Wirtschaftstreuhand (Zeitschrift)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WZG	Warenzeichengesetz
ZBB	Zeitschrift für Bank- und Börsenrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZGB	Zivilgesetzbuch (in Verbindung mit dem jeweils erlassenden Staat)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Band, Jahr und Seite)
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZonRFG	Gesetz zur Förderung des Zonenrandgebiets (Zonenrandförderungsgesetz)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; bis 1982: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Jahr und Seite)
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
zwh.	zweifelhaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band und Seite)

VIERTES BUCH

Handelsgeschäfte

Vorbemerkungen

Schrifttum. Zu den Lehrbüchern und Kommentaren zum HGB s. die Nachweise in der Einleitung I vor § 1 Rdn. 1. S. ferner *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *ders.*, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988 (= Staub Großkomm. HGB, 4. Aufl.) u. Vorauf., 1981; *Lüderitz*, Die Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966; *Müller-Graff*, Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, 1974; *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965; *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970; *Straatmann/Ulmer*, Handelsrechtliche Schiedsgerichtspraxis Bd. 1, 1975, Bd. 2, 1985.

Die Literatur zu den einzelnen Geschäftstypen ist bei diesen nachgewiesen, zum Bankrecht im Anh. zu § 372. Zum internationalen Handelsverkehr s. die Nachw. oben Einleitung III vor § 1 Rdn. 1; ergänzend seien zu einzelnen Vertragstypen und Rechtsfragen des internationalen Handelsverkehrs genannt: *Basedow*, Der Transportvertrag, 1987; *Dünnweber*, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, 1984; *Flocke*, Risiken beim internationalen Anlagevertrag, 1986; *Hinsch/Horn*, Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen, 1985; *Kirchner* u. a., Rohstofferschließungsvorhaben in Entwicklungsländern, Bde. 1—6, 1977 ff; *Kramer*, Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 1985; *Krumm*, Anlagenverträge im Osthandel, 1987; *Schlüter*, Management- und Consulting-Verträge, 1986. Zur Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen s. die Nachw. vor Einl. IV zu § 1.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Gegenstand und Anwendungsbereich des vierten Buches	1	3. Vertragsschluß	15
1. Regelungsgegenstände	1	a) Allgemeines; Schweigen	15
a) Handelsgeschäfte	1	b) Kundenschutz (AbzG; HausTWG; GewO)	17
b) Gesetzesaufbau; BGB und HGB	2	4. Formerfordernisse	18
2. Allgemeine Normzwecke	3	a) Allgemeines	18
3. Persönlicher Anwendungsbereich	4	b) Schriftformklauseln	20
II. Sonstige Normen für Handelsgeschäfte	5	c) Erfüllung der Schriftform	22
III. Allgemeines Vertragsrecht der Handelsgeschäfte	6	d) Überwindung des Formmangels	23
1. Privatautonomie	6	5. Auslegung	25
a) Abschlußfreiheit	6	6. Leistungsbestimmungsrechte und Vertragsanpassung	26
b) Kontrahierungszwang	7	a) Problemübersicht	26
c) Inhaltsfreiheit	8	b) Geschäftsgrundlage; Neuverhandlung	28
d) Schranken der Inhaltsfreiheit	9	c) Leistungsbestimmungsrechte	29
2. Einzelfragen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit	12	d) Automatik Klauseln	33
a) Grundsatz	12	e) Neuverhandlungsklauseln	34
b) Wechselrechtsfähigkeit	13	f) Wertsicherungsklauseln	35
c) Börsentermingeschäftsfähigkeit	14		

	Rdn.		Rdn.
IV. AGB-Gesetz und Handelsgeschäfte . . .	36	3. Geschäftsverbindung	62
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit . . .	36	a) Begriff	62
a) Kundenschutz im Handelsver- kehr	36	b) Rahmenvertrag	65
b) Verwender; Individualverein- barungen	37	4. Vertrauenshaftung?	68
2. Einbeziehung von AGB in Handels- geschäfte	39	5. Verjährung	70
a) Grundsatz	39	a) Kürzere Verjährung	70
b) Bestätigungsschreiben	40	b) Kaufmannseigenschaft	71
c) Handelsbrauch	41	c) Art der Ansprüche	72
d) Geschäftsbeziehung	42	d) Vierjährige Verjährung	75
e) Zusammentreffen von AGB	43	VI. Gerichtsstands- und Schiedsklauseln . . .	77
f) Internationale Vertragsschlüsse . .	44	VII. Das Vertragsstatut internationaler Handelsgeschäfte	78
3. Inhaltskontrolle im kaufmännischen Bereich	48	1. Rechtswahl	78
a) Grundsatz	48	a) Verweisungsvertrag	78
b) Differenzierende Gesichtspunkte .	49	b) Das gewählte Recht	79
c) Handelsbrauch	53	c) Versteinerungs- u. Stabilisie- rungsklauseln	80
d) Ausländisches Vertragsstatut . . .	55	d) Internationalisierung; lex merca- toria	81
V. Sonstiges allgemeines Schuldrecht der Handelsgeschäfte	56	e) Konkludente Rechtswahl	84
1. Mangelnder Rechtsbindungswille . .	56	2. Objektive Anknüpfung	85
a) Gefälligkeitsverhältnis	56	a) Engste Verbindung	85
b) Gentlemen's Agreement	57	b) Vermutungen	86
c) Vorstufen von Verträgen	58	3. Geltungsbereich des Vertragsstatuts .	87
2. Die Haftung für culpa in contra- hendo	59	4. Zwingendes Recht	88

I. Gegenstand und Anwendungsbereich des vierten Buches

1. Regelungsgegenstände

- 1 a) **Handelsgeschäfte.** Das vierte Buch des HGB (bis zum 1.1.1986 das dritte Buch) regelt das **Verkehrsrecht** der kaufmännischen Geschäftstätigkeit, also die Verträge und sonstigen Rechtsgeschäfte und 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** des kaufmännischen Unternehmers und das **Organisationsrecht** des kaufmännischen Unternehmensträgers; vgl. Einleitung 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, 7), während der Begriff „Geschäft“ in §§ 18, 21 ff das Unternehmen des Kaufmanns bezeichnet. „Handelsgeschäft“ wird in § 343 durch die Begriffe Kaufmann und Handelsgewerbe näher bestimmt, 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).

- 2 b) **Gesetzesaufbau; BGB und HGB.** Die kaufmännische Geschäftstätigkeit unterliegt grundsätzlich den allgemeinen Normen des Privatrechts und die Funktion der besonderen Normen des vierten Buchs des HGB läßt sich nur in diesem Kontext verstehen; vgl. auch Einleitung 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-, Speditions-, Lager- und Frachtgeschäft (§§ 383 ff, 407 ff, 416 ff, 425 ff), die aber ebenfalls als Modifikation von Vertragstypen des BGB, insbes. der §§ 631 ff, 675 BGB zu verstehen sind.

Ein erster Abschnitt enthält allgemeine Vorschriften (§§ 343–372), die für alle Handelsgeschäfte gelten sollen; der Abschnitt enthält aber auch Regelungen über spezielle Geschäftsformen, z. B. die Bürgschaft (§§ 349, 350). In den anschließenden Abschnitten werden besondere Vertragstypen geregelt (§§ 373–460). Dabei ist die Regelung des Handelskaufs (§§ 373–382) besonders lückenhaft; die Masse des Kaufrechts ist auch für den Kaufmann im BGB (§§ 433 ff) geregelt 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 statt dessen im ersten Buch geregelt, weil der Gesetzgeber Gesichtspunkte des kaufmännischen Organisationsrechts („Hilfspersonen“ des Kaufmanns; vgl. nur *Capelle/Canaris*, 20. Aufl., §§ 18, 19) und Statusrechts (zu beidem oben Einl. I vor § 1, Rdn. 24 u. 25) für ausschlaggebend hielt.

2. Allgemeine Normzwecke des Rechts der Handelsgeschäfte sind Klarheit, Sicherheit **3** und Schnelligkeit des Handelsverkehrs und Verlässlichkeit des Kaufmanns; vgl. auch Einleitung I vor § 1 Rdn. 28. Die wichtigsten Instrumente dazu sind: (1) Die Maßgeblichkeit der kaufmännischen Gebräuche und Klauselbedeutungen bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen und Rechtshandlungen (§§ 346, 358–361, 380, 413, 428); (2) die strikte Bindung des Kaufmanns an sein Wort, auch wenn es formlos gegeben ist (§§ 348–350) und ggf. auch an sein sonstiges Verhalten (§ 346; zur problematischen Kategorie der Vertrauenshaftung s. Rdn. 68); (3) die Verbindlichkeit eines bestimmten geschäftsüblichen Verhaltens, so daß ein Geschäftsbesorgungsauftrag eine Entgeltspflicht begründet (§ 354) und Schweigen in Ausnahmefällen als Annahme gilt (s. § 362 und zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben § 346, 44, 48 ff, 54 ff); (4) erweiterter Schutz des guten Glaubens an den Schein einer Rechtsposition (§§ 365–367); (5) rationelle Abwicklung von Geschäften, z. B. durch Verrechnung im Kontokorrent (§§ 355–357) und ihre rasche Abwicklung, z. B. durch kurzfristige Rügepflicht (§§ 377, 391); (6) weiterreichende und schärfer abgegrenzte Risikozuweisung, z. B. beim Fixhandelskauf (§ 376), 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, 45 ff.

3. Persönlicher Anwendungsbereich

Soweit das Gesetz in den einzelnen Normen des vierten Buches ein Handelsgeschäft **4** 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, wenn das Geschäft für eine bestimmte Partei Handelsgeschäft ist, z. B. für den Bürgen (§§ 349, 350); die kaufmännischen Sorgfaltspflichten gem. § 347 treffen nur den Kaufmann; s. § 347, 4 ff. Andere Normen setzen voraus, daß das Geschäft für beide Seiten ein Handelsgeschäft ist (vgl. §§ 377–379); Einzelheiten s. § 345.

II. Sonstige Normen für Handelsgeschäfte

- 5 Das BGB behält auch für die Privatrechtsgeschäfte des Handelsverkehrs seine grundlegende Bedeutung. Außerdem findet auf den privatrechtlichen Wirtschaftsverkehr eine Fülle weiterer Gesetze Anwendung, die nur z. T. als „kaufmännische Nebengesetze“ zu bezeichnen sind; daneben sind die Gebiete des Gesellschaftsrechts, des Verbraucher- und Kundenschutzes und das private Wettbewerbsrecht zu nennen; Überblick s. Einleitung I vor § 1 Rdn. 29–37; Rechtsquellennachweis Einleitung II vor § 1 Rdn. 8–20. Zum **Handelsbrauch**, der selbst nicht Rechtsquelle ist, aber aufgrund § 346 gewisse normative Wirkungen entfaltet, s. die Kommentierung zu § 346.

III. Allgemeines Vertragsrecht der Handelsgeschäfte

- 6 Da auf die Rechtsgeschäfte des Handelsverkehrs grundsätzlich die Vorschriften des BGB Anwendung finden (Rdn. 2), 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 und 12 GG verbürgte Privatautonomie (Vertragsfreiheit); vgl. auch Einleitung 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.¹ Bereits eingeleitete Vertragsverhandlungen dürfen abgebrochen werden, ohne daß grundsätzlich eine Pflicht zum Aufwendungsersatz entsteht.² Die schuldhafte Erwekung des Vertrauens auf einen Vertragsabschluß kann ausnahmsweise eine Schadensersatzpflicht auf das negative Interesse begründen³; vgl. auch zum besonderen Fall des § 663 BGB, § 362 HGB, BGH NJW 1984, 866 f. Auch eine bestehende Geschäftsverbindung schränkt die Abschlußfreiheit nicht ein; dazu i. F. Rdn. 64 und unten § 346, 40.

- 7 b) Ausnahmsweise besteht eine Pflicht zum Vertragsabschluß (**Kontrahierungszwang**)⁴: (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 nicht oder nicht rechtzeitig zu erreichen sind.⁵ (2) Der gleiche Grundgedanke hat bei öffentlichen Versorgungsträgern und Verkehrsunternehmen zur gesetzlichen Anordnung der Abschlußpflichten geführt; vgl. § 453 HGB, § 5 II PflVersG, § 3 EVO, § 6 EnWG (dazu BGHZ 24, 148, 151), § 22 PersBefG, § 21 II LuftVG, §§ 13 a, 90 GüKG. (3) Aus dem Diskriminierungsverbot

¹ OLG Hamm BB 1964, 940; OLG Celle WuW/E OLG 1306; *Baumbach/Duden/Hopt*, Einl. vor § 343, 4 A.

² BGH NJW 1975, 43; WM 1977, 620; vgl. auch unten § 346, 42.

³ BGH NJW 1967, 2199; BGHZ 71, 395; BGH WM 1978, 425.

⁴ *Bydlinski* AcP 180 (1980), 1; *Kilian* AcP 180

(1980), 47; *H. Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1985, § 40 B III 6, Rdn. 546; *Fikentscher*, Schuldrecht, 7. Aufl. 1985, § 21 V 2.

⁵ *MüKo/Kramer* BGB, Vor § 145 Rdn. 13; *Fikentscher*, Schuldrecht § 21 V 2 d; die Rechtsprechung ist im Einzelfall zurückhaltend; RGZ 133, 389; BGH NJW 1980, 186.

des § 26 II GWB ergibt sich für marktbeherrschende Unternehmen, Kartelle, preisbindende Unternehmen und andere Unternehmen, von denen die Marktgegenseite abhängig ist, unter dem Gesichtspunkt der Unterlassungs- und Beseitigungspflicht (nach BGH aufgrund der Pflicht zur Naturalrestitution) eine Vertragsabschluß- und Belieferungspflicht.⁶

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 BGB (allg. *Fikentscher* aaO § 21 VI 1) noch nach HGB. Anders im Sachenrecht und in gewissem Umfang im Wertpapierrecht; vgl. zum *numerus clausus* der kaufmännischen Orderpapiere unten § 363, 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 Verboten⁹ i. S. § 134 BGB sowie auch aus dem Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte in § 138 BGB; zum Wucherdarlehen s. § 352, 20. Bestimmte Verträge und Vertragsklauseln sind nur mit Genehmigung wirksam; dazu gehören gem. § 3 WährG bestimmte Wertsicherungsklauseln; dazu § 361, 18 ff.

Bei der Auslegung und Durchführung von Verträgen gilt das Gebot von Treu und Glauben gem. §§ 157, 242 BGB; dabei sind die besonderen Verkehrsanschauungen des Handelsverkehrs (s. § 346, 1 ff) und die besonderen Sorgfaltsmaßstäbe des Kaufmanns (s. § 347, 1 ff) zu beachten. Aus § 242 BGB wird auch in begrenztem Umfang eine richterliche **Inhaltskontrolle** von Verträgen hergeleitet⁷; dies gilt auch für Gesellschaftsverträge, wo ein Schwerpunkt der Kontrolle unter dem Gesichtspunkt des Anlegerschutzes bei Publikumsgesellschaften liegt (oben § 161, 55 und 160 ff). Wieweit der Mißbrauch wirtschaftlicher Macht eine Inhaltskontrolle begründen kann, ist umstritten (Überblick bei *Fikentscher*, § 21 VII m. N.). Die Kriterien dafür sind unvermeidlich unsicher und ein Teil des Problems ist durch das AGB-Gesetz gelöst.

In großem Umfang wird der Inhalt von Verträgen des Handelsverkehrs durch Handelsklauseln (s. § 346, 69 ff), Formverträge und AGB bestimmt. Hier greift das AGB-Gesetz ein; s. i. F. IV (Rdn. 36 ff).

2. Einzelfragen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit

a) Maßgeblich sind im **Grundsatz** die allgemeinen Normen des BGB über Rechts- und Geschäftsfähigkeit; zu den Besonderheiten der Personenhandelsgesellschaften vgl. oben § 124, 1 ff, 12 ff; § 161, 1 ff, 13 ff.

⁶ BGHZ 36, 91, 100 (Gummistrümpfe); 49, 90, 98 (Jägermeister); BGH NJW 1976, 801 (Rosignol); BB 1979, 797 (Nordmende); BB 1980, 1117 (Modellbauartikel II); *Immenga/Mestmäcker/Markert* GWB 1981, § 26, 300 f m. w. N.

⁷ Zu not. Kaufverträgen von Neubaugrundstücken BGHZ 101, 350 m. N.; Überblick s. *Horn in Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1989, § 23, 280.

- 13** b) **Wechselrechtsfähig** sind außer den natürlichen und juristischen Personen auch die OHG und die KG gem. §§ 124, 161 II, nicht aber die GbR und damit auch nicht die noch nicht eingetragene sollkaufmännische OHG oder KG⁸; es kommt aber eine Haftung der Gesellschafter aus veranlaßtem Rechtsschein in Betracht (BGHZ 61, 59, 68).
- 14** c) **Börsentermingeschäftsfähig** gem. § 53 BörsG sind die im Handelsregister eingetragenen Vollkaufleute einschließlich der Handelsgesellschaften (OHG, KG, GmbH, AG, KGaA), die nicht eintragungspflichtigen Unternehmen öffentlicher Körperschaften (§ 36 HGB) und die Genossenschaften. Auch die persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG, KG oder KGaA sind börsentermingeschäftsfähig⁹. Börsentermingeschäfte sind Verträge über Wertpapiere, vertretbare Waren oder Devisen, die in bezug auf einen Terminmarkt unter gleichartigen Bedingungen abgeschlossen werden und von beiden Seiten erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind (BGHZ 92, 320). Sind an einem solchen Geschäft Personen beteiligt, die nicht börsentermingeschäftsfähig sind, so ist das Geschäft gem. § 53 BörsG unverbindlich; dieser sog. Termineinwand ist von Amts wegen zu beachten.¹⁰

3. Vertragsschluß

- 15** a) **Allgemeines; Schweigen**. Der Vertragsschluß bei Handelsgeschäften richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff BGB. Trotz fehlenden Erklärungsbeußtseins 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). Die Erklärung der **Annahme** des Vertragsangebots wird abweichend von der Terminologie des BGB im Handelsverkehr häufig „**Auftragsbestätigung**“ genannt (dazu § 346, 46). Die Annahme kann auch konkludent erklärt werden. Wer von seinem Schuldner einen Scheck erhält, dessen Einlösung nur bei Annahme des Angebots eines (für den Gläubiger ganz ungünstigen) Abfindungsvertrags zulässig sein soll, ist nach BGH bei Scheckeinlösung so zu behandeln, als habe er das Angebot angenommen; dies überzeugt nicht, wenn der Gläubiger den Scheckbetrag ohne weiteres zu beanspruchen hatte (WM 1986, 322). Die Empfangsbedürftigkeit der Annahmeerklärung entfällt unter den Voraussetzungen des § 151 BGB (dazu § 346, 38).
- 16** Unter besonderen Umständen kann auch das **Schweigen** auf ein Vertragsangebot Annahme bedeuten (§ 346, 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, 49 ff, 59 ff).
- 17** b) Dem **Kundenschutz** dienen besondere Vorschriften über den Abschluß bestimmter Geschäfte. Der Käufer eines Abzahlungsgeschäfts hat nach § 1 b AbzG ein Widerrufs- und Rückgaberecht binnen einer Woche nach seiner Vertragserklärung; Kaufleute, die ins Handelsregister eingetragen sind, genießen als Käufer diesen Schutz nicht (§ 8 AbzG). Ein Widerrufsrecht binnen einer Woche hat auch der Kunde bei Haustürgeschäften nach § 1 HausTWG (Überblick *Teske* ZIP 1986, 624 m. N.). § 56 I Nr. 6 GewO verbietet den

⁸ BGHZ 59, 179, 184; 61, 59, 68.

⁹ H. M.; RG BankA 1930, 52; *Hadding/Häuser* WM 1980, 1278, 1285; *Schwark*, Börsenge-

setz, 1976, § 53, 4; *Kümpel/Häuser*, Börsentermingeschäfte (WM-Skript) 1986, S. 84 f.

¹⁰ BGH NJW 1980, 1957; BGHZ 93, 307, 309.

Abschluß und die Vermittlung von Darlehensgeschäften im Reisegewerbe, also z. B. aufgrund unerbetener Hausbesuche (Überblick *Hopt* NJW 1985, 1665). Rechtsfolge des Verstoßes ist gem. § 134 BGB die Nichtigkeit des Vertrages (BGHZ 71, 358). Dies gilt nicht bei geschäftserfahrenen oder sonst weniger schutzwürdigen Personen (BGHZ 93, 264, 268 betr. Finanzierung der Beteiligung an einer Abschreibungsgesellschaft) und auch dann nicht, wenn sich die Art des Zustandekommens typischerweise nicht auf den Inhalt der Darlehensbedingungen auswirkt (aaO S. 269); der letztere Gesichtspunkt überzeugt nicht, da es auch um die Entschlußfreiheit des besuchten Kunden geht, überhaupt abzuschließen; s. auch § 349, 32.

4. Formerfordernisse

a) **Allgemeines.** Die Bürgschaft des Kaufmanns (§ 350) und Schiedsverträge unter Kaufleuten (§ 1027 II ZPO) bedürfen nicht der Schriftform. Im übrigen gelten für Handelsgeschäfte grundsätzlich die Formvorschriften des BGB; wichtig sind die §§ 313, 873, 925 BGB für Grundstücksgeschäfte. Bei Kartellverträgen und Ausschließlichkeitsbindungen (z. B. Bierlieferungsverträgen) ist die Schriftform des § 34 GWB einzuhalten; dazu *Emmerich* NJW 1980, 1363. **18**

Der **mündliche** (telefonische) **Vertragsschluß** unter Kaufleuten ist nach allgemeinen Grundsätzen wirksam, auch wenn ein Handelsbrauch besteht, den Abschluß alsbald zu bestätigen; anders nur, wenn die Parteien den wirksamen Abschluß von der Schriftform abhängig gemacht haben; Rdn. 20. Das ist nicht der Fall, wenn die schriftliche Bestätigung nur Beweis Zwecken dient.¹¹ Schriftliche Erklärungen (Angebot, Annahme, Vertragstext) haben die Vermutung der Vollständigkeit für sich; wer abweichende mündliche Vereinbarungen behauptet, trägt die Beweislast.¹² **19**

b) **Schriftformklauseln.** Im kaufmännischen Verkehr wird häufig für Verträge die Schriftform gem. § 127 BGB vereinbart. Dies kann auch in AGB geschehen (*Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1989, § 9 Rdn. S 32 ff). Sehen die AGB beider Seiten eine Schriftformklausel vor, so gilt die Schriftform ohne weiteres als vereinbart (s. Rdn. 43; zum Verwenderproblem i. S. §§ 1, 2 AGBG s. Rdn. 37). Schriftformklauseln in AGB unterliegen grundsätzlich der Inhaltskontrolle gem. §§ 24, 9 AGBG (allg. unten IV Rdn. 48 ff). Dabei ist zu beachten, daß die Schriftform in bestimmten Branchen des Handelsverkehrs einem Bedürfnis entspricht und weithin üblich ist, so daß Bedenken aus §§ 3, 9 AGBG im allgemeinen nicht bestehen. Die Schriftform kann reinen Beweis Zwecken dienen; im Zweifel ist aber anzunehmen, daß sie Wirksamkeitsvoraussetzung sein soll; vgl. § 154 II BGB.¹³ Mündliche Nebenabreden zum gleichen Vertragsgegenstand sind dann unwirksam; diese Rechtsfolge kann aber durch Abrede beseitigt werden (Rdn. 24). Unter Kaufleuten können in AGB gem. § 24 AGBG entgegen § 11 Nr. 16 AGBG auch weiterreichende, über § 127 BGB hinausgehende Formerfordernisse vorgeschrieben werden (qualifizierte Schriftformklausel); vgl. *Wolf/Horn/Lindacher*, § 11 Nr. 16 Rdn. 16; besteht dafür aber kein objektives Bedürfnis, so kann diese Klausel gem. § 9 AGBG unwirksam sein (BGHZ NJW 1985, 2329, 2330). **20**

Eine **Vollständigkeitsklausel** („weitere Vereinbarungen und Abreden sind nicht getroffen worden“) wiederholt nur den Grundsatz, daß ein schriftlicher Vertrag die Vermutung **21**

¹¹ RG JW 1924, 405; BGH NJW 1964, 1269.

¹² BGH NJW 1980, 1680; BGHZ 79, 281, 287; *Staudinger/Dilcher* BGB, 12. Aufl., § 125, 17.

¹³ Vgl. auch *Staudinger/Dilcher* § 154, 7; *Wolf/Horn/Lindacher* § 9 Rdn. S 31.

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 (§ 11 Nr. 15 b AGBG) wirksam.¹⁴ Soll die Klausel dagegen eine weitergehende Wirkung haben (Vermutung, Fiktion), bestehen gegen ihre Wirksamkeit schon im Individualvertrag Bedenken.¹⁵ Als AGB-Klausel verstößt sie gegen § 11 Nr. 15 AGBG, ist aber auch schon wegen des Vorrangs der Individualabrede gem. § 4 AGBG unwirksam (*Wolf/Horn/Lindacher* § 9 Rdn. S. 150).

- 22** c) Die Erfüllung der vereinbarten Schriftform ist durch § 127 BGB erleichtert. Briefwechsel reicht aus, ebenso Telegramm und auch Fernschreiben (*Buckenberger* DB 1982, 635). Das Telegramm kann fernmündlich aufgegeben werden; das Ankunftstelegramm muß aber als Schriftstück zugegangen sein, weil sonst der Empfänger nicht über die urkundliche Verkörperung der Erklärung verfügen kann; sehr str.¹⁶ Während bei Telegramm und Fernschreiben mechanische Unterschrift genügt, ist beim Brief im Zweifel das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift nicht abbedungen; str.¹⁷
- 23** d) Überwindung des Formmangels. Ist das Rechtsgeschäft wegen Mangels der gesetzlichen Form gem. § 125 BGB nichtig und keiner der gesetzlichen Heilungstatbestände eingetreten (vgl. z. B. §§ 313 S. 2, 518 II, 766 S. 2 BGB), so kann der Berufung auf die Formnichtigkeit nur in seltenen Ausnahmefällen der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegengehalten werden, um untragbare Ergebnisse zu vermeiden.¹⁸ 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. 21). Eine solche vereinbarte Ausnahme kann vorliegen, wenn beim Gebrauchtwagenkauf der km-Stand zwar im Vertragsformular nicht erwähnt, aber deutlich auf dem Verkaufsschild angebracht ist (BGH WM 1975, 897: wirksame Eigenschaftszusicherung) oder bei mündlicher Kulanzzusage trotz AGB-Schriftformklausel (OLG Köln DB 1975, 2271).
- 24** (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.¹⁹ Ein Aufhebungswille ist zu verneinen, wenn die Parteien

¹⁴ BGHZ 79, 281, 287; BGH NJW 1985, 623, 630; 1985, 2329, 2331; *Wolf/Horn/Lindacher* § 9 Rdn. S 49.

¹⁵ Wie hier wohl *Baumbach/Duden/Hopt*, Einl. vor § 343 Anm. 5 B; a. A. OLG Karlsruhe BB 1972, 198 (d. h. Beweisantritt über Nebenabrede sei ausgeschlossen).

¹⁶ Wie hier *Palandt/Heinrichs* BGB, 47. Aufl., § 127, 2; a. A. *Staudinger/Dilcher* § 127, 3.

¹⁷ *Staudinger/Dilcher* § 127, 6 m. w. N.; a. A. *Palandt/Heinrichs* § 127, 2; vgl. auch RGZ 106, 332.

¹⁸ Vgl. BGHZ 29, 7, 10; 48, 396, 398; BGH NJW 1987, 1069, 1070.

¹⁹ BGH WM 1965, 175; 1972, 311 ff; BGHZ 71, 164; *Palandt/Heinrichs* § 125, 4 c.

für die mündliche Zusatzabrede schriftliche Bestätigung vereinbart haben (BGH BB 1967, 1309). Die Abrede, für die Aufhebung der Schriftform sei ebenfalls Schriftform erforderlich, ist in AGB unwirksam, wohl aber auch in einer Individualvereinbarung, weil die Parteien nicht endgültig ihre Autonomie zur formfreien Vereinbarung aufgeben können.²⁰

5. Auslegung

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. dazu unten die Kommentierung zu § 346, insbes. Rdn. 3, 34 ff. 25

6. Leistungsbestimmungsrechte und Vertragsanpassung

Schrifttum. S. die Kommentare zu §§ 315–319 BGB und die Kommentare zum AGB-Gesetz, z. B. *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1989, insbes. § 9, L 91 ff, § 11 Nr. 1, 1 ff; § 23, 150 f; § 24, 26 f; ferner (Auswahl): *J. F. Baur*, Vertragliche Anpassungsregelungen, dargestellt am Beispiel langfristiger Energielieferungsverträge 1983; *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, 9. Aufl. 1982; *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; *Kronke*, Zur Funktion und Dogmatik der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB, AcP 183 (1983), 113; *K. Schmidt*, Geldrecht (Sonderausg. Staudinger, 12. Aufl., §§ 244–248), 1983; *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.

a) Problemübersicht. Im Handelsverkehr besteht ein verbreitetes Bedürfnis, bestimmte Vertragspunkte bei Vertragsschluß offenzulassen und erst später festzulegen, z. B. Preise (Preisvorbehalt) oder die Einzelheiten komplexer Leistungen und Lieferungen (z. B. Bauleistung, 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 insbes. bei Verträgen mit längerer Laufzeit (lange Lieferzeit oder Dauerschuldverhältnis wie Miete oder Energielieferung) oder Verträgen über komplexe Leistungen. Der Handelsverkehr verwendet daher eine Fülle vertraglicher Anpassungsregelungen und Preisklauseln.²¹ Die Regelungen lassen sich nach ihrer Funktion im Vertrag und nach dem Verfahren der Anpassung einteilen in Leistungsbestimmungsrechte (c), Automatiksklauseln (d), Neuverhandlungsklauseln (e) und Wertsicherungsklauseln (f). 26

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-Gesetzes ein, insbes. des § 9 AGBG (vgl. auch § 11 27

²⁰ Zur o. a. AGB-Klausel so auch i. Erg. wegen § 4 BGH NJW 1986, 3131, 3132; grundsätzlich wie hier *Palandt/Heinrichs* § 125, 4c; *Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher* § 9 Rdn. S.32; a. A. BGHZ 66, 378.

²¹ Überblick s. *Horn* NJW 1985, 1118 m. N.; zum internat. Bereich *ders.*, *Adaptation*, S. 111 und in *Horn/Fontaine/Maskow/Schmittthoff* S. 18–36.

Nr. 1 AGBG). Ferner greifen sondergesetzliche Regelungen ein (*Horn* aaO; zum GWB *Baur* aaO). Bei Wertsicherungsklauseln ist § 3 WährG zu beachten; dazu § 361, 18 ff.

- 28** b) **Geschäftsgrundlage; Neuverhandlung.** Auch bei Fehlen einer Anpassungsklausel oder bei Vereinbarung einer untauglichen Anpassungsklausel ist eine Vertragsanpassung (und ggf. eine Vertragsauflösung) unter den strengen Voraussetzungen des sog. Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich; daraus ergibt sich eine Neuverhandlungspflicht der Parteien zur Vertragsanpassung und eine richterliche Anpassungskompetenz gem. § 242 BGB.²² Der Tatbestand ist gegeben, wenn eine vertragliche Leistung durch äußere Umstände erheblich erschwert oder entwertet ist und die dadurch benachteiligte Vertragspartei mit den Umständen nicht zu rechnen brauchte, d. h. das Risiko ihres Eintritts oder ihre Auswirkungen nach Inhalt und Sinn des Vertrages nicht übernommen hatte, und wenn dieser Partei das unveränderte Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist (*Horn*, Vertragsdauer aaO, S. 576 ff, 636). Eine richterliche Vertragsanpassung tritt oft auch in Gestalt einer ergänzenden Vertragsauslegung auf. Diese kann auch eingreifen, wenn eine Anpassungsregelung unwirksam ist.²³
- 29** c) **Leistungsbestimmungsrechte** und -änderungsrechte finden sich in den AGB wichtiger Massenverträge, insbes. der Banken und Versicherungen, und in Lieferverträgen hinsichtlich der Preise (**Preisvorbehalte**; Listenpreisklauseln) und ggf. anderer Leistungen. 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. Sie können auch als Instrumente der Vertragsanpassung, d. h. der Abänderung einer bereits getroffenen vertraglichen Leistungsbestimmung, vereinbart werden.²⁴ Als Individualvereinbarungen unterliegen sie nur einer Inhaltskontrolle anhand §§ 242, 315, 317 BGB. Hauptproblem ist hier die Angabe sachgerechter und hinreichend bestimmter Entscheidungskriterien für die Partei oder den Dritten. Dabei dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.²⁵ Die Ausübung der Bestimmungsrechte unterliegt der differenzierten gerichtlichen Billigkeitsprüfung gem. §§ 315 III 2, 319 I 2 BGB.
- 30** Solche Bestimmungsrechte können auch durch AGB eingeräumt werden. Sie unterliegen dann den Maßstäben der §§ 3 und 5 AGBG und der Inhaltskontrolle nach §§ 9 ff AGBG; diese ist nicht durch § 8 AGBG ausgeschlossen.²⁶ Für die Angemessenheit i. S. § 9 AGBG sind maßgebend der beiderseitige Interessenausgleich (BGHZ 82, 238) und der Gegenstand und Umfang der Änderungsmöglichkeit und der Anpassungsmaßstab (*Horn* NJW 1985, 1122 f). Der Kaufmann ist relativ weniger schutzbedürftig als der Privatkunde, z. B. bei Listenpreisklauseln.²⁷ Gegenüber Kaufleuten ist das Verbot von Klauseln über kurzfristige Preiserhöhungen in § 11 Nr. 1 AGBG auch nicht indirekt (vermittels Wertung

²² *Horn* AcP 181 (1981) 255; *ders.*, Vertragsdauer aaO, S. 579, 629 ff.

²³ BGHZ 81, 135, 138 f = NJW 1981, 2241; BGHZ 90, 69 = NJW 1984, 1177 (betr. unwirksame Tagespreisklausel bei Neuwagenkauf).

²⁴ Vgl. z. B. BGH ZIP 1985, 284; allg. *Horn* NJW 1985, 1121; *J. Baur* aaO, S. 60 f.

²⁵ *Horn*, Gutachten, S. 581 m. N.; *ders.* NJW

1985, 1121; *Kronke*, S. 119; vgl. auch *Baur* S. 68 ff. Bedenklich insoweit BGHZ 55, 248 = NJW 1971, 653; vgl. aber auch BGH NJW 1975, 1557.

²⁶ BGHZ 81, 229, 232; 82, 21; BGH ZIP 1985, 284 f; *Horn* NJW 1985, 1121.

²⁷ *Horn* in *Wolf/Horn/Lindacher* 2. Aufl., § 24, 26; zust. zur Vorauf. BGHZ 92, 200, 206 = NJW 1985, 426.

nach § 9 AGBG) anwendbar (BGHZ 93, 252 = NJW 1985, 853). Bei Anpassungsrechten jenseits der Viermonats-Frist des § 11 Nr. 1 AGBG ist Privatleuten bei einer Anpassung, die den Lebenshaltungskostenindex überschreitet, ein Rücktrittsrecht einzuräumen, Kaufleuten nicht.²⁸

In langfristigen Lieferverträgen mit Kaufleuten im Rahmen von Vertriebssystemen wird ein nicht näher konkretisiertes Preisanhebungsrecht (**Listenpreis-Klausel**), das lediglich durch den Wettbewerb begrenzt wird, als zulässig angesehen.²⁹ Dies muß jedoch auch außerhalb solcher Vertriebssysteme (mit gleichgerichteten Interessen) gelten, sofern der Wettbewerb die Anpassungsmöglichkeit begrenzt; nur wo es am Wettbewerb fehlt (z. B. bei Energieversorgungsverträgen) muß die Klausel durch den Maßstab der Kostensteigerungen begrenzt werden; str.³⁰ Der Umstand, daß einseitig ein Anhebungsrecht des Verwenders vorgesehen ist, ist wohl regelmäßig unschädlich.³¹

Sonstige Leistungsbestimmungsrechte in AGB sind auch im kaufmännischen Verkehr nur wirksam, wenn die Entscheidungskriterien übersehbar sind oder auf andere Weise die Interessen des Kunden 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 = NJW 1984, 1182); dies soll aber nur gelten, wenn dem Vertragshändler ein eigenes Marktverantwortungsgebiet im Vertriebssystem vertraglich zugesichert war; andernfalls kann formularmäßig (in AGB) das Recht zur Einsetzung weiterer Händler im selben Gebiet vorbehalten werden (BGHZ 93, 29, 52 ff = NJW 1985, 623). Die letztere Entscheidung bestätigt die grundsätzliche Freiheit des Herstellers zur Wahl seines Vertriebssystems.

d) Automatikkláuseln (z. B. Preisgleitkláuseln) legen im Vertrag das Anpassungsprogramm vollständig fest, z. B. die Anpassung von Preisen an Kostenentwicklungen durch eine Formel.³² Die Kláuseln unterliegen nicht der Billigkeitskontrolle des § 315 III BGB. Sie sind im Rahmen der §§ 138, 242 BGB zulässig. Eine Genehmigungsbedürftigkeit kann sich aus § 3 II WährG ergeben (Rdn. 35). Sofern in AGB verwendet, dürfen die Kláuseln nicht überraschend (§ 3 AGBG) oder unklar (§ 5 AGBG) sein; beides wird man bei Branchenüblichkeit oft verneinen können. Die Kláuseln unterliegen trotz § 8 AGBG der Inhaltskontrolle (*Horn* NJW 1985, 1120). Bei unvorhergesehenen Entwicklungen besteht die Gefahr überproportionaler Anpassungseffekte. Hier kann eine beigefügte Revisionsklausel (zur Neuverhandlung; s. Rdn. 34) oder ein Lösungsrecht helfen; dies kann zur Angemessenheit der ganzen Anpassungsregelung i. S. § 9 AGBG erforderlich sein. Auch bei Individualvereinbarung kann in schwerwiegenden Fällen ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund oder Wegfall der Geschäftsgrundlage (Zweckverfehlung) die Klausel beseitigen und durch Neuverhandlung oder sonstige Vertragsanpassung durch eine bessere Lösung ersetzen (vgl. auch BGH WM 1985, 417 = WuB I E 6—1.85 *Haffke*).

²⁸ Zur Tagespreisklausel beim Kfz-Kauf durch Privatkunden s. BGHZ 82, 21, 25 und BGHZ 90, 69, 78 = NJW 1984, 1177 und NJW 1984, 1180 f; zur Preisklausel gegenüber Kaufleuten z. B. BGHZ 92, 200.

²⁹ BGHZ 93, 252 = ZIP 1985, 284 (Schmiermittel); BGH NJW 1985, 853 (Kfz-Vertragshändler).

³⁰ *Horn* NJW 1985, 1122 f; enger *Wolf* ZIP 1987, 341 ff (durchweg Begrenzung auf nicht vorhersehbare Kostensteigerungen).

³¹ *Wolf* aaO; a. A. OLG Frankfurt NJW 1986, 1355 betr. Leasing-Vertrag.

³² Zu Energielieferungsverträgen BGH WM 1978, 1389; allg. *Baur* aaO S. 33 f; Überblick *Horn* in *Wolf/Horn/Lindacher* § 23, 150.

- 34 e) Neuverhandlungsklauseln** (Revisionsklauseln, Wirtschaftsklauseln) sind zulässig und weit verbreitet, auch im internationalen Verkehr (*Horn*, *Adaptation aaO* S. 111 ff). Sie normieren meist den Tatbestand eines **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** oder ähnliche Fälle, die ein unverändertes Festhalten am Vertrag unzumutbar machen. Sie bedürfen einer gewissen Konkretisierung von Anpassungsmaßstab und Ziel; die Anforderungen dürfen aber nicht überspannt werden (*Horn AcP* 181 [1981], 283). Findet sich die Klausel in AGB, ist sie an den §§ 3, 5 AGBG zu messen. Im Zweifel ist der Kunde bei Neuverhandlung aber besser geschützt als bei einseitigem Leistungsbestimmungsrecht. Bei Revisionsklauseln zur Korrektur unpraktikabler Automatikkláuseln (Rdn. 33) lassen sich hinreichende Anpassungsmaßstäbe meist schon aus dem Grundgedanken der ursprünglichen Klausel gewinnen. Bei Massenverträgen ist Neuverhandlung (statt einseitiger Leistungsbestimmung) dann unentbehrlich, wenn es um die Abänderung eines ganzen Klauselwerkes, z. B. von Versicherungsbedingungen, geht. Andererseits ist hier aus technischen Gründen die Neuverhandlung meist auf ein Zustimmungmsrecht des Kunden reduziert (vgl. *Horn in Wolf/Horn/Lindacher*, 2. Aufl., § 23, 458 f). Soweit hier mit Erklärungsfiktionen des Kunden gearbeitet wird, ist § 10 Nr. 5 AGBG zu beachten (BGH NJW 1985, 617). Eine Neuverhandlungspflicht kann sich auch ohne entsprechende Vertragsklausel aufgrund Wegfalls bzw. Veränderung der Geschäftsgrundlage ergeben (Rdn. 28).
- 35 f) Wertsicherungsklauseln**, die den Wert einer künftigen (einmaligen oder wiederkehrenden) Geldleistung im Rahmen langfristiger Verträge abweichend vom Nennwert bestimmen, unterliegen z. T. der Genehmigungspflicht nach § 3 WahrG; zum Ganzen s. unten § 361, 18 ff.

IV. AGB-Gesetz und Handelsgeschäfte

Schrifttum. S. die Kommentare zum AGB-Gesetz, insbes. *Löwe / von Westphalen / Trinkner*, 1. Aufl. 1977, 2. Aufl. Bd. 2, 1983, Bd. 3, 1985; *Ulmer / Brandner / Hensen*, 5. Aufl. 1987; *Wolf / Horn / Lindacher*, 2. Aufl. 1989 sowie die Erläuterungen in den BGB-Kommentaren, insbes. *Erman / Hefermebl* und *Werner*, 7. Aufl. 1981, *MüKo/Kötz*, 2. Aufl. 1984; *Palandt / Heinrichs*, 48. Aufl. 1989; *Soergel/Stein*, 11. Aufl. 1986; *Staudinger/Schlosser*, 12. Aufl. 1983.

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit

- 36 a) Kundenschutz im Handelsverkehr.** In Anbetracht der umfangreichen Verwendung von AGB durch den kaufmännischen Unternehmer ist dieser der hauptsächliche Adressat des AGB-Gesetzes. 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-Gesetzes. Auch der kaufmännische Kunde ist durch § 24 AGBG ausdrücklich in den Schutz des Gesetzes einbezogen. Denn das AGB-Gesetz bezweckt nicht nur den Schutz der privaten Verbraucher, sondern allgemeinen Kundenschutz, der auch den Kaufmann einschließt (*Horn*, in *Wolf/Horn/Lindacher*, 2. Aufl., § 24, 2). Dieser Schutz wird durch § 24 AGBG nur geringfügig reduziert und zwar vor allem dadurch, daß die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 (s. Rdn. 39 ff) sowie die besonderen Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG (s. Rdn. 48) nicht gelten.
- 37 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 (§ 1 II AGBG). Der Schutz des AGB-Gesetzes entfaltet sich gegen den Verwender und zugunsten der anderen Vertragspartei. In bestimmten Fällen kann zweifelhaft sein, 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 läßt sich ein Verwender nicht feststellen, so soll nach verbreiteter Ansicht der Schutz des AGBG entfallen.³³ Andere wollen beide Parteien als Verwender mit der Folge des beiderseitigen Schutzes behandeln.³⁴ Ein Schutz nach dieser Lösung setzt voraus, daß jede Seite (auch) Verwender ist und daß die AGB nach Schutzrichtung differenziert werden. Die Lösung hat den Vorzug vor einer Versagung des Schutzes des AGB-Gesetzes, die nicht der Absicht des Gesetzgebers entspricht (vgl. auch BT-Drucks. 7/3919 S. 16); anders die wohl h. M. Die gleiche Lösung empfiehlt sich bei sich kreuzenden, teilweise deckenden AGB (dazu Rdn. 43).

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.³⁵ Der Bauherr, der seiner Ausschreibung die VOB zugrunde legt, wird Verwender, umgekehrt der Bauunternehmer, der ohne Ausschreibung ein Angebot auf der Grundlage der VOB abgibt.³⁶ Demnach entfällt der Schutz nur in der geringen Anzahl von Fällen, in denen sich ein Verwender nicht feststellen läßt. Dies ist aber nicht schon dann der Fall, wenn ein Dritter (z. B. Notar, Makler) die AGB in den Vertrag einführt; man muß hier vielmehr fragen, welche Partei sich die Bedingungen zunutze macht; sehr str.³⁷

Eine Anwendung des AGB-Gesetzes entfällt, wenn ein Vertrag oder eine bestimmte Vertragsbestimmung ausgehandelt ist (**Individualvereinbarung**); § 1 II AGBG. Entscheidend dafür ist außer der Kenntnis des Inhalts und der Bedeutung der Klauseln die reale Möglichkeit zur Einflußnahme i. S. einer Abänderung vorgeschlagener Vertragsbedingungen bei Abänderungsbereitschaft der anderen Seite.³⁸ 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 (BGH BB 1982, 1690); 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; dies überzeugt allerdings nicht.³⁹ **38**

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 § 2 AGBG 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 ist der Verwender gem. § 24 AGBG von diesen **39**

³³ Palandt/Heinrichs § 1 AGBG, 2 d; Wolf/Horn/Lindacher 2. Aufl., § 1, 29; zu den VOB Locher NJW 1977, 1801.

³⁴ Staudinger/Schlosser § 1, 22; Koch/Stübing § 1, 18; Schlechtriem FS Duden S. 576.

³⁵ Vgl. LG Freiburg NJW 1978, 1862; Wolf/Horn/Lindacher § 1, 29.

³⁶ Zum ersteren Fall BGHZ 99, 160; allg. Wolf/Horn/Lindacher § 23, 241.

³⁷ MüKo/Kötz § 1, 8; OLG München NJW 1981, 2472; a. A. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher § 1, 28 m. N.

³⁸ BGH NJW 1985, 305, 308; JZ 1987, 159; Wolf/Horn/Lindacher § 1, 35 f m. N.

³⁹ BGH WM 1985, 1208 = WuB IV.B § 1 Abs. 1 AGBG 1.86 Horn.

besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen befreit. Unverändert gelten aber auch hier die allgemeinen Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Einbeziehung von Bestimmungen in einen Vertrag.⁴⁰ Der Verwender hat daher zwar nicht die besondere Pflicht zur Kenntnisverschaffung i. S. § 2 AGBG (BGH ZIP 1985, 623); der kaufmännische Kunde muß aber zumindest die Möglichkeit haben, sich in zumutbarer Weise über den Inhalt der AGB zu informieren.⁴¹ Die Gegenseite muß sich ferner mit den Bedingungen einverstanden erklären. An zumutbarer Kenntnisnahme und Einverständnis fehlt es, wenn die andere Seite kommentarlos einen AGB-Text entgegennimmt, der nur mit Lupe und dann nur mit Mühe zu lesen ist (BGH NJW 1983, 2772 betr. Konnossementsbedingungen).

- 40** b) Die Einbeziehung von AGB kann auch durch kaufmännisches **Bestätigungsschreiben** erfolgen, wenn dieses ein vorausgesetztes Einverständnis über die Einbeziehung zum Ausdruck bringt und unwidersprochen bleibt.⁴² Wenn der Bestätigende aber nach den Umständen der Vertragsverhandlungen oder nach Art der AGB mit dem Einverständnis des Partners nicht rechnen konnte, werden diese nicht Vertragsbestandteil.⁴³ 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).
- 41** c) 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.⁴⁴ Beispiele solcher branchenüblichen AGB sind die AGB-Banken für Bankverträge (BGH NJW 1972, 1200) und die ADSp für Transport- und Speditionsgeschäfte (BGH WM 1975, 1163) mit Ausnahme der vom Spediteur zusätzlich übernommenen atypischen Geschäfte wie z. B. Inkasso (BGH NJW 1980, 1275). Auch in diesen Fällen ist nicht automatisch jeweils Einbeziehung der AGB anzunehmen, wenn eine Partei zu erkennen gibt, daß sie die Einbeziehung nicht will. Ist der Inhalt bestimmter AGB bereits selbst Handelsbrauch geworden, 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.⁴⁵ Auf ein „Stellen“ der AGB i. S. § 1 kommt es in diesen Fällen jedenfalls nicht an; zur Inhaltskontrolle solchen Handelsbrauchs i. F. 3, Rdn. 53.
- 42** d) Eine konkludente (stillschweigende) Einbeziehung von AGB kann im Rahmen laufender **Geschäftsbeziehungen** erfolgen, wenn der Wille einer Seite zur Einbeziehung der anderen erkennbar war, diese Kenntnis nehmen konnte und nicht widersprach.⁴⁶ Allerdings sind diese Kriterien mit Zurückhaltung zu verwenden. Bloße Vermerke auf Lieferscheinen reichen regelmäßig nicht aus (BGH NJW 1978, 2243 f), ebenso wenig auf Rechnungen (OLG Hamburg ZIP 1984, 1241). Auch eine Änderung von AGB kann von

⁴⁰ BGH WM 1979, 19 f; NJW 1985, 1838 f; *Horn* in *Wolf/Horn/Lindacher* § 24, 10.

⁴¹ BGH BB 1979, 185 f; OLG Hamburg DB 1981, 470 f; *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Henssen* § 2, 79.

⁴² BGH NJW 1978, 2243 f; *Staudinger/Schlosser* § 2, 76; *Horn* aaO (Fn. 40), § 24, 11.

⁴³ BGH NJW 1982, 1751; BGHZ 93, 338, 343;

Lindacher WM 1981, 702; allg. unten § 346, 59.

⁴⁴ *Staudinger/Schlosser* § 2, 17, 68; *Horn* aaO § 24, 11; *Ulmer/Brandner/Henssen* § 2, 79, 90.

⁴⁵ *Ulmer* aaO § 1, 84; *Horn* aaO § 24, 12.

⁴⁶ BGHZ 42, 53, 55 f; *Baumbach/Duden/Hopt* (5) AGBG § 2, 2 A.

der anderen Seite durch Fortsetzung der Geschäftsbeziehung akzeptiert werden (OLG Koblenz BB 1983, 1635; im Fall zweifelhaft); hier ist auch § 3 AGBG zu beachten.

e) **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/Horn/Lindacher*, § 2, 78). Das AGB-Gesetz bleibt insoweit anwendbar; str. (Rdn. 37). **43**

f) Bei **internationalen** (grenzüberschreitenden) **Vertragsabschlüssen** ist die Einbeziehung von AGB nach dem Vertragsstatut zu beurteilen, weil dieses grundsätzlich für die Frage des Vertragsschlusses gem. Art. 31 I EGBGB maßgeblich ist; so auch die vor Neuregelung des IPR bestehende h. M.⁴⁷ Unterliegt der Vertrag deutschem Recht, ist die Einbeziehung der AGB ebenfalls nach deutschem Recht zu beurteilen. Gegenüber Privatkunden sind die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG zu beachten, gegenüber Kaufleuten gem. § 24 AGBG nur die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen einer Einbeziehung (oben Rdn. 39–42). 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 (nicht unbedingt vereinbarten) Verhandlungssprache erfolgen.⁴⁸ Ein Hinweis in einer „Weltsprache“ (Englisch) reicht nicht, wenn diese nicht Verhandlungssprache ist (a. A. OLG Hamburg NJW 1980, 1233). Ein Hinweis in einer anderen Sprache reicht nur aus, wenn der Kunde diese Sprache versteht.⁴⁹ Einen Hinweis in der Vertragssprache muß sich der Partner allerdings auch dann zurechnen lassen, wenn diese von der Verhandlungssprache abweicht, weil er die Vertragssprache überhaupt akzeptiert; str.⁵⁰ **44**

Soweit es bei Vertragsschluß um die Bedeutung des Schweigens, also bei AGB um eine Einbeziehung durch konkludentes Verhalten oder durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben geht, ist gem. § 31 II EGBGB das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts der Partei zu berücksichtigen (mißlich „Umweltrecht“ genannt), weil dieses für die Bedeutung vorkonsensualen Verhaltens den Ausschlag gibt; gleiches gilt nach h. M. auch für den Rechtszustand vor Reform des IPR.⁵¹ Der englische Käufer z. B. braucht daher die ihm unbekannt deutschen 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 (OLG Hamburg NJW 1980, 1232). **45**

Etwas anderes gilt, wenn der Ausländer im deutschen Inland abschließt (BGH WM 1973, 1238, 1240). Eine weitere wichtige Ausnahme gilt dann, wenn es sich um branchentypische AGB des deutschen Vertragspartners, der die vertragstypische Leistung erbringt, **46**

⁴⁷ *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl. 1988 Rdn. 141 ff, 151 ff; *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. zu § 2, 5, 5 a; *Lindacher* in *Wolf/Horn/Lindacher*, Anh. zu § 2, 31; einschränkend (Angebotsstatut) *Graf von Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 3. Aufl. 1987, S. 53. Zum Abschlußstatut allg. unten VII Rdn. 87.

⁴⁸ *Ulmer* aaO Anh. § 2, 18; *Lindacher* aaO Anh. § 2, 34; OLG Hamburg NJW 1980, 1232, 1233; *Hübner* NJW 1980, 2601, 2606.

⁴⁹ *Ulmer* aaO; *Lindacher* aaO.

⁵⁰ Zutr. *Lindacher* aaO; a. A.: *Ulmer* aaO m. N.

⁵¹ OLG Frankfurt WM 1983, 129 f; OLG Hamburg NJW 1980, 1232; *Ulmer* aaO Anh. § 2, 22; *Lindacher* aaO Anh. § 2, 15, 41 m. N.

handelt und der ausländische Vertragspartner den Umständen nach mit deren Geltung rechnen muß.⁵² Im Interbankenverkehr gelten daher die AGB der Bank, die die vertragstypische Leistung erbringt; so muß z. B. die ausländische Bank, die einen Überweisungsauftrag an eine deutsche Bank erteilt (die als kontoführende Bank die vertragstypische Leistung erbringt), mit der Geltung der deutschen AGB rechnen und diese sind daher auch stillschweigend einbezogen.⁵³ Im Verkehr mit ausländischen Kaufleuten, die nicht Bankgeschäfte betreiben, wird man allerdings einen ausdrücklichen Hinweis fordern müssen. Von ausländischen Spediteuren kann jedenfalls dann, wenn sie in EG-Staaten ansässig sind oder im deutschen Inland eine Niederlassung unterhalten, erwartet werden, daß sie wissen, daß der deutsche Spediteur nur aufgrund der eigenen ADSp Verträge schließt.⁵⁴

- 47** Unterliegt der Vertrag ausländischem Recht mit der Folge, daß auch der Vertragsschluß und die Einbeziehung der AGB ausländischem Recht unterliegen, so ist zugunsten des deutschen Vertragspartners hinsichtlich der Bedeutung vorkonsensualen Verhaltens (Schweigen auf Angebot) gem. Art. 31 II EGBGB insoweit deutsches Recht zu berücksichtigen. Im übrigen kann sich der Schutz des deutschen AGB-Gesetzes trotz ausländischen Vertragsstatuts unter den Voraussetzungen der Art. 29 EGBGB (Verbraucherverträge) und des § 12 AGBG (Verträge, die aufgrund von Geschäftstätigkeit in Deutschland getroffen sind) durchsetzen. Auch bei einem Vertrag zwischen Kaufleuten findet aber das zwingende deutsche Recht (AGB-Gesetz), das durch Wahl eines ausländischen Rechts ausgeschlossen ist, gem. Art. 27 III EGBGB dann Anwendung, wenn der Vertrag (abgesehen von Rechtswahl und Gerichtsstandsklausel) allein dem deutschen Recht eng verbunden ist.

3. Inhaltskontrolle im kaufmännischen Bereich

- 48** a) **Grundsatz.** Die vom Kaufmann verwendeten AGB unterliegen stets dem Ausschluß überraschender Klauseln (§ 3 AGBG) und der Unklarheitenregel des § 5 AGBG. Sie unterliegen ferner bei Verwendung gegenüber Privatkunden der uneingeschränkten Inhaltskontrolle. Bei Verwendung gegenüber kaufmännischen Kunden unterliegen sie gem. § 24 AGBG (nur) der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG. Diese Inhaltskontrolle ist Ausdruck der gesetzgeberischen Entscheidung, auch den Kaufmann in den allgemeinen Kundenschutz des AGB-Gesetzes einzubeziehen (Rdn. 36). Zwar ist dieser Schutz abgeschwächt, weil die speziellen Klauselverbote der §§ 10 und 11 AGBG nicht (direkt) anwendbar sind, aber das Gesetz erklärt es ausdrücklich für zulässig, im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG auch Gesichtspunkte heranzuziehen, die für die speziellen Klauselverbote maßgeblich sind. Die Rechtsprechung hat in großem Umfang bei einer Inhaltskontrolle im kaufmännischen Bereich gem. § 9 AGBG Rechtsgedanken der speziellen Klauselverbote herangezogen; Überblick s. *Horn in Wolf/Horn/Lindacher*, 2. Aufl., § 24, 41 f. Zur Inhaltskontrolle bei **Freizeichnungsklauseln** s. unten § 347, 41–44.
- 49** b) **Differenzierende Gesichtspunkte.** § 24 AGBG verdeutlicht zugleich, daß im Rahmen der Wertung gem. § 9 AGBG (in die auch die für §§ 10, 11 AGBG maßgeblichen Gesichtspunkte mit einfließen dürfen) eine Differenzierung des Wertungsmaßstabes zwischen Privatkunden und kaufmännischen Kunden möglich und ggf. geboten ist. Der

⁵² *Ulmer* aaO Anh. § 2, 23; *Lindacher* aaO Anh. § 2, 39 f.

⁵³ BGH NJW 1987, 1825, 1826; BGH NJW 1971, 2126; *Ulmer* aaO Anh. § 2, 23; *Nielsen*, Bankrecht und Bankpraxis 1979, Rdn. 5/10.

⁵⁴ BGH NJW 1973, 2154; 1976, 2075; RIW 1982, 55; *Lindacher* aaO 40.

Gesetzgeber geht also davon aus, daß es Klauseln gibt, die im nichtkaufmännischen Verkehr gem. § 9 unwirksam sind, während sie bei Verwendung gegenüber Kaufleuten Bestand haben.⁵⁵

Diese differenzierenden Gesichtspunkte können sich aus einem Handelsbrauch ergeben (vgl. BGHZ 92, 396, 398); s. auch unten § 346, 1 ff. Weitاًus wichtigerer 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 Rolle⁵⁶; gleiches gilt bei der Auslegung von AGB und der ergänzenden Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit einer Klausel. **50**

Ein weiterer Differenzierungsgesichtspunkt liegt in der **Branchenüblichkeit** von AGB-Klauseln. Der Umstand, daß bestimmte AGB nur unter Kaufleuten verwendet werden, wie die ADSP gem. ihrem § 2, ist ein Argument für eine branchentypische Abweichung von den für Privatkunden geltenden Kontrollmaßstäben des AGB-Gesetzes, wenn sachliche Gründe dafür vorliegen. Dies gilt aber z. B. nicht für die Abwälzung der Beweislast im Schadensfall vom Spediteur auf den (kaufmännischen) Auftraggeber gem. §§ 51 lit. a, 52 lit. b ADSP (BGH WM 1987, 1340 betr. Schadensort im multimodalen Verkehr). Im Bankverkehr rechtfertigt die größere Erfahrung der Kaufleute und ihre intensivere Teilnahme am Geschäftsverkehr eine Differenzierung vom Privatkunden; daher ist hier z. B. die weiterreichende Berechtigung der Banken zur Erteilung von Bankauskünften (Nr. 10 AGB-Banken) gerechtfertigt. **51**

Eine Differenzierung ist aber auch hier nicht generell möglich (vgl. BGH ZIP 1988, 12, 16 betr. Sicherungsabrede für eine Grundschuld). Das Gegenbeispiel einer Branche, in der die Differenzierung des § 24 im Ergebnis häufig nicht gilt und jedenfalls branchentypische Differenzierungsgesichtspunkte nicht leicht zu finden sind, ist das Baugewerbe. Hier ist meist der kaufmännische Kunde ähnlich schutzwürdig wie der private.⁵⁷ Schließlich sind bei der Bewertung von AGB-Klauseln auch die besonderen Bedingungen und Risiken des internationalen Handelsverkehrs zu berücksichtigen; allg. *Horn* aaO § 24, 21. **52**

c) § 24 S. 2 AGBG 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 Gegensatz zum Privatverkehr im geschilderten Sinn zu berücksichtigen sind (oben Rdn. 50). In einem engeren Sinn betrifft die Norm die Frage der Inhaltskontrolle solcher AGB, die inhaltlich einem Handelsbrauch entsprechen. Für diesen Fall wird teils eine Inhaltskontrolle nach AGBG verneint, d. h. der Handelsbrauch entziehe die AGB der Inhaltskontrolle⁵⁸; teils wird eine solche Inhaltskontrolle gefordert.⁵⁹ Die praktischen Unterschiede sind gering. Die erstere Meinung ist durchaus vertretbar, muß aber einen engeren, normativen Begriff des Handelsbrauchs zugrundelegen. Handelsbrauch ist dann **53**

⁵⁵ BGHZ 92, 396, 398 (betr. Selbstbelieferungsklausel); allg. *Horn* in *Wolf/Horn/Lindacher* § 24, 22.

⁵⁶ BGHZ 82, 238; 92, 200; 93, 252; *Horn* aaO § 24, 18.

⁵⁷ Vgl. BGHZ 90, 273 (betr. abgekürzte Verjährung); 91, 139 (betr. Ausschluß der Sicherungshypothek); OLG München BB 1984,

1386; OLG Düsseldorf BauR 1985, 452; *Horn* aaO § 24, 25 m. w. N.

⁵⁸ BGH BB 1986, 1395 betr. Tegernseer Gebräuche; *Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher* § 1, 29; § 2, 82 ff.

⁵⁹ *Ulmer* aaO § 1, 84; *Basedow* ZHR 150 (1986) S. 489 f.

nur das, was inhaltlich den Maßstäben von Treu und Glauben entspricht, wobei auch Wertungen des AGB-Gesetzes einfließen. Nur dadurch erübrigt sich die weitere Inhaltskontrolle von AGB, die solchem Handelsbrauch konform sind (*Horn in Wolf/Horn/Lindacher* aaO § 24, 20). Die Gegenmeinung geht dagegen von einem weiteren Begriff des Handelsbrauchs aus.

- 54** Auch international gebräuchliche Klauseln und Bedingungswerke sind überwiegend nicht Handelsbrauch, können aber im Einzelfall Handelsbrauch (im o. a. normativen Sinn) werden. Seit langem international eingeführte Standardbedingungen für Charterparties sind nicht der Inhaltskontrolle schlechthin entzogen; str.60
- 55** d) Bei Verträgen mit **ausländischem Vertragsstatut** kommt eine Inhaltskontrolle nach deutschem AGB-Gesetz nur sehr eingeschränkt zum Zuge, nämlich einmal im Rahmen des § 12 AGB-Gesetz, der aber gem. § 24 ABGB nur zugunsten des nichtkaufmännischen Kunden die Berücksichtigung des AGB-Gesetzes eröffnet (vgl. auch *Wolf/Horn/Lindacher* § 12, 1). Art. 29 I EGBGB eröffnet eine Inhaltskontrolle für Verträge mit Verbrauchern. Art. 27 III ermöglicht die Sonderanknüpfung und Anwendung des deutschen AGB-Rechts bei Verträgen, die außer der Rechtswahl und Gerichtsstandsklausel keinen Auslandsbezug haben. Nach verbreiteter Meinung soll auch eine Inhaltskontrolle im Rahmen der Berücksichtigung des **ordre public** Platz greifen können.⁶¹ Die generelle Bedeutung des *ordre public* gem. Art. 30 EGBGB a. F., Art. 6 EGBGB n. F. ist nicht zu bestreiten. Man muß aber beachten, daß das Eingreifen des *ordre public* seinem Wesen nach die ganz seltene Ausnahme ist⁶² und daß es sich primär um eine Abwehnorm zur Abwehr fremden Rechts handelt, nicht um eine Grundlage zur Anwendung deutschen Rechts.⁶³ Die Anwendung deutschen Verbraucherschutzes trotz fremden Vertragsstatuts ist dem Geltungsanspruch der jeweiligen Normen zu entnehmen (vgl. Art. 34 EGBGB n. F.), also § 12 ABGB, nicht aber der Norm über die Beachtung des *ordre public* (zutr. *Reithmann* aaO Rdn. 277 ff, 292 ff).

V. Sonstiges allgemeines Schuldrecht der Handelsgeschäfte

1. Mangelnder Rechtsbindungswille

- 56** a) Der für eine vertragliche Verpflichtung erforderliche Rechtsbindungswille kann fehlen, weil 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.⁶⁴ Bei der Durchführung der Gefälligkeit bestehen schon nach allgemeinem Zivilrecht häufig vertragsähnliche Sorgfaltspflichten einschließlich einer Haftung gem. § 278 BGB. Ein Einverständnis des Gefälligkeitsempfängers mit einer Haftungsminderung oder Haftungsausschluß ist eher die Ausnahme (allg. *Staudinger/Dilcher* aaO Rdn. 11 ff). Im geschäftlichen Verkehr ist auch bei einer Gefälligkeit meist eine vertragsähnliche Haftung gegeben

⁶⁰ BGH VersR 1983, 549, 441; *Rabe* VersR 1985, 1010; a. A. Hamburger Schiedsgericht VersR 1986, 56; *Trappe* VersR 1985, 206.

⁶¹ *Lindacher* aaO § 12, 21; *Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen* § 12, 2.

⁶² Vgl. BGHZ 50, 370, 375; allg. auch *v. Bar*, Internationales Privatrecht I, 1987 Rdn. 631.

⁶³ *v. Bar* aaO Rdn. 631, 640 ff; *Reithmann in Reithmann/Martiny* aaO Rdn. 274 und 277.

⁶⁴ *Staudinger/Dilcher* BGB, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 145 ff, 10; BGHZ 21, 102, 106; 43, 72, 76.

(BGHZ 21, 102, 107 ff betr. Gestellung eines LKW-Fahrers). Insbesondere 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, 45 ff; vgl. auch i. F. zur Haftung aus c. i. c. (Rdn. 59 ff) und zur Frage der Haftung aus Geschäftsverbindung (Rdn. 62 ff). Häufig entstehen auch bei „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; vgl. auch *Baumbach/Duden/Hopt* Einl. vor § 343 III A. Derartige Abreden sind erfüllbar, aber nicht einklagbar. Hat eine solche Abrede ein abgestimmtes Wettbewerbsverhalten zum Gegenstand („Frühstückskartell“), so greift § 25 I GWB ein. Eine **Patronatserklärung** der Muttergesellschaft gegenüber den Gläubigern ihrer Tochter, sie werde für die Erfüllung der Schulden der Tochter Sorge tragen, begründet eine direkte Haftung der Mutter (OLG Stuttgart WM 1985, 455 = EWiR § 765 BGB 4/85, 699 *Horn*). Daneben sind abgeschwächte und rechtlich unverbindliche Formen solcher Erklärungen möglich; siehe dazu unten § 349, 91.

c) Häufig werden in Vertragsverhandlungen **Vorstufen von Verträgen** schriftlich fixiert, ohne daß ein Bindungswille vorhanden ist. Dazu gehören auch im internationalen Geschäftsverkehr gebräuchliche Formen wie die Absichtserklärung (*letter of intent*; vgl. *Lutter*, *Der letter of intent*, 1982) oder die Zusammenfassung der Verhandlungspositionen 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. Anders nur, wenn die Merkmale eines **Vorvertrags** erfüllt sind, nämlich erkennbarer gegenseitiger Bindungswille und hinreichende Konkretisierung der Pflicht zum Abschluß des Hauptvertrages mit einem im wesentlichen festgelegten Inhalt (*Staudinger/Dilcher*, Vorbem. zu §§ 145, 40 ff). Vertraglich kann auch eine einseitige Bindung an ein endgültiges Angebot begründet werden, so daß die andere Seite ein **Optionsrecht** hat, dessen Ausübung den Vertrag zustande bringt (*Staudinger/Dilcher* aaO Rdn. 47 ff m. N.). Die erstgenannten, nicht bindenden Vertragsvorstufen begründen nur im Ausnahmefall eine Haftung aus c. i. c., wenn nämlich eine Vertragspartei schuldhaft bei der Gegenseite die sichere Erwartung des Vertragsabschlusses erweckt hat und dieser dadurch ein dem andern voraussehbarer Schaden entstanden ist; dazu i. F. 2 (Rdn. 61) und unten § 346, 42.

2. Die Haftung für culpa in contrahendo beruht auf dem Gedanken, daß Vertragsverhandlungen (Vertragsanbahnungsverhältnis) zwar keine Vertragspflichten begründen, wohl aber ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis als gesetzliches Schuldverhältnis (RGZ 120, 249, 251), und daß die Verletzung der dabei bestehenden Aufklärungs-, Mitteilungs- und Schutzpflichten sowie u. U. auch von Abschlußförderungspflichten eine Pflicht zum Schadensersatz begründen kann; Einzelheiten s. die Literatur zum allgemeinen Zivilrecht.⁶⁵ Der **Vertreter** des Verhandlungspartners kann aus c. i. c. auch persönlich haften, wenn er an dem Geschäft persönlich interessiert ist. Dies kann vor allem auf den

⁶⁵ *Staudinger/Dilcher*, Vorbem. 31 ff zu §§ 145 ff; *H. Hübner*, Allgemeiner Teil § 41 C I.

Mehrheitsgesellschafter und alleinigen Geschäftsführer der GmbH zutreffen (BGHZ 87, 27). Vertreter und sonstige Dritte, die an Verhandlungen teilnehmen, können auch deshalb persönlich haften, weil sie persönliches Vertrauen in Anspruch nehmen (s. § 347, 62 ff).

- 60** Von besonderer Bedeutung im geschäftlichen Verkehr sind Mitteilungs-, Aufklärungs- und Warnpflichten, die sich aus dem Geschäftsanbahnungsverhältnis ergeben können und deren Verletzung zur Haftung aus c. i. c. führen kann; zur vertraglichen Begründung solcher Pflichten s. § 347 Rdn. 52 ff, 57 ff. Die Verletzung wegen Aufklärungspflichtverletzung aus c. i. c. ist subsidiär. Soweit es um eine Aufklärung über Sachmängel und Eigenschaftszusicherungen geht, ist das **Gewährleistungsrecht** vorrangig und abschließend (BGHZ 60, 319 ff). Gleiches muß im Prinzip auch im Hinblick auf das **Anfechtungsrecht** gelten. Der BGH hat aber einen Anspruch aus c. i. c. auf Vertragsaufhebung wegen fahrlässiger Irreführung anerkannt (BGH NJW 1962, 1196). Ein angemessenes Ergebnis läßt sich hier wohl schon nach §§ 119, 122 BGB erreichen (*H. Hübner* aaO Rdn. 565).
- 61** Eine Schadensersatzpflicht aus c. i. c. kann (nur) ausnahmsweise daraus entstehen, daß im Verhandlungsgegner schuldhaft die sichere Erwartung des Vertragsschlusses geweckt wird und dieser im Vertrauen darauf einen dem anderen erkennbaren Schaden erleidet (§ 346, 42). Dies gilt nicht, wenn für den Vertrag eine besondere Form vorgeschrieben ist. Hier ist für die Zeit vor dem formgerechten Abschluß die Entschlußfreiheit der Partei grundsätzlich zu respektieren (vgl. BGH WM 1988, 163 betr. § 2 GmbHG).

3. Geschäftsverbindung

- 62** a) **Begriff.** Die Geschäftsverbindung ist ein auf mehrere Geschäfte oder längere Zeit angelegter geschäftlicher Kontakt zwischen Kaufleuten. Sie ist an sich kein Vertrag; s. aber Rdn. 65. Sie wird von einer verbreiteten Meinung als gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht charakterisiert, aus der gem. § 242 BGB Schutzpflichten und Haftungsfolgen entstehen.⁶⁶ Dieses dogmatische Konzept ist relativ undeutlich und sein praktischer Nutzen ist sehr zweifelhaft. Regelmäßig entstehen Schutz- und Sorgfaltspflichten im Hinblick auf irgendeine versprochene oder geplante Erbringung einer spezifischen Leistung, stellen sich also als Nebenpflichten eines Vertrags oder Pflichten im Rahmen der *culpa in contrahendo* dar. Über diese bekannten Kategorien hinaus kann der Begriff der Geschäftsbeziehung lediglich bestimmte tatsächliche Merkmale und Fallgruppen zusammenfassen. Eine eigenständige dogmatische und praktische Funktion ist nicht erkennbar. S. auch § 347, 60 f.
- 63** Die bestehende Geschäftsbeziehung entfaltet daher (nur) als relevanter Sachverhalt im Rahmen anderer bestehender Pflichten und Haftungstatbestände eine Bedeutung. So kann ein bestimmter Wortgebrauch oder Übung bei der Geschäftsabwicklung in der zurückliegenden Zeit Anhaltspunkte für die Auslegung von Willenserklärungen liefern (*Müller-Graff* aaO). Ferner kann bei laufender Geschäftsverbindung eine Haftung aus c. i. c. 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 (aaO). Ferner kann die Geschäftsbeziehung, insbes. der Inhalt früherer Verträge, u. U. ein Anhaltspunkt für die Vertragsauslegung sein (allg. *Müller-Graff* aaO), z. B. für die weitere Einbeziehung bereits früher vereinbarter AGB. Allerdings müssen sich dafür Anhaltspunkte in den

⁶⁶ *Canaris* JZ 1965, 475; *ders.*, Bankvertragsrecht (Staub HGB, 4. Aufl.) Bd. I Rdn. 12 f; *Gerhardt* JZ 1970, 535 f; *Müller-Graff* JZ 1976,

155 f; *ders.*, Rechtliche Auswirkungen aaO; *Baumbach/Duden/Hopt*, Einl. vor § 343, 2.

Erklärungen der Parteien finden. Denn der einzelne Vertrag behält auch im Rahmen einer Geschäftsbeziehung grundsätzlich seine rechtliche Selbständigkeit.⁶⁷ Die Geschäftsverbindung bietet regelmäßig aber keinen Anhaltspunkt dafür, daß in einem früheren Vertrag vereinbarte belastende Einreden (z. B. über Lieferantenkredit) ohne weiteres in einem neu geschlossenen Vertrag enthalten sind (BGHZ 87, 32).

Aus der reinen Tatsache der Geschäftsbeziehung ergeben sich keine Pflichten zur Aufrechterhaltung dieser Beziehung bzw. zur Weiterbelieferung, Belassung oder gar Erhöhung von Krediten, sofern nicht ein besonderes gesetzliches Gebot oder Verbot eingreift, namentlich Kontrahierungszwang, der sich auch aus einem Diskriminierungsverbot gem. § 26 II GWB ergeben kann (oben Rdn. 7). Verpflichtungen zur Gewährung und Belassung von Krediten können sich nur ganz ausnahmsweise aus der Vertragsbeziehung zwischen einem Unternehmen und seiner Hausbank ergeben.⁶⁸ **64**

b) Rahmenvertrag. Die Geschäftsverbindung kann vertraglich geregelt sein, insbesondere durch einen Rahmen- oder Kooperationsvertrag, z. B. in einem Vertriebssystem; vgl. *Ulmer*, *Der Vertragshändler*, 1969. 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 Anbieters- und Abnahmepflichten, ergeben. Soweit dabei Ausschließlichkeitsbindungen begründet werden, greift die Verbotsmöglichkeit des § 18 I Nr. 2 GWB ein.⁶⁹ Der Rahmenvertrag kann auch die AGB für die einzelnen, in der Geschäftsbeziehung geschlossenen Verträge festlegen. Diese Möglichkeit ist in § 2 II AGBG vorgesehen. Es müssen dann die Einbeziehungsvoraussetzungen nur beim ersten Vertrag erfüllt sein. Zu fordern ist aber, daß der Kunde sich über diese Rechtsfolgen genau im klaren ist und bei späteren Verträgen keinen anderen Willen zum Ausdruck bringt. **65**

Da unter Kaufleuten § 2 nicht gilt, sondern nur die allgemeinen Anforderungen an einen Vertragsschluß zu erfüllen sind (Rdn. 39 ff), wird z. T. auch die Meinung vertreten, der Kunde könne bereits im voraus späteren Abänderungen der AGB zustimmen.⁷⁰ Dies ist grundsätzlich unzulässig, da einer Partei im Unterschied zu einem Leistungsbestimmungsrecht i. S. § 315 BGB kein Recht zur einseitigen Abänderung der rechtlichen Ausgestaltung eines Vertrages eingeräumt werden kann.⁷¹ Es sind also erneut die Einbeziehungsvoraussetzungen zu erfüllen; vgl. auch Nr. 28 II AGB-Banken und Anh. § 372 Bankgeschäfte I Rdn. 10 ff. **66**

Sind die künftigen Leistungspflichten bereits im Rahmenvertrag hinreichend 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 Dauerschuldverhältnis⁷²). Z. B. verpflichtet sich die Bank im Rahmen eines Vertrags über ein Girokonto zur Kontenführung und zur Ausführung von Zahlungen nach Weisungen des Kunden; unten Anh. § 372, II Rdn. 2 ff; III Rdn. 4 ff. **67**

⁶⁷ BGHZ 18, 212, 215 f; 87, 27, 32; allg. *Horn*, *Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* (hrsg. BJM) Bd. I 1981, S. 563.

⁶⁸ Zu dieser Problematik (z. T. weitergehend) *Hopt ZHR* 143 (1979), 139; *Canaris ZHR* 143 (1979), 113 ff.

⁶⁹ *Rittner*, *Ausschließlichkeitsbindungen*, 1956;

Emmerich, in: *Immenga/Mestmäcker GWB* 1981, § 18, 77 ff, 87 ff.

⁷⁰ *Baumbach/Duden/Hopt HGB* (5) AGBG § 2, 2 D.

⁷¹ *BT-Drucks.* 7/3919, S. 18; *Wolf/Horn/Lindacher* § 2, 54; § 23, 459.

⁷² Zu beiden sich überschneidenden Kategorien *Horn*, *Vertragsdauer aaO* (Fn. 67), S. 560 ff, 594 ff, 599.

4. Vertrauenshaftung?

68 Jedermann, insbesondere der Kaufmann, muß seine Handlungen gegen sich so gelten lassen, wie sie von anderen nach der Verkehrssitte (Handelsbrauch) aufgefaßt werden; arg. § 346.⁷³ 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.⁷⁴ 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.⁷⁵

69 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. Dabei ist in erster Linie an vertragliche Haftung und an *culpa in contrahendo*, daneben an deliktische Haftungstatbestände zu denken. Im Rahmen dieser eingebürgerten rechtlichen Kategorien lassen sich auch Sondertatbestände wie Berufshaftung und Prospekthaftung entwickeln; dazu unten § 347, 64, 65. Dem Gedanken der Vertrauenshaftung in manchem verwandt ist der Versuch von *Köndgen*, Tatbestände einer „Selbstbindung ohne Vertrag“ aufgrund (einseitigen) geschäftsbezogenen Handelns herauszuarbeiten (aaO). Dieser Gedanke kann sowohl bei vertraglichen wie bei gesetzlichen Haftungstatbeständen fruchtbar gemacht werden; er besitzt allerdings ebenfalls noch nicht die für einen selbständigen Haftungstatbestand notwendige Präzision.

5. Verjährung

70 a) § 196 BGB begründet eine **kürzere Verjährung** von zwei Jahren (Abs. 1) und von vier Jahren (Abs. 2) für bestimmte geschäftliche Gegenansprüche bestimmter Personengruppen. Zu diesen zählt der Kaufmann; er ist in Abs. 1 Nr. 1 ausdrücklich und indirekt in anderen Gruppen der Nr. 1 bis 4 genannt. Dagegen unterliegen die Leistungsansprüche der Geschäftspartner gegen diese Personen der Regelverjährung des § 195 BGB.

71 b) Die **Kaufmannseigenschaft** i. S. § 196 BGB richtet sich nach den §§ 1–6. Erfasst sind demgemäß auch Minderkaufleute (KG, OLGE 22, 164), die Personenhandelsgesellschaften gem. § 6 I (BGHZ 39, 258; 74, 276) und Kapitalgesellschaften gem. § 6 II (BGHZ 72, 229, 231). Ferner werden die eingetragenen Scheinkaufleute des § 5 erfasst (*Staudinger/Dilcher* BGB, 12. Aufl., § 196, 11; h. M.); das bloße Auftreten als Kaufmann genügt aber nicht (RGZ 129, 401, 403). Bauunternehmer unterfallen § 196 Nr. 1 BGB, schon weil sie meist entweder Kaufleute gem. § 2 (oder gem. § 6 II; vgl. BGHZ 72, 229, 231) oder aber Handwerker sind. Trifft dies ausnahmsweise nicht zu, so gibt doch die handwerksmäßige Leistung den Ausschlag (BGHZ 39, 255, 259). Fabrikanten sind meist schon Kaufleute nach § 1 I Nr. 1 oder Nr. 2; trifft dies nicht zu (Urproduktion, z. B. Ziegelei mit Tongrube), so ist die besondere Nennung in § 196 I Nr. 1 BGB von Bedeutung. Fabrikant ist auch das

⁷³ RGZ 95, 112, 114; vgl. auch BGHZ 91, 324.

⁷⁴ Vgl. *Staudinger/Coing* BGB, 11. Aufl., Vorbem. 76 zu § 104, Vorbem. 3 zu § 116; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; Zur Diskussion auch *Staudinger/Dilcher* BGB, 12. Aufl., Vorbem. 44 zu

§§ 116–144; krit. *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 97 ff.

⁷⁵ Zutr. *H. Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1985, § 29; *Köndgen* aaO.

Elektrizitätswerk (BGH NJW 1961, 453). Der Architekt ist weder Kaufmann noch Handwerker i. S. § 196 I Nr. 1 BGB (BGHZ 45, 226). Seine Honorarforderung unterliegt aber der kurzen Verjährung nach Nr. 7 (BGHZ 59, 163).

c) **Art der Ansprüche.** Erfasst sind in Nr. 1 des § 196 BGB alle Gegenansprüche aus Lieferung von Waren, d. h. aus Warenumsatzgeschäften, auch aus ungewöhnlichem Anlaß (RGZ 130, 85 betr. Teilgeschäftsaufgabe), auch aus Lieferung von Strom (BGH NJW 1961, 455), nicht von Wertpapieren (RGZ 74, 161). Auf die Art der Gegenleistung für die Lieferung kommt es nicht an (RGZ 116, 281). Erfasst sind auch die Ansprüche des Verkäufers aus § 347 S. 2 BGB (BGHZ 86, 319), auch alle Ansprüche aus § 2 AbzG (BGHZ 58, 121), wohl auch Vertragsstrafen (a. A. RGZ 85, 242), nicht der Darlehensrückzahlungsanspruch der Bank beim finanzierten Abzahlungskauf (BGHZ 60, 108). **72**

Die Ausführung von Arbeiten i. S. Nr. 1 umfaßt sowohl physische Leistungen (vgl. RGZ 118, 27 betr. Schleppschiffahrt) wie geistige Leistungen (OLG München NJW 1966, 1128 betr. statische Berechnungen); die Herstellung von Eigentumswohnungen wird erfasst trotz Verbindung mit einem Grundstücksgeschäft (BGHZ 72, 229). Zur Besorgung fremder Geschäfte gehören z. B. bestimmte Dienstleistungen der Banken, etwa Einlösung fremder Akzente (BGH BB 1975, 762). Die Provisionsansprüche der Handelsvertreter sind durch § 88 ausgenommen. Auslagenersatzansprüche i. S. Nr. 1 sind u. a. die aus §§ 670, 675 BGB, auch auf Lieferung oder Rückgabe von Verpackungsmaterial und Leergut (KG JW 1929, 330). **73**

§ 196 BGB erfasst vertragliche Ansprüche des Kaufmanns (BGHZ 48, 127), aber auch alle sonstigen Vergütungsansprüche (BGHZ 72, 231), auch aus c. i. c. (BGHZ 57, 191), aus § 2 AbzG und aus § 347 BGB (zu beidem Rdn. 72), aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherung (BGHZ 72, 233 f), nicht aus Delikt gem. § 852 I BGB (BGHZ 48, 129). **74**

d) Die **vierjährige Verjährung** des § 196 II BGB gilt, wenn die Leistung für den **Gewerbebetrieb** des Schuldners erfolgte. Gewerbebetrieb ist der auf nachhaltige Erzielung von Einnahmen gerichtete Geschäftsbetrieb (BGHZ 49, 258, 260), auch ggf. eine Nebentätigkeit (BGHZ 74, 276), in jedem Fall der Betrieb eines Formkaufmanns i. S. § 6 II (BGHZ 66, 48; vgl. auch BGHZ 72, 231). Landwirtschaft ist regelmäßiger Gewerbebetrieb (BGHZ 33, 321). Die Deutsche Bundesbahn ist Gewerbebetrieb jedenfalls dann, wenn sie Beschaffungsgeschäfte tätigt; die Ansprüche eines Werkunternehmers gegen die Deutsche Bundesbahn aus Werklieferungsvertrag verjähren daher erst in vier Jahren (BGHZ 95, 155; vgl. auch Einl. I vor § 1 Rdn. 22 und § 1, 11). **75**

Es genügt Leistung für den künftigen Gewerbebetrieb, z. B. bei Errichtung eines gewerblich zu nutzenden Gebäudes (BGHZ 63, 32). Der Gläubiger muß die Voraussetzungen des § 196 II BGB beweisen, kann sich aber dabei auf die Vermutung des § 344 stützen (BGHZ 63, 32). Keinen Gewerbebetrieb haben nach traditioneller Auffassung die freien Berufe, z. B. der Arzt (BGHZ 86, 320) und der Steuerberater (BGHZ 72, 324). Freie Berufe können mit einem Gewerbebetrieb verbunden sein, z. B. eine Arztpraxis mit einem Sanatorium (RGZ 109, 73, 76). Erwerb und Vermietung einiger Wohnungen als Kapitalanlage ist noch kein Gewerbebetrieb (BGHZ 74, 276). **76**

VI. Gerichtsstands- und Schiedsklauseln

Zum Verfahrensrecht in Handelssachen s. oben Einleitung IV vor § 1; zu Gerichtsstandsvereinbarungen s. dort Rdn. 4 und 7, zu Schiedsvereinbarungen Rdn. 14 ff, zur Schlichtung Rdn. 22 f, zum Schiedsgutachtervertrag Rdn. 24 ff (jeweils Einl. IV vor § 1). **77**

VII. Das Vertragsstatut internationaler Handelsgeschäfte

1. Rechtswahl

- 78** a) **Verweisungsvertrag.** Die Parteien eines schuldrechtlichen Vertrags haben nach deutschem IPR kraft der ihnen zugestandenen **Parteiautonomie** die rechtliche Möglichkeit, das auf den schuldrechtlichen Vertrag anwendbare Recht (Vertragsstatut) zu vereinbaren (Verweisungsvertrag). Dieser Grundsatz ist in Art. 27 EGBGB n.F. (ab 1. 9. 1986) normiert; dies entspricht auch der vorher bestehenden h.M.⁷⁶ und dem Rechtszustand zahlreicher anderer Länder.⁷⁷ Besondere Anforderungen an die Auslandsberührung des betreffenden Geschäfts zur Rechtfertigung der Rechtswahlfreiheit werden vom deutschen IPR nicht gestellt (*Reithmann/Martiny*, 4. Aufl., Rdn. 31). Der Verweisungsvertrag ist äußerlich meist eine Klausel des Hauptvertrages (Rechtswahlklausel). Die Rechtswahl kann auch konkludent vereinbart werden (vgl. Art. 27 I 2 EGBGB). Verweisungsvertrag (Rechtswahl) und Hauptvertrag sind auch bei äußerer Verbindung rechtlich grundsätzlich selbständig. Der Verweisungsvertrag kann unwirksam und der Hauptvertrag gleichwohl wirksam sein (vgl. BGH JZ 1963, 167) und umgekehrt (vgl. OLG Köln IPRspr. 1958/59 Nr. 42). Die Gültigkeit eines Verweisungsvertrags wird immer nach dem Recht des angerufenen Gerichts (*lex fori*) beurteilt.
- 79** b) Das **gewählte Recht** kann auch ein „**neutrales**“ Recht sein, zu dem das Geschäft keine sachliche oder räumliche Beziehung hat.⁷⁸ Die Rechtswahl kann für den ganzen Vertrag oder auch nur für einen Teil davon getroffen werden; vgl. Art. 27 I 3 EGBGB. Eine solche **gespaltene Rechtswahl** ist immer dann unvermeidlich, wenn die Parteien ein bestimmtes, z. B. neutrales, Recht wählen wollen, zugleich aber für bestimmte Rechtsfragen zwingende Anknüpfungen vorhanden sind, z. B. in bezug auf ein Grundstück oder bei Wandel- oder Optionsanleihen hinsichtlich des Bezugsrechts, das jeweils dem Recht der betreffenden Kapitalgesellschaft unterliegt. Nicht zu empfehlen ist die Aufspaltung der Rechtswahl für einen schuldrechtlichen Vertrag, z. B. nach Verkäufer- und Käuferrechten, weil wegen der Wechselbeziehung dieser Rechte Einflüsse des jeweils anderen Rechts überraschend und verwirrend sein können.⁷⁹ Auch eine **alternative Rechtswahl** ist in der Praxis heute anzutreffen, bei der jeweils das Recht z. B. des Beklagten oder (bei alternativer Gerichtsstandsvereinbarung) das Recht des angerufenen Gerichts maßgeblich sein soll; diese Praxis ist nicht unbedenklich, wohl aber grundsätzlich rechtlich zulässig.⁸⁰
- 80** c) Um sich gegen unliebsame künftige Änderungen des gewählten Rechts zu schützen, vereinbaren die Parteien bisweilen, daß das gewählte Recht im Zeitpunkt der Rechtswahl gelten solle. Die Geltung solcher „**Versteinerungsklauseln**“ ist zweifelhaft und umstritten.⁸¹ Die Parteien können dies wohl nur dann erreichen, wenn sie statt der typischen

⁷⁶ BGHZ 7, 231, 234; 9, 34, 37; 9, 221, 223; 19, 110 f.; BGH NJW 1979, 1773; *Reithmann*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 1980, Rdn. 7.

⁷⁷ Vgl. den Überblick bei *Sandrock/Steinschulte*, Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, Bd. I § 4.

⁷⁸ OLG München IPrax 1986, 178 (LS) Anm. *Jayme*; *Palandt/Heinrich* Art. 27 EGBGB, 2 a.

⁷⁹ *Sandrock/Steinschulte* aaO, A 99 m. N.; allg. zur geteilten Rechtswahl *Reithmann/Martiny*

Rdn. 32 m. N.

⁸⁰ Zur Praxis *Carroll*, Last Words on Governing Law, Euromoney Dec. 1981; zur Zulässigkeit *Graf von Westphalen*, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 3. Aufl., S. 34 (mit unrichtiger Bezugnahme auf *Sandrock* aaO); *Horn* JurBl. 1987, 409, 411.

⁸¹ Für ihre Gültigkeit *Sandrock/Steinschulte* A 38 (mit Zweifeln); *Graf von Westphalen* aaO S. 34; a. A. *Reithmann/Martiny* Rdn. 34 m. w. N.

kollisionsrechtlichen Verweisung auf das ganze gewählte Recht nur eine materiellrechtliche Verweisung auf bestimmte Normkomplexe wollen und dies eindeutig ausdrücken (*Reithmann/Martiny* aaO). Davon zu unterscheiden ist die sachlich verwandte vertragliche Zusage einer Regierung oder sonstigen staatlichen Stelle im Rahmen internationaler Investitionsverträge, die für das Projekt relevante Gesetzgebung (z. B. über Abbaurechte, Besteuerung, Gewinntransfer usw.) nicht zu ändern (**Stabilisierungsklausel**). 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.⁸²

d) Internationalisierung; lex mercatoria. 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.⁸³ Verträge von Privaten (Unternehmen) mit Staaten können dem Völkerrecht unterstellt werden; str.⁸⁴ Hier gilt aber die umgekehrte Regel, daß sie im Zweifel einem nationalen Recht unterstehen, das mangels Rechtswahl objektiv anzuknüpfen ist. Dies gilt z. B. für internationale Anleihen von Staaten.⁸⁵

Die Frage, ob auch private Vertragspartner internationaler Geschäfte ihre Verträge von jedem nationalen Recht loslösen und „internationalisieren“ können, ist Gegenstand einer umfangreichen und kontroversen Diskussion. Sowohl die Möglichkeit, daß Private ihren Vertrag von jeder Rechtsordnung lösen, als auch ihre Fähigkeit, ihn dem Wirtschaftsvölkerrecht zu unterstellen, ist äußerst umstritten⁸⁶ und daher schon aus praktischen Gründen nicht zu empfehlen. Damit ist das Problem aber nicht erledigt. Denn tatsächlich besteht im internationalen Wirtschaftsverkehr ein starkes Bedürfnis nach materiell einheitlichem Vertragsrecht. Die Wiener UN-Kaufrechtskonvention von 1980 verdeutlicht dies. Auf den zahlreichen Gebieten, auf denen eine Vereinheitlichung durch Konventionen nicht erwartet werden kann, müssen die Parteien die Möglichkeit haben, auf international einheitliche Rechtsgrundsätze, auf Handelsbräuche und einheitliche Rechtsanschauungen über eingebürgerte Standardklauseln zu verweisen. Diese einheitlichen Rechtsgrundsätze und Rechtsanschauungen des internationalen Wirtschaftsverkehrs werden mit einem umstrittenen Sammelbegriff als „*lex mercatoria*“ bezeichnet.⁸⁷ Die Parteien können in einer Rechtswahlklausel darauf Bezug nehmen und in der Praxis geschieht dies auch häufig, z. B. im Zusammenhang mit einer Schiedsklausel, die dem Schiedsgericht die Beachtung dieser Rechtsgrundsätze vorschreibt.

⁸² *Horn*, Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, 1985, S. 128 m. N.

⁸³ *Delaume*, Transnational Contracts I Sec. 1.10 (booklet 1) 1980; *Mann*, The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons, 35 BYIL (1959) 34; *J. Brown Scott*, Hague Court Reports, 1916, S. XXI.

⁸⁴ Für die Zulässigkeit *Mann*, Rev. Belge dr. int. 11 (1975) 564 f.; *Böckstiegel*, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen, 1971, S. 295 ff.

⁸⁵ Vgl. Schweiz. BG, BGE II 140; *Horn*, Das Recht der internationalen Anleihen, 1972, S. 64 f.

⁸⁶ Für die Zulässigkeit bei Verträgen von Staaten mit Privaten *Mann*, Rev. belge dr. int. 11 (1975) 564 f.; weitergehend *Schröder*, Internationales Vertragsrecht, 1984, S. 10 ff.; zweifelnd *Reithmann/Martiny* Rdn. 39, 40.

⁸⁷ Diskussionsüberblick m. w. N. bei *Reithmann/Martiny* Rdn. 37 f.; krit. *Lorenz*, Die lex mercatoria — eine internationale Rechtsquelle?, FS Neumeyer (1985) S. 407.

- 83** Solche Klauseln werden heute von den Gerichten zunehmend anerkannt, und namentlich die darin liegende Ablehnung der Anwendung nationalen Rechts wird nicht als Grund betrachtet, die Wirksamkeit der Klausel oder des ganzen Vertrages in Frage zu stellen (oben Einleitung III vor § 1 Rdn. 16 Fn. 14). Aber auch bei Fehlen einer Schiedsklausel, wenn also die ordentlichen staatlichen Gerichte zur Entscheidung über den Vertrag berufen sind, muß man diese Verweisung auf die *lex mercatoria* anerkennen, soweit das nach dem Kollisionsrecht der *lex fori* anwendbare nationale Recht Parteiautonomie und materielle Privatautonomie zuläßt. Dem verbreiteten Einwand einer Unwirksamkeit des sog. rechtsordnungslosen Vertrags läßt sich ohne weiteres dadurch begegnen, daß man die subsidiäre Geltung des nach Kollisionsrecht berufenen nationalen Rechts annimmt.⁸⁸
- 84** e) **Konkludente Rechtswahl** liegt vor, wenn zwar eine ausdrückliche Rechtswahlklausel fehlt, die Parteien aber nach den Umständen ihren Willen zur Wahl eines bestimmten Rechts zum Ausdruck gebracht haben. Anhaltspunkte dieser Art sind die Vereinbarungen eines Gerichtsstandes, eines Schiedsgerichts, eines Erfüllungsortes, ferner die Verweisung oder Bezugnahme auf Vorschriften eines bestimmten Rechts oder die Benutzung von AGB, die (zwar keine Rechtswahlklausel enthalten, aber) auf einer bestimmten Rechtsordnung aufbauen, die bisherige Vertragspraxis der Parteien, und schließlich das übereinstimmende Verhalten der Parteien hinsichtlich des anzuwendenden Rechts in einem späteren Prozeß (Überblick *Reithmann/Martiny* Rdn. 46 ff). Einen nur schwachen Hinweis in dieser Richtung gibt die Verwendung von Fachausdrücken aus dem englischen und amerikanischen Recht. Zwar üben Rechtsvorstellungen und -terminologie aus dem common law, gestützt auf Englisch als beherrschende Verkehrssprache der Weltwirtschaft, einen bedeutenden Einfluß aus, aber die Parteien wollen mit dem Gebrauch der englischen Sprache und Terminologie i. d. R. keine Rechtswahl (welche?) verbinden. Allerdings können bei der Auslegung gewisse Rechtsvorstellungen aus dem common law Berücksichtigung finden, sofern sie ad hoc oder allgemein im internationalen Verkehr akzeptiert sind.

2. Objektive Anknüpfung

- 85** 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 bisherigem deutschen IPR geltende Konzeption der Anknüpfung an den sog. hypothetischen Parteiwillen zugunsten einer objektiven Anknüpfung aufgegeben. Das Gesetz definiert den Begriff der engsten Verbindung (der auf Art. 4 I EVÜ beruht) aber nicht und er muß daher 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. Diese können sich wiederum mit den Gesichtspunkten berühren, die bei der Ermittlung einer konkludenten Rechtswahl zu berücksichtigen sind (zum Ganzen *Reithmann/Martiny* Rdn. 66–68).
- 86** b) Art. 28 II–IV EGBGB konkretisiert den Begriff der engsten Verbindung durch eine Reihe von **Vermutungen**. Hervorzuheben ist, daß die engste Verbindung mit der Rechtsordnung des Staates vermutet wird, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung

⁸⁸ *Horn*, Internationale Anleihen aaO S. 496; vgl. auch *Schmitthoff*, The Sources of the Law of International Trade 1964, S. 3.

zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder ihre Hauptverwaltung hat. Charakteristisch ist die vertragliche Leistung von Gütern oder Diensten, durch die sich der Vertrag von anderen Verträgen unterscheiden; die Entgeltleistung ist also nicht charakteristisch.⁸⁹ Bei Krediten ist die Kreditgewährung die charakteristische Leistung. Wird eine berufliche oder gewerbliche Leistung durch eine Partei von einer Hauptniederlassung oder sonstigen Niederlassung (in einem anderen Staat) aus erbracht, so ist deren Sitz statt dessen maßgeblich; Art. 28 II 2 EGBGB. Durch diese (wenig verständlich abgefaßte) Norm soll der kleinere gewerbliche Kunde und Verbraucher geschützt werden. Bei Grundstücksgeschäften wird die engste Verbindung zum Recht der Grundstücksbelegenheit vermutet (Art. 28 III EGBGB), bei Güterbeförderungsverträgen die Maßgeblichkeit der Hauptniederlassung des Beförderers (Art. 28 IV EGBGB). Alle Vermutungen können durch andere Anhaltspunkte, die die engste Verbindung anders bestimmen, überwunden werden (Abs. 5).

3. Geltungsbereich des Vertragsstatuts

Das auf den Vertrag anwendbare Recht (Vertragsstatut), das durch Rechtswahl oder objektive Anknüpfung bestimmt ist, ist maßgeblich auch für die Frage, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen ist (Abschlußstatut), einschließlich der Frage der Einbeziehung von AGB (oben Rdn. 44 ff), ferner für die materielle Wirksamkeit des Vertrages, seine Auslegung, die rechtlichen Folgen der Verpflichtungen der Parteien einschließlich ihrer Haftung bei Leistungsstörungen, für Fragen der Beweislast, für Erlöschen und Abänderung des Vertrages und den Übergang vertraglicher Forderungen (Überblick *Reithmann/Martiny* Rdn. 137 f).

4. Zwingendes Recht

Durch die Rechtswahl unterstellen die Parteien ihren Vertrag der gesamten gewählten Rechtsordnung einschließlich ihren zwingenden Normen; zugleich sind die zwingenden Normen anderer Rechtsordnungen im Grundsatz ausgeschlossen (kollisionsrechtliche Verweisung). Die Parteien können im Rahmen eines Vertragsstatuts auch nur auf bestimmte Normen eines anderen Rechts verweisen (materielle Verweisung); deren Wirksamkeit steht dann aber immer unter dem Vorbehalt der Wirksamkeit nach den zwingenden Normen des anwendbaren Rechts. In der Regel beabsichtigen die Parteien eine kollisionsrechtliche Verweisung und nicht eine bloß materielle rechtliche.

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.⁹⁰ Die gleiche Wirkung hat eine objektive Anknüpfung. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch eine Reihe von Ausnahmen, in denen zwingende Vorschriften ohne Rücksicht auf das Vertragsstatut zur Anwendung kommen. Dies gilt für die Schutzstandards des Arbeitsrechts und des Kundenschutzes bei Verbraucherverträgen einschließlich Pauschalreiseverträgen gem. Art. 29, 30 EGBGB. Ferner enthält Art. 34 EGBGB einen generellen Vorbehalt für die Anwendung zwingender Normen, die unabhängig vom Vertragsstatut Anwendung beanspruchen.

⁸⁹ *Sandrock/Steinschulte* I, A 232; *Reithmann/Martiny* Rdn. 74.

⁹⁰ BGH NJW 1977, 1011 Anm. *Jochem* = JZ 1977, 438 Anm. *Kühne*.

90 Nicht durch ausländisches Vertragsstatut eingeschränkt wird deutsche behördliche Aufsicht, z. B. aufgrund des AuslInvestmG. Schließlich kann auch bei ausländischem Vertragsstatut bestimmten Verträgen unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* (jetzt Art. 6 EGBGB) die Anerkennung versagt bleiben. Dies hat die Rechtsprechung etwa hinsichtlich des Differenzeinwandes bei ausländischen Termingeschäften angenommen.⁹¹

Zur ausnahmsweisen Anwendung ausländischen Wirtschaftsrechts oben Einleitung III vor § 1 Rdn. 4 und i. F. § 361, 12 ff.

⁹¹ BGH NJW 1979, 488; 1981, 1898; Überblick bei *Reithmann* aaO Rdn. 299. S. auch unten Anh. § 372 Bankgeschäfte V Rdn. 17, 66.

ERSTER ABSCHNITT Allgemeine Vorschriften

§ 343

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

(2) 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.

Schrifttum. S. Vorbemerkungen zu § 343, vor Rdn. 1.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Normzweck	1	a) Weiter Begriff	10
II. Handelsgeschäft (Abs. 1)	2	b) Einzelfälle	11
1. Begriffsmerkmale; Arten	2	c) Privatgeschäfte	15
2. Kaufmann	3	III. Erweiterter Begriff der Betriebs-	
3. Begriff des Geschäfts	7	zugehörigkeit (Abs. 2)	17
4. Betriebszugehörigkeit des Geschäfts	10		

I. Normzweck

Die Vorschriften des vierten Buches sind nur auf Handelsgeschäfte anzuwenden; vgl. **1** auch § 345 und oben Vorbem. 1 vor § 343. Daher wird dieser Begriff vorab in § 343 und § 344 bestimmt. Zweck der Norm ist also die Festlegung des sachlichen Anwendungsbereichs des vierten Buches. Dessen Normen nehmen auf den Begriff des Handelsgeschäfts oder auf einzelne seiner Begriffsmerkmale Bezug (oben Vorbem. 1 vor § 343). Die sachliche Abgrenzung durch §§ 343, 344 ergänzt die persönliche Bestimmung des Anwendungsbereichs des HGB durch den Kaufmannsbegriff in den §§ 1–6; s. auch Einl. I vor § 1, Rdn. 10–22.

II. Handelsgeschäfte (Abs. 1)

1. Begriffsmerkmale; Arten

Abs. 1 definiert den Begriff Handelsgeschäft dadurch, daß es den Begriff des Geschäfts **2** voraussetzt (dazu Rdn. 7) 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 zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Der Begriff des Handelsgeschäfts ist daher wie-

derum auf den Kaufmannsbegriff zurückbezogen. Das persönliche Kriterium bleibt also wichtig. Das Gesetz unterscheidet nach den beteiligten Parteien zwischen einseitigen Handelsgeschäften, bei denen nur eine Partei Kaufmann ist (§ 345) und zweiseitigen Handelsgeschäften, bei denen beide Parteien Kaufleute sind (vgl. §§ 369 ff, 377 f). Bei den einseitigen Geschäften wird z. T. wiederum unterschieden, in welcher Rolle die kaufmännische Partei am Geschäft beteiligt ist, z. B. als Bürge. Zum Ganzen unten § 345.

2. Kaufmann

- 3** An dem Geschäft muß eine Partei beteiligt sein, die Kaufmann gem. §§ 1–6 ist, nämlich entweder kraft Grundhandelsgewerbes (§ 1) oder Eintragung (§§ 2, 3) und zwar als Einzelperson oder als Personengesellschaft gem. § 6 I (OHG, KG) oder als Kapitalgesellschaft kraft Rechtsform i. S. § 6 II (AG, KGaA, GmbH, eG, VVaG) oder eintragungspflichtige juristische Person mit vollkaufmännischer Tätigkeit (§ 33), oder als unselbständiges öffentliches Unternehmen mit kaufmännischer Tätigkeit (§ 36). Auch der **Minderkaufmann** (§ 4) tätigt Handelsgeschäfte; § 351 nimmt ihn nur punktuell von den Vorschriften des vierten Buches aus (vgl. §§ 348–350). Ausreichend ist auch die Eigenschaft als eingetragener **Scheinkaufmann** i. S. § 5, also als ein zu Unrecht im Handelsregister eingetragener Gewerbetreibender. Über § 5 hinaus wird auch der nicht eingetragene Scheinkaufmann, der gutgläubigen Dritten den Eindruck der Kaufmannseigenschaft vermittelt, zugunsten des Dritten (einseitig) als Kaufmann behandelt. Der Scheinkaufmann selbst kann sich zu seinem Vorteil auf diese Vorschriften aber nicht berufen.¹ Der Dritte kann sich statt dessen auf die wahre Rechtslage berufen und den Scheinkaufmann als Nichtkaufmann behandeln, wenn ihm dies vorteilhafter ist (*Hefermehl* aaO). — Die Kaufmannseigenschaft muß zur Zeit der Geschäftsvornahme gegeben sein.
- 4** 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, sondern nur in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit²; 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 sich eine OHG an einer anderen OHG beteiligt oder wenn ein Kaufmann im Rahmen seines anderweitigen Handelsgeschäfts einen Vertrag mit der Gesellschaft abschließt.
- 5** Die Geschäfte der Post sind nicht Handelsgeschäfte (RGZ 101, 282); die Deutsche Bundespost ist nicht Kaufmann und ihre typischen Aufgaben haben hoheitlichen Charakter; oben Einl. I vor § 1 Rdn. 22 m. N. und § 1, 11. Die Deutsche Bundesbahn dagegen ist heute Kaufmann; sie betreibt einen Gewerbebetrieb (i. S. § 196 BGB) und nimmt nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teil (BGHZ 95, 157 ff; Einl. I vor § 1 Rdn. 22). Auf die (unstreitig) privatrechtlichen Beförderungsverträge und sonstigen Leistungsverträge der Bahn und ebenso auf ihre Beschaffungsgeschäfte (dazu schon BGHZ 2, 50: § 366 analog) ist daher HGB anzuwenden. Die staatlichen Einfuhr- und Vorratsstellen (z. B. für Getreide und Futtermittel, vgl. *GetreideG* i. d. F. v. 24.11.1951; BGBl. I, 899) sind nicht Kaufmann (BGHZ 36, 273, 276). Die

¹ BGHZ 36, 273, 277; *Schlegelberger/Hefermehl* 6; *Großkomm/Ratz* 5.

² *Zöllner* DB 1964, 795; *Schlegelberger/Hefermehl* 8; für die KG oben § 161, 10 f; a. A. *Emmerich* oben § 105, 31.

Deutsche Bundesbank ist Kaufmann gem. § 1 Nr. 4; nur den Vorschriften über das Handelsregister ist sie gem. § 29 BBankG nicht unterworfen.

Soweit die Kaufmannseigenschaft nicht aus den o. a. Vorschriften begründet ist, insbes. nach §§ 1–6 HGB, finden die Vorschriften des vierten Buches und allgemein des HGB auch dann nicht Anwendung, wenn die betreffende Person oder der Personenverband aus anderen Gründen als „Unternehmensträger“ angesehen werden kann.³ Die Teilnahme eines solchen nichtkaufmännischen Unternehmers oder Unternehmensträgers an einem Geschäft macht dieses noch nicht zum Handelsgeschäft. Der Privatmann kann aber den Vorschriften des vierten Buches der HGB dann unterliegen, wenn sein Geschäftspartner ein Kaufmann ist und daher ein sog. einseitiges Handelsgeschäft vorliegt; s. § 345.

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 §§ 18, 21 ff als Geschäft 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 sogenannte Rechtshandlungen und sonstiges willentliches Verhalten von geschäftlicher Bedeutung.⁴ Geschäfte sind daher z. B. die Mahnung (§ 288 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, 43 ff, 49 ff; § 362, 11 ff), ferner die Erteilung einer Weisung im Rahmen eines bestehenden Auftrags oder Geschäftsbesorgungsvertrags (s. zum Bankrecht Anh. § 372, I Rdn. 17) sowie die Erteilung einer geschäftlichen Auskunft (zur Auskunftshaftung s. § 347, 45 ff).

Auch Handlungen, die *culpa in contrahendo* begründen, sind wegen ihrer Nähe zu geschäftlichem 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 (ähnlich *Heymann/Kötter* 1). Nicht Geschäft i. S. § 343 sind daher Vorgänge, soweit sie nur den Tatbestand eines Bereicherungsanspruchs oder einer deliktischen 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 *Hefermehl* aaO 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.

³ Oben Einl. I vor § 1 Rdn. 18 f m. N.; h. M.; a. A. *K. Schmidt*, Handelsrecht, 3. Aufl., § 17 I 1 b.

⁴ *Hefermehl* aaO 11; *Baumbach/Duden/Hopt* 1 A; *Großkomm/Ratz* 7.

⁵ *Hefermehl* aaO 11; *M. Wolff*, Festgabe O. v. Gierke (1910) II S. 117, 147 ff; str., a. A. *Baumbach/Duden/Hopt* 1 A.

⁶ *Hopt* aaO; einschränkend *Hefermehl* 13.

4. Betriebszugehörigkeit des Geschäfts

- 10 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 (unten Rdn. 17). Für die Eigenschaft als Handelsgeschäft genügt ein entfernter Zusammenhang mit dem Unternehmen.⁷ Die Abgrenzung ist im Grundsatz objektiv zu verstehen; 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 Unternehmens⁸, der Erwerb eines Patents (RG SeuffA 86 Nr. 119), der Abschluß eines Bierlieferungsvertrages 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 (kraft Grundhandelsgewerbes i. S. § 1 oder kraft Eintragung gem. §§ 2, 3) sein oder durch das Geschäft Kaufmann werden, indem er das erste vorbereitende Geschäft eines Grundhandelsgewerbes vornimmt (*Hefermehl* aaO 17, 25). Der Abschluß des Gesellschaftsvertrags über eine Handelsgesellschaft, die dann die Kaufmannseigenschaft erlangt, ist nicht schon deshalb Handelsgeschäft (Rdn. 4 und oben § 161, 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 Arbeitsgeräten¹⁰, die Einstellung von Hilfskräften¹¹ und die Aufnahme eines Betriebsmittelkredits sowie die Beschaffung von Geschäftsräumen (RG SeuffA 63 Nr. 249).
- 13** (3) Auch **ungewöhnliche Geschäfte** können Handelsgeschäfte sein, wie auch Abs. 2 klarstellt (Rdn. 17). Die Geschäfte müssen also nicht typisch für das betreffende kaufmännische Unternehmen sein, sofern sie ihm nur dienen, wie z. B. eine vereinzelt gewährte Bürgschaft (BGH WM 1976, 424 f), 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

⁷ BGHZ 63, 35; BGH WM 1976, 425; *Hefermehl* aaO 16; *Hopt* aaO 2 A; *Großkomm/Ratz* 3.

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; *Hefermehl* aaO 16 m. N.; zur Haftung bei Gefälligkeiten s. Vorbem. 65 vor § 343.

¹³ RGZ 102, 245; 154, 336.

¹⁴ OGHZ 1, 62; vgl. auch RGZ 72, 436.

(RGZ 14, 235). Bei einer Bürgschaft für Verwandte kann der geschäftliche Zusammenhang fehlen (ROHG 15, 388), er kann aber auch nach den Umständen gegeben sein.¹⁵ Auch Unentgeltlichkeit und Gefälligkeitscharakter schließen den geschäftlichen Zusammenhang nicht ohne weiteres aus (BGH WM 1976, 424).

Eine **Handelsgesellschaft** nimmt nach h. M. stets nur Handelsgeschäfte vor; Privatgeschäfte sollen bei ihr begrifflich ausgeschlossen sein.¹⁶ 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, soweit dies nicht nur der Personalpolitik oder Werbung des Unternehmens 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, sofern sie nicht anderweitig schon Kaufleute sind (Rdn. 4, 11). Schließen sie ein Geschäft in eigenem Namen, so liegt ein Privatgeschäft vor (BGH NJW 1960, 1852). 16

III. Erweiterter Begriff der Betriebszugehörigkeit (Abs. 2)

Abs. 2 betont den weiten Begriff der Betriebszugehörigkeit von Geschäften. Auch solche Geschäfte des Kaufmanns, die den Grundhandelsgeschäften des § 1 II zuzurechnen sind, aber nicht dem Geschäftstypus seines konkret betriebenen Unternehmens entsprechen, können Handelsgeschäfte sein. Durch die weite Auslegung des Abs. 1 (Rdn. 7–16) ist die Vorschrift überflüssig und z. T. irreführend.¹⁷ Denn nach dem weiten Bedeutungsumfang des Abs. 1 kommt es auf die Eigenschaft eines Geschäfts, einem Grundhandelsgewerbe zuzugehören, überhaupt nicht an. Diese Eigenschaft ersetzt andererseits nicht etwa eine fehlende Betriebszugehörigkeit. Denn selbstverständlich kann der Kaufmann Käufe und Verkäufe (Grundhandelsgewerbe i. S. § 1 II Nr. 1) für private Zwecke tätigen, wenn der Zusammenhang mit seinem Unternehmen fehlt. 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		

¹⁵ BGH WM 1976, 424; vgl. auch *Rehm* ZHR 74, 247 ff.

¹⁶ BGH NJW 1960, 1852; *Hefermehl* aaO 20.

¹⁷ *Hefermehl* aaO 28; *Hopt* aaO 2 B.

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). 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), ferner für die Frage, ob eine Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erbracht wurde i. S. § 196 I Nr. 1, II BGB³ (vgl. auch Vorbem. 75 vor § 343). 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; oben § 230, 3).
- 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 sein⁴, was aber nicht überzeugt; vgl. § 343, 16. Der Schwerpunkt der Anwendung liegt zweifellos beim Einzelkaufmann. Daneben hat § 344 praktische Bedeutung etwa für die kaufmännisch tätigen juristischen Personen i. S. § 33 und die unselbständigen öffentlichen Unternehmen mit kaufmännischer Tätigkeit i. S. § 36, zumal bei ihnen ein nichtkaufmännisches Handeln (Verfolgung ideeller korporativer Ziele; schlichthoheitliche Verwaltung) zum normalen Tätigkeitsbereich gehören kann (*Heymann/Kötter* 1).

3. Gegenstände außerhalb der Vermutung

- 4 Nicht Gegenstand der Vermutung ist die Kaufmannseigenschaft der beteiligten Personen; sie wird vielmehr in § 344 vorausgesetzt (Großkomm/Ratz 2). 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.⁵ 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 (*Hefermehl* aaO 3). Dagegen greift § 344 ein, wenn jemand ein kaufmännisches und ein nichtkaufmännisches (z. B. landwirtschaftliches) Unternehmen betreibt; str.⁶ Dies muß auch gelten, wenn nur ein kaufmännischer Nebenbetrieb i. S. § 3 III zu einem

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

² *Schlegelberger/Hefermehl* 6; Großkomm/Ratz 3.

³ RGZ 66, 6; 70, 30; 130, 234; BGHZ 63, 32 f.

⁴ BGH NJW 1960, 1852 f; *Hefermehl* aaO 5; *Baumbach/Duden/Hopt* 1 A.

⁵ ROHG 13, 288; 18, 226; RGZ 119, 64, 67; BGH NJW 1960, 1852 f; *Hefermehl* aaO 2; *Ratz* aaO 2.

⁶ *Hefermehl* aaO 3; a. A. *Baumbach/Duden/Hopt* 1 A.

land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb vorliegt (a. A. noch RG JW 1930, 829 zu § 3 II a. F.). Die Anwendung des HGB im Bereich land- und forstwirtschaftlicher Betriebe kann heute 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 h. M. auch bei § 344 der weite Geschäftsbegriff des § 343 anzuwenden.⁷ Daher gilt § 344 z. B. auch für die Frage, ob eine Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners i. S. § 196 I Nr. 1, II BGB erfolgt ist (BGHZ 63, 32). Die weite Auffassung vermeidet fruchtlose Abgrenzungsprobleme und dient der möglichst gleichmäßigen Anwendung von Handelsrecht auf den Kaufmann.

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 Dritte können sich auf sie berufen.⁸

Die Vermutung gilt nur **im Zweifel**. Das heißt 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, 35).

3. Die Widerlegung der Vermutung

Der private Charakter des Geschäfts, d. h. seine fehlende Betriebszugehörigkeit, muß grundsätzlich aus objektiven Merkmalen folgen (§ 343, 10–14). Allerdings kommt den nachweislichen Vorstellungen beider Parteien Bedeutung zu (*Hefermehl* aaO 8). Die Parteien können auch durch **Vereinbarung** die Betriebszugehörigkeit oder einzelne handelsrechtliche Folgen daraus ausschließen (aaO).

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 ist¹¹; immerhin liegt darin ein unterstützender Anhaltspunkt. Nicht ausreichend ist der Nachweis, daß es sich um ein vorbereitendes, abwickelndes, ungewöhnliches oder unentgeltliches Geschäft gehandelt habe (§ 343, 11–14).

⁷ Großkomm/Ratz 3; Schlegelberger/Hefermehl 6; Baumbach/Duden/Hopt 1 B; a. A. Kötter in Voraufll., 2.

⁸ Ratz aaO 6; Hefermehl aaO 19.

⁹ RG WarnR 1929 Nr. 38; BGHZ 63, 32, 35.

¹⁰ BGH WM 1976, 424; Hefermehl aaO 11.

¹¹ RGZ 59, 213; OLG Nürnberg BB 1961, 1179; Hefermehl aaO 12.

III. Die Vermutung des Abs. 2

1. Der Begriff des Schuldscheins

- 8** Ein Schuldschein ist eine vom Schuldner zum Beweis seiner 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; insbesondere 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 (*Hefermehl* aaO 14). Für die etwa zugleich genannte Gegenleistung gilt § 344 II nicht.
- 9** Die Urkunde muß vom Kaufmann gezeichnet, d. h. gem. § 126 BGB durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet oder notariell beurkundet sein (§ 126 III BGB). Regelmäßig wird 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 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 Schuldanerkenntnis des Vollkaufmanns gem. § 350.¹³ 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 und Fernschreiben (Vorbem. 22 vor § 343).
- 10** Zu den Schuldscheinen i. S. Abs. 2 zählen auch Wechsel¹⁴, die in § 363 genannten Wertpapiere (*Baumbach/Duden/Hopt* 2), also kaufmännische Anweisungen, aber nur sofern sie angenommen sind (§ 784 BGB), kaufmännische Verpflichtungsscheine (RGZ 77, 56) und die in § 363 II genannten Papiere (i. E. § 363, 18 ff), ferner Schlußnoten (dazu oben § 94, 1 ff, § 95, 1 ff), Bürgschaftsurkunden¹⁵, nicht jedoch bloße Quittungen, es sei denn sie bekunden zugleich eine Verpflichtung, z. B. zur Rückzahlung eines empfangenen Darlehens (*Hefermehl* aaO 14).

2. Wirkung und Widerlegung der Vermutung

- 11** 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.
- 12** 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 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 Schuldgrund; dessen privater Charakter kann dann auch durch sonstige Tatsachen nachgewiesen werden (äbnl. *Hefermehl* aaO 17). Die Ungewöhnlichkeit des Geschäfts liefert keinen ausreichenden Beweis (vgl. Rdn. 7 a. E.), ebensowenig die Art der Zeichnung, insbesondere mit dem

¹² RGZ 116, 173; 120, 89; *Hefermehl* aaO 13.

¹³ Großkomm/Ratz 8; *Schlegelberger/Hefermehl* 15.

¹⁴ ROHG 9, 174; RGZ 56, 198.

¹⁵ ROHG 20, 204; RG JW 1906, 87.

¹⁶ OLG Hamm ZIP 1982, 50; *Baumbach/Duden/Hopt* 2.

bürgerlichen Namen anstelle der Firma (Rdn. 7). Anders als nach Abs. 1 reicht es zur Widerlegung der Vermutung des Abs. 2 nicht aus, daß die Parteien gemeinsam den privaten Charakter der Verpflichtung angenommen oder sogar vereinbart haben, falls sich in der Urkunde kein Anhaltspunkt dafür findet; ggf. ist aber im Einzelfall der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begründet, wenn jemand sich unter diesen Umständen auf die Vermutung stützt (*Hefermehl* aaO 18).

§ 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. § 343, 10 ff; § 344, 1) das Geschäft vornimmt (Rdn. 2), und zweiseitigen Handelsgeschäften, bei denen beide Parteien 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).

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 für die Zinshöhe von 5 % gem. § 352 II (s. § 352, 14), für die Bestimmungen über das Kontokorrent in §§ 355–357 (s. § 355, 7), 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, 4), schließlich auch für die Bestimmungen über die einzelnen Vertragstypen der Handelsgeschäfte, also Kauf, Kommissionsgeschäft usw., mit wenigen ausdrücklichen Ausnahmen, so in §§ 377–379.

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“) gefordert¹, 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 begründet. Eine generelle Regel läßt sich daraus schwerlich bilden. Der Privatmann rechnet gegenüber Kaufleuten mit gewissen erhöhten Anforderungen des geschäftlichen Verkehrs. Dies gilt wohl für die erhöhte Zinspflicht des §§ 352 II, 354 II, für die Pflicht zur Lieferung von Handelsware gem. § 360 dann, wenn der Privatmann für gewerbliche Zwecke liefern und den entsprechenden Preis erzielen will. Die Rechtsfolgen

¹ *Raisch* JuS 1967, 535; *Staub/Brüggemann* ² *Baumbach/Duden/Hopt* § 360, 2 A; *Brüggemann* aaO.

des Kontokorrent sind heute ohne weiteres auch dem Privatmann, der z. B. ein Bankkonto unterhält, zumutbar; s. auch § 355, 7.

- 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, 12) und im Besonderen für das vollkaufmännische (vgl. § 351) Versprechen einer Vertragsstrafe gem. § 348 (s. § 348, 12) oder einer Bürgschaft gem. §§ 349, 350 (s. § 349, 5; § 350, 5 f), ebenso für abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis gem. § 350 (s. § 350, 5 f).

3. Beiderseitiges Handelsgeschäft

- 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. Dies gilt für die §§ 353, 369–372, 377–379, 391. Die Eigenschaft als Minderkaufmann reicht aus.³ Auch § 346 über den Handelsbrauch gilt nach seinem Wortlaut nur zwischen Kaufleuten; gewisse Erweiterungen der Anwendbarkeit sind aber möglich; s. § 346, 9.

§ 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; *Böckstiegel*, Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im internationalen Wirtschaftsverkehr, RIW 1984, 1; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Diederichsen*, Der Vertragsschluß durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, JuS 1966, 129; *Dölle*, Bedeutung und Funktion der Bräuche im Einheitsgesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen, Festgabe Max Rheinstein, Bd. I 1969, S. 447 ff; *Drobnig*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, FS F. A. Mann, 1977, 591; *Ebenroth*, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr, ZVglRWiss 1978, 161; *Eisemann*, Die Incoterms. Einführung und Kommentar, 1981; *ders.*, Zur Auslegung der Fob-Klausel, AWD 1962, 153; *Finger*, Die Forfaitierung, ihre Erscheinungsform in der Praxis und ihre rechtliche Behandlung, BB 1969, 765; *Gesang*, Force majeure und ähnliche Entlastungsgründe im Rahmen der Lieferverträge von Gattungsware, 1980; *Götz*, Zum Schweigen im Rechtsverkehr, 1968; *Haage*, Die Vertragsklauseln Zif, Fob, ab Kai unter Berücksichtigung der Trade-Terms, 1956; *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; *Internationale Handelskammer* (Hrsg.), Einheitliche Richtlinien für Inkassi (Publ. Nr. 322), Paris 1978; *dies.*, Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive (Publ. Nr. 400), Paris 1983; *Kramer* (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 1985; *Liesecke*, Die typischen Klauseln des internationalen Handelsverkehrs in der neueren Praxis, WM Beil. 3/1978; *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966; *Müller-Graff*, Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, 1974; *Oertmann*, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914; *Pflug*, Schecksperrre und Handelsbrauch, ZHR 135 (1971), 1; *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965, S. 249;

³ *Baumbach/Duden/Hopt* 2; allg. oben § 343, 3.

Schmitthoff, International Trade Usages (ed. ICC, PubNr. 440/4) 1987; *Schüssler*, Die Incoterms – Internationale Regeln für die Auslegung der handelsüblichen Vertragsklauseln, DB 1986, 1161; *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag 1970; VDMA (Hrsg.), Preisgleitklauseln im Maschinenbau und ihre Ausgestaltung, Sonderveröff. Nr. 1/1973; *ders.*, Preisvorbehaltsklauseln in rechtlicher Sicht, Sonderveröff. Nr. 2/1971; *Wagner*, Zur Feststellung eines Handelsbrauchs, NJW 1969, 1282 ff; *Walchshöfer*, Das abweichende kaufmännische Bestätigungsschreiben, BB 1975, 719; *Weynen*, Zur Frage der Feststellung von Handelsbräuchen, NJW 1954, 628.

Übersicht

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

	Rdn.		Rdn.
aa) Als Empfänger	63	c) Schriftliche Aufzeichnung	69
bb) Als Absender	64	d) Trade Terms	70
5. Internationaler Verkehr	65	e) Incoterms	72
IV. Handelsklauseln	67	2. Wichtige Handelsklauseln (alphabetische Übersicht)	73
1. Begriff und Funktion; Auslegung ...	67	3. Trade Terms (1953)	135
a) Begriff; Festlegung durch Handelsbrauch	67	4. Incoterms (Revision 1980)	136
b) Auslegung	68		

I. Begriff und Geltung

1. Begriff

- 1** Handelsbrauch (d. h. „die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“) ist die **Verkehrssitte des Handelsverkehrs**. 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 Handelsbrauch ist ebenso wie Verkehrssitte nicht Rechtsnorm.³ Handelsbrauch ist eine Tatsache, die vom Gericht festzustellen ist; unten Rdn. 31–33.

2. Geltungsweise

- 2 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.⁴ Beide Funktionen des Handelsbrauchs sind zwar begrifflich zu trennen, gehen aber praktisch ineinander über. Durch § 346 erhält der Handelsbrauch indirekt eine **normative Qualität**. Das Grundproblem, wie aus einer Übung i. S. einer tatsächlich befolgten Regel eine Norm werden kann⁵, wird durch 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.⁶ – Wird als Handelsbrauch festgestellt, daß nach Verkehrsanschauung der Rücktritt eines Reiseveranstalters von einer Hotelreservierung im Bundesgebiet bis zu drei Wochen vor Ankunft der Reisegruppe ohne Schadensersatz möglich ist und daß tatsächlich die

¹ RG JW 1938, 807; *Staudinger/Dilcher* BGB, 12. Aufl., §§ 133, 157 Rdn. 6, 35.

² RGZ 110, 48; 118, 40; BGH NJW 1952, 257; WM 1984, 1002; *Schlegelberger/Hefermehl* 1; *Baumbach/Duden/Hopt* 1 A.

³ *H. Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1985, Rdn. 28; *Staudinger/Dilcher* aaO Rdn. 6; *Sonnenberger* S. 227 ff.

⁴ *Schlegelberger/Hefermehl* 19 ff, 22 ff; *Baumbach/Duden/Hopt* 1 A.

⁵ *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, S. 262; *Staudinger/Schlosser* BGB, 12. Aufl., § 2 AGBG Rdn. 62 f.

⁶ BGHZ 92, 396, 398 = NJW 1985, 738 = ZIP 1985, 105.

Mehrzahl der Hoteliers solche Ersatzansprüche nicht geltend macht, so daß also die Mehrzahl der Reiseveranstalter von solchen Ansprüchen tatsächlich freibleibt, kann gem. § 346 gefolgert werden, daß ein solcher Hotelreservierungsvertrag als Rechtsfolge auch das genannte kostenfreie Rücktrittsrecht zum Inhalt hat.⁷

b) Als **Auslegungshilfe** bezieht sich der Handelsbrauch auf bestimmte, übliche Vereinbarungen, insbesondere Klauseln und deren Abkürzung (z. B. cif, fob) und Fachausdrücke (zu Handelsklauseln s. unten IV Rdn. 67 ff) sowie auf bestimmte Verhaltensweisen des Kaufmanns, z. B. Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben (s. unten III 4 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 (*Schlegelberger/Hefermehl* 20). 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* 23; s. auch unten III 1 Rdn. 34 ff). Dieser Unterschied ist heute aber nur graduell, weil heute die §§ 133, 157 BGB auch die Erklärung durch schlüssiges Verhalten erfassen (allg. *Staudinger/Dilcher* BGB, 12. Aufl., §§ 133, 157 Rdn. 17). Nach allgemeinen Grundsätzen ist auch eine **ergänzende Auslegung** eines Vertrages nach Handelsbrauch zulässig (*Hefermehl* aaO 21). Darin liegt sogar eine wichtige Funktion von Handelsbrauch, die sich mit der Funktion der Rechtsfolgenbestimmung (Rdn. 4) berührt.

c) Soweit der Handelsbrauch **Rechtsfolgen** von Erklärungen, insbesondere 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), 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 Rücktritt bis 3 Wochen, bei Sonderveranstaltungen bis 4 Wochen vor Anreise hat (OLG Frankfurt DB 1986, 1458).

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 Einl. vor § 343, Rdn. 39 ff. Eine **Kenntnis** des Handelsbrauchs durch den einzelnen Kaufmann im Einzelfall ist **nicht erforderlich**, ebensowenig ein Wille zur Unterwerfung.⁸ Daher gilt der

⁷ OLG Frankfurt DB 1986, 1458 = EWiR § 346 HGB 1/86, 703 (*Schwerdtner*); vgl. auch den Fall BGH BB 1986, 1395 = EWiR § 346, 2/86, 821 (*Schlosser*) betr. Tegernseer Gebräuche.

⁸ BGH GRUR 1957, 86; BB 1973, 635; RG JW 1926, 1325; 1927, 764; Großkomm/Ratz 36; *Schlegelberger/Hefermehl* 31; *Baumbach/Duden/Hopt* 1.

Handelsbrauch auch gegen den Neuling am Platz (BGH BB 1973, 635). Eine **Anfechtung** der eigenen Erklärung bei Unkenntnis des Handelsbrauchs wegen Erklärungsirrtums ist nur eingeschränkt möglich, nämlich wo es ausnahmsweise auf das Willensmoment ankommt, so bei der Frage, ob auswärtiger Handelsbrauch gelten soll (Rdn. 11 ff), oder bei der Frage der Geltung für Nichtkaufleute (Rdn. 9); str.⁹

- 6 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 Vertrag, aber doch Vertragsverhandlungen, und nicht nur Beziehungen zu Dritten.¹⁰ 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.¹¹ Handelsbrauch als Auslegungsmaßstab schließt nicht andere, vorrangige Auslegungsgesichtspunkte aus, die sich aus Erklärungen und Verhalten der Parteien oder 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 (Selbstlieferungsklausel).
- 7 f) Verhältnis zum Gesetz.** Handelsbrauch wird nicht anerkannt, soweit er zwingendem Recht widerspricht.¹² 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.¹³ Allerdings kann dispositives Recht zum Inhaltsmaßstab für Handelsbrauch werden und dann seiner Anerkennung entgegenstehen; unten II 2 (Rdn. 24). Nach dem Haager Kaufrecht von 1964 hatte ein für die Parteien geltender Handelsbrauch Vorrang vor den Bestimmungen des Kaufgesetzes (Art. 9 und 11 EKG; Einzelh. *Hefermehl* 41–49). Nach dem UN-Kaufrecht sind Handelsbräuche bei der Auslegung der Parteierklärungen zu berücksichtigen, ohne daß ein solcher Vorrang angeordnet wäre (Art. 9).

3. Persönlicher Anwendungsbereich

- 8 a)** Zu berücksichtigen ist der Handelsbrauch nach dem Gesetzeswortlaut nur unter **Kaufleuten**. Im Regelfall vorausgesetzt wird also auf beiden Seiten Kaufmannseigenschaft, und zwar in gleichem weiten Sinn wie bei §§ 343, 344, d. h. einschließlich Minderkaufmann und Scheinkaufmann. Beim Minderkaufmann ist aber zu prüfen, ob für ihn ein anderer Handelsbrauch als für den Vollkaufmann gilt und wenn ja, ob er sich letzterem gleichwohl unterworfen hat.¹⁴ Der nicht eingetragene Scheinkaufmann kann sich auf Handelsbrauch

⁹ Differenzierend auch *Schlegelberger/Hefermehl* 32; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 227; für Anfechtbarkeit RG JW 1926, 1325; 1927, 764; verneinend *Baumbach/Duden/Hopt* 1 E.

¹⁰ OLG Düsseldorf BB 1962, 577; *Schlegelberger/Hefermehl* 25.

¹¹ BGHZ 6, 127, 135; RGZ 114, 12; *Hefermehl* 37.

¹² RGZ 103, 147; 112, 321; *Hefermehl* 39.

¹³ BGH LM § 346 (B) HGB Nr. 4, 7; RGZ 112, 151; *Sonnenberger* aaO, 120, 139 ff; *Hefermehl* aaO.

¹⁴ RG JW 1907, 149; *Schlegelberger/Hefermehl* 27; *Baumbach/Duden/Hopt* 1 b.

nicht berufen, sofern nicht eine ausdrückliche Abrede vorliegt, muß aber Handelsbrauch gegen sich gelten lassen (*Hefermehl* aaO). Es muß ein **beiderseitiges Handelsgeschäft** vorliegen.¹⁵

b) Ausnahmsweise ist auch der **Nichtkaufmann** an Handelsbrauch gebunden, und zwar erstens, wenn dieser zugleich eine allgemeine Verkehrssitte darstellt.¹⁶ Insbesondere kann sich ein Handelsbrauch zur allgemeinen Verkehrssitte fortentwickeln. Dies gilt etwa für die Bedeutung des Schweigens auf Bestätigungsschreiben für Teilnehmer am geschäftlichen Rechtsverkehr.¹⁷ Auch sonst kann ein Handelsbrauch für und gegen den Nichtkaufmann dann gelten, wenn er am Handelsverkehr teilnimmt, ein Geschäft in handelstypischer Weise abschließt und dabei den Eindruck erweckt, sich auch dem Handelsbrauch zu unterwerfen. Regelmäßige Voraussetzung dafür ist Kenntnis des Handelsbrauchs durch den Nichtkaufmann.¹⁸ 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 (*Hefermehl* 29) oder durch die Art seiner Teilnahme am Geschäftsverkehr diesen Eindruck erweckte.

4. Räumlich-sachlicher Anwendungsbereich

a) **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 Regionen, Städte (z. B. Hamburger Usancen), Börsen oder Märkte; zu lokalem und überlokalem Börsen- und Kapitalmarkthandelsbrauch („Verkehrsanschauungen“) BGHZ 28, 259, 264 f (Harpen-Bonds). Sachlich kann er für den ganzen Handelsverkehr gelten oder nur für eine bestimmte Branche oder einen Geschäftstyp.¹⁹

b) Ein regionaler oder **lokaler Handelsbrauch** gilt zwar im Grundsatz nur, wenn beide Kaufleute ihren Sitz dort haben, kann aber auch **überörtliche Geltung** erlangen, wenn nämlich auswärtige Kaufleute durch ihr Verhalten zu erkennen geben, daß sie sich dem örtlichen Handelsbrauch (ggf. auch ohne dessen Kenntnis) unterwerfen wollen.²⁰ Eine solche Unterwerfung des auswärtigen Kaufmanns unter örtlichen Handelsbrauch kann nicht ohne weiteres angenommen werden.²¹ Im allgemeinen ist der örtliche Schwerpunkt des Vertrages zu ermitteln und dessen Handelsbrauch anzuwenden.²² Der Ort der Vornahme einer Handlung oder Unterlassung gibt einen Anhaltspunkt; er ist aber allein nicht ausschlaggebend²³. Nur ein Anhaltspunkt ist der Abschlußort. Er hat besondere

¹⁵ RGZ 49, 161; *Hefermehl* aaO 26.

¹⁶ RG HRR 1929, Nr. 1990; RG WarR 1930, Nr. 134; RGZ 49, 161; *Hefermehl* 28.

¹⁷ BGHZ 40, 42, 44; BGH WM 1975, 831; s. unten Rdn. 49 ff.

¹⁸ 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 Frachtmachforderung).

¹⁹ Großkomm/Ratz 31; *Schlegelberger/Hefermehl* 33 f.

²⁰ *Schlegelberger/Hefermehl* 33; Großkomm/Ratz 36, 56.

²¹ RGZ 97, 215, 218; OGHZ 4, 247 f; BGH WM 1984, 1000, 1003 (betr. ausländischen Handelsbrauch); *Hefermehl* aaO; *Baumbach/Duden/Hopt* 1 C.

²² BGH LM § 346 (B) Nr. 7; BB 1976, 480; *Hefermehl* aaO; s. Rdn. 65.

²³ BGH LM § 157 N (Nr. 1); § 346 HGB B (Nr. 7).

Bedeutung bei Abschluß auf Messen und Märkten; hier kommen gewöhnlich deren Handelbräuche zur Anwendung.²⁴ Anders im Zweifel bei Abschluß zwischen zwei auswärtigen Kaufleuten, die von einem anderen gemeinsamen (heimatlichen oder internationalen) Handelsbrauch ausgehen. Möglich ist ausdrückliche Unterwerfung im Vertrag; ferner durch Schweigen auf Hinweis, z. B. in der Schlußnote eines Maklers (OGHZ 4, 247 f). Für die Ausgestaltung der Erfüllungspflicht gilt im Zweifel der Handelsbrauch am Erfüllungsort.²⁵

- 12** Der gemeinsame engere (lokale) Handelsbrauch geht dem überörtlichen im Zweifel vor; so für die begrenzte Verkehrssitte BGH WM 1978, 491. Bei verschiedenen lokalen Handelsbräuchen geht mangels besonderer Unterwerfung unter einen von ihnen der überörtliche vor.²⁶
- 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 unbekanntem, ggf. lokalen deutschen Handelsbrauch zu unterwerfen.²⁷ Mangels anderer Vereinbarung muß ferner sowohl der deutsche wie der ausländische Kaufmann damit rechnen, daß sein Vertragspartner sich bei der Weise der Erfüllung nach seinem örtlichen Handelsbrauch richtet; RG aaO; *Ratz* Anm. 56. Vorrangig gilt (gemeinsamer) internationaler Handelsbrauch (i. F. d). 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 Akkreditivgeschäfts²⁸, 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.²⁹ Die Anwendung internationalen Handelsbrauchs ist nicht von den strengeren 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

²⁴ RG JW 1922, 706; 1928, 3109; *Hefermehl* aaO; *Großkomm/Ratz* 56.

²⁵ BGH WM 1973, 382; 1980, 1122; einschränkend noch ROHG 6, 78; anders für ausländischen Handelsbrauch BGH WM 1984, 1003.

²⁶ BGHZ 28, 259, 264 (betr. Wertpapier, das an mehreren Börsenplätzen gehandelt wird); vgl. auch BGH WM 1984, 1003.

²⁷ ROHG 12, 287; RG JW 1928, 3109; OLG Hamburg RIW 1982, 283.

²⁸ Zu den Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumentenakkreditive (ERA) s. Textanhang sowie Anh. zu § 372 BankGesCh IV Rdn. 20 ff; zur Frage, ob die ERA auch ohne Einbeziehung Vertragsinhalt als Handelsbrauch werden, BGH AWD 1958, 57, 58; WM 1984, 1443 (offenlassend).

²⁹ Allg. *Horn* in *Horn/Schmittthoff*, Transnational Law aaO, S. 15 ff; *Schmittthoff*, International Trade Usages.

einzelnen Ländern unterschiedlich ausgelegt wird. Für die Auslegung ist das Vertragsstatut maßgeblich (*Schlegelberger/Hefermehl* 36). Soweit es an einer international einheitlichen Auslegung fehlt, kommen die erhöhten Anforderungen an die Unterwerfung unter ausländischen Handelsbrauch zum Zuge.

5. Abgrenzungen

a) **Handelsgewohnheitsrecht** besteht aus ungeschriebenen Verhaltensnormen, die von den betreffenden Verkehrskreisen in der Überzeugung ihrer Rechtsgeltung allgemein seit längerem tatsächlich befolgt werden.³⁰ Vorausgesetzt ist also eine allgemeine tatsächliche Befolgung, und zwar regelmäßig, nicht unbedingt, über einen längeren Zeitraum hinweg. Der Unterschied zu Handelsbrauch und Verkehrssitte liegt in der Überzeugung von der Rechtsqualität der befolgten Normen (*opinio juris*); allg. BGHZ 22, 317, 328. 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. 15

Da Handelsbrauch gem. § 346 eine ähnliche Wirkung wie dispositives Recht entfaltet, hat *L. Raiser* Handelsbrauch und dispositives Handelsgewohnheitsrecht gleichgesetzt.³¹ Es bleiben aber Unterschiede in Voraussetzungen und Wirkungen. Handelsgewohnheitsrecht setzt die Überzeugung der Rechtsgeltung voraus, Handelsbrauch bloß die Billigung als das im Handelsverkehr Übliche. In den Wirkungen besteht der Unterschied darin, daß Handelsbrauch nie zwingende Wirkung entfaltet; 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 Annahme gilt; dazu unten III 3 a (Rdn. 49 ff). 16

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 dispositives) Gewohnheitsrecht. Sie können zur Vertragsauslegung, auch ergänzenden Auslegung, und zur Bestimmung der Rechtswirkungen von Verträgen herangezogen werden, insbesondere, wenn in Verträgen oder Schiedsklauseln auf sie verwiesen ist. Sie sind aus der Vertrags- und Schiedspraxis des internationalen Handelsverkehrs und durch rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechte, die auf diesen Handelsverkehr Einfluß haben, zu ermitteln; vgl. auch allg. Einl. I vor § 1 Rdn. 14. 17

c) Der Begriff **Usance** wird z. T. gleichbedeutend mit Handelsbrauch verwendet (BGH NJW 1952, 257). Daneben besteht die ganz verschiedene Wortbedeutung, daß damit Vertragsbedingungen, die für die Geschäfte einer Börse oder eines Marktes gelten sollen 18

³⁰ BGH NJW 1958, 709; *Sonnenberger* S. 257; *Schlegelberger/Hefermehl* 2; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 3. Aufl., § 1 III 2.

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

und veröffentlicht sind, bezeichnet werden (§§ 50 II, 51 BörsG für Börsenterminhandel). Usancen im letzteren Sinn sind kein Handelsbrauch (*Baumbach/Duden/Hopt* 1 A). Sie sind vielmehr als AGB zu qualifizieren.

- 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. S. auch i. F. II 1 b (Rdn. 23).
- 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 guten Sitten im Wettbewerb gem. §§ 138, 126 BGB, § 1 UWG (*Schlegelberger/Hefermehl* 4). Ferner können sie (in der Wirkung insofern ähnlich wie Handelsbrauch) bei der Auslegung von Willenserklärungen herangezogen werden.³³ Der Ausdruck Verkehrsanschauung wird z. T. gleichbedeutend mit Handelsbrauch verwendet.³³
- 21 f) **AGB** sind nicht Handelsbrauch und gelten daher nur kraft Einbeziehung in den Vertrag gem. § 2 AGBG; gegenüber Kaufleuten müssen gem. § 24 AGBG nicht die Anforderungen des § 2 AGBG eingehalten werden (Einl. vor § 343 Rdn. 39 ff). Ferner kann Handelsbrauch die Einbeziehung bestimmter AGB zwischen Kaufleuten ersetzen (Einl. vor § 343 Rdn. 41). Bei der Inhaltskontrolle von AGB im kaufmännischen Verkehr ist gem. § 24 auf Handelsbrauch Rücksicht zu nehmen (Einl. vor § 343 Rdn. 53).

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 rein sozialer) Bedeutung ist, und in den betreffenden (engeren oder weiteren) Kreisen gleichmäßig und einheitlich befolgt wird.³⁴ 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.³⁵ Eine kürzere Zeitdauer tatsächlicher Übung genügt, wenn sich der Brauch innerhalb einer umfangreichen Geschäftstätigkeit zeigt und zahlreiche Geschäfte erfaßt.³⁶ Daher können z. B. Bestimmungen der Revision 1983 der ERA bei Akzeptanz rasch Handelsbrauch werden; dazu Anh. § 372 BankGesch IV Rdn. 23 f. Alle genannten objektiven Kriterien des Handelsbrauchs müssen jeweils nur für den sachlichen und räumlichen Bereich (z. B. Branche, Region) vorliegen, für den der Handelsbrauch festgestellt werden soll.

³² RGZ 83, 186; 97, 143; 106, 305; *Hefermehl* aaO.

³³ BGHZ 28, 264 f betr. Kapitalmarkt (Harpen-Bonds).

³⁴ RGZ 75, 41; 118, 140; RG JW 1909, 720; *Großkomm/Ratz* 29.

³⁵ RGZ 110, 48; 118, 140; BGH NJW 1952, 257; WM 1984, 1002; *Schlegelberger/Hefermehl* 1; *Großkomm/Ratz* 33.

³⁶ *Ratz* aaO; ebenso allg. für die Verkehrssitte RG JW 1938, 859; *Staudinger/Dilcher* BGB, 12. Aufl., §§ 133, 157 Rdn. 35.

b) Hinzutreten muß in subjektiver Hinsicht die allgemeine Überzeugung der Angehörigen der betreffenden Verkehrskreise, die den Handelsbrauch als **Regel anerkennt** und billigt.³⁷ Eine Vorstellung der Beteiligten, daß es sich um geltendes Recht handle, ist nicht vorausgesetzt³⁸; anders beim Gewohnheitsrecht; s. 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.³⁹ 23

2. Normative Schranken der Geltung

a) **Gesetzes- oder treuwidriger Handelsbrauch?** Ebenso wie ein Handelsbrauch generell dann, wenn er zwingendem Recht widerspricht, nicht Geltung erlangen kann (oben Rdn. 7), kann er auch nicht im Widerspruch zu den guten Sitten (§§ 138, 826 BGB) und Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) Anerkennung erlangen. Auch die verbreitete Befolgung und Billigung durch die Verkehrsteilnehmer kann die Berücksichtigung eines solchen „Handelsmißbrauchs“ gem. § 346 nicht begründen.⁴⁰ Dies entspricht den auch für die allgemeine Verkehrssitte geltenden Grundsätzen.⁴¹ Für die Beachtung von Treu und Glauben folgt dies schon daraus, daß der Handelsbrauch vor allem Maßstab der Auslegung ist, die sich an Treu und Glauben orientieren muß gem. §§ 157, 242 BGB; die Nichterwähnung in § 346 ist unerheblich. 24

Insgesamt ergibt sich damit bei der richterlichen Feststellung von Handelsbrauch das Gebot einer gesonderten **normativen Bewertung**. Diese ähnelt der Inhaltskontrolle von AGB. In der Tat hat das RG früher bestimmte Freizeichnungen nicht als Handelsbrauch anerkannt.⁴² 25

Die Maßstäbe dieser inhaltlichen Bewertung des Handelsbrauchs ergeben sich nicht nur aus Gesetz und guten Sitten, sondern nach Treu und Glauben aus bestimmten, besonders wichtigen Wertungen des dispositiven Rechts oder auch des AGB-Gesetzes. Allerdings sind grundsätzlich weniger strenge Maßstäbe anzulegen. Handelsbrauch kann durchaus eine deutlich vom dispositiven Recht abweichende Risikoverteilung zugunsten einer Partei vornehmen.⁴³ Es kommt darauf an, ob dieses Ungleichgewicht durch die Eigenart des Geschäfts, anderweitige Vorteile oder die Möglichkeit der Risikobegrenzung (Versicherung) ausgeglichen wird und vor allem, ob sich die Marktgegenseite damit abgefunden hat.

Der gesetzes-, sitten- oder treuwidrige Handelsbrauch ist nicht Handelsbrauch („Handelsmißbrauch“) (Großkomm/Ratz Anm. 47). 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 *Schlegelberger/Hefermehl* Rdn. 12, 39). Das Ergebnis ist beidesmal gleich. — Zu unterscheiden davon ist die Nichtanwendung eines an sich gültigen Handelsbrauchs im Einzelfall wegen Rechtsmißbrauchs.⁴⁴ — Zum Verhältnis von Handelsbrauch und Kartellrecht i. F. 3 (Rdn. 28).

³⁷ BGH NJW 1952, 257; WM 1984, 1002; *Hefermehl* 1; Großkomm/Ratz 28, 34.

³⁸ *Sonnenberger* S. 168, 256 ff; *Hefermehl* 1.

³⁹ RG JW 1926, 1325; Großkomm/Ratz 36; *Baumbach/Duden/Hopt* 1 E; vgl. auch BGH BB 1973, 635.

⁴⁰ H. M.; RGZ 101, 75; 103, 146; 125, 79; Großkomm/Ratz 47.

⁴¹ RGZ 114, 9, 13; 125, 76, 79; 135, 340, 345; *Staudinger/Dilcher* §§ 133, 157 Rdn. 37.

⁴² Vgl. RGZ 103, 146 (Eisenbahnhaftung); RGZ 125, 79 (Ausschluß der Untersuchungspflicht des Käufers).

⁴³ RG JW 1938, 859; *Schlegelberger/Hefermehl* 11.

⁴⁴ BGHZ 92, 396, 398 f = NJW 1985, 738 (Selbstbelieferungsklausel); s. auch Rdn. 6.

- 26** b) **Handelsbrauch und AGB-Kontrolle.** Die durch § 24 S. 2 AGBG angeordnete Berücksichtigung von Handelsbrauch bei der Inhaltskontrolle von AGB unter Kaufleuten bedeutet (1) allgemein die Berücksichtigung der Besonderheiten des Handelsverkehrs bei der Inhaltskontrolle und (2) nach überwiegender, wenngleich bestrittener Auffassung den Ausschluß weiterer Inhaltskontrolle bei solchen AGB, die mit einem Handelsbrauch inhaltlich übereinstimmen (oben Einl. vor § 343 Rdn. 53). Dem ist zuzustimmen, wenn man den o. a. engeren, normativen Begriff des Handelsbrauchs zugrunde legt, der selbst inhaltlich an den Maßstäben von Treu und Glauben (einschließlich der Wertungen des AGB-Gesetzes) gemessen ist; die Kontrolle wird also zum Handelsbrauch selbst verlagert.

3. Schriftliche Aufzeichnung von Handelsbrauch

a) Allgemeines

- 27** Handelsbrauch bedarf zu seiner Wirksamkeit keiner schriftlichen Aufzeichnung. Gleichwohl wurde von jeher das praktische Bedürfnis einer schriftlichen Erfassung empfunden und in großem Umfang befriedigt (allg. Großkomm/*Ratz* 23, 62–68; auch krit.). Ihre wichtigsten Erscheinungsformen sind (neben privaten Sammlungen) die Sammlungen von Gerichtsgutachten über Handelsbräuche durch die IHKs, die Kodifizierung von Handelsklauseln (trade terms; s. Rdn. 68), d. h. der Versuch der einheitlichen Festlegung ihrer Auslegung und Rechtsfolgen, sowie Aufzeichnungen 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 die Rechtsprechung aber als Handelsbrauch qualifiziert hat.⁴⁵ Solche Aufzeichnungen dienen praktischen Bedürfnissen. Ein Problem liegt darin, daß sie meist nicht vollständig als Handelsbrauch qualifiziert werden können, sondern nur Teile davon, was im Zweifel vom Gericht zu prüfen ist. Ferner kann diese Qualität vom raschen Wandel geschäftlicher Gepflogenheiten wieder aufgehoben werden (allg. *Ratz* aaO 66).

b) Aufzeichnung und Kartellrecht

- 28** 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. Vereinbarungen über die Befolgung von Handelsbrauch können gegen § 1 GWB verstoßen.⁴⁶ Verbandsempfehlungen über Handelsbrauch unterfallen § 28 II GWB, bedürfen also der kartellbehördlichen Anerkennung (BKartA aaO), die sie insbes. als Lauterkeitsregeln erhalten können.⁴⁷

c) Internationale Aufzeichnungen

- 29** 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. Die Qualität von internationalem Handelsbrauch können sie nach den allgemeinen Kriterien erlangen (Rdn. 22 ff). Von besonderer Bedeu-

⁴⁵ BGH WM 1983, 684; BB 1986, 1395; krit. *Schlosser* EWIR § 86 HGB 2/86, 822.

⁴⁶ BKartA WRP 1962, 327; Großkomm/*Ratz* 50.

⁴⁷ Vgl. allg. auch *H. Herrmann*, Interessenverbände und Wettbewerbsrecht 1984, 391 ff.

tung sind hier Aufzeichnungen der Internationalen Handelskammer in Paris, insbes. **Incoterms**, **ERA** und **ERI**; dazu unten IV (Rdn. 65 ff). Trotz neuerer Revision (1983) sind die ERA teilweise wohl als Handelsbrauch anzusehen; *Nielsen* ZIP 1984, 230; str.; allg. Anh. § 372 BankGesch IV Rdn. 5, 23 f.

Die UN-Economic Commission for Europe (ECE) hat Lieferbedingungen für den Export von Maschinen und Anlagen und weitere Geschäftsbedingungen veröffentlicht, die weit verbreitet sind.⁴⁸ Ein Vertragsmuster ist auch von UNIDO entwickelt worden; dazu *Dünnweber*, aaO. Die Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC) hat Bauvertragsbedingungen veröffentlicht (Revision 1987), die international ebenfalls weit verbreitet sind.⁴⁹ **30**

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.⁵⁰ Die Revision kann aber auf eine falsche Anwendung des (festgestellten) Handelsbrauchs im Einzelfall gestützt werden.⁵¹ Ferner sind Fehler der gutachtlichen Feststellung von Handelsbrauch wegen Verletzung von § 286 ZPO ein Revisionsgrund (BGH WM 1980, 1123). **31**

Wer sich auf einen Handelsbrauch beruft, muß sein Bestehen behaupten und beweisen.⁵² 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); auch die übrigen Instanzgerichte können dies nach allgemeinen Grundsätzen, soweit der Handelsbrauch gerichtsbekannt ist (*Hopt* aaO). Das Berufungsgericht kann die Feststellung der Kammer für Handelssachen nachprüfen (RG 10, 92; 44, 34), ob es dazu verpflichtet ist, hängt davon ab, ob nach dem Streitstand begründete Zweifel bestehen (vgl. auch RGZ 110, 48; keine Pflicht). **32**

b) In den meisten Fällen wird der Nachweis eines Handelsbrauchs durch ein Gutachten der zuständigen Industrie- und Handelskammer geführt, was zu deren Aufgaben gehört. Der DIHT hat dazu 1957 ein Merkblatt für die Grundsätze der Feststellung von Handelsbräuchen herausgegeben (Text bei *Großkomm/Ratz* Anh. I zu § 236). Ein Gutachten, das die dort festgelegten oder sonst gebotenen (vernünftigen) Grundsätze der Tatsachenermittlung verletzt, insbesondere unzuweckmäßige Erhebungsmethoden verwendet (z. B. nicht repräsentative Befragung) oder 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). **33**

⁴⁸ Text bei *Zweigert/Kropholler*, Quellen des internationalen Einheitsrechts I, 1971, E 150. Dazu *Dünnweber*, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage, 1984, S. 168.

⁴⁹ *Goedel* RIW 1982, 81; *Westring* in *Horn/Schmittboff* S. 175.

⁵⁰ BGH WM 1966, 219; 1980, 1123; vgl. auch BGH DB 1983, 385 f; *Schlegelberger/Hefermehl* Rdn. 16 m. w. Nachw.

⁵¹ *Hefermehl* aaO; str.; i. Erg. ähnlich wohl *Baumbach/Duden/Hopt* 2 C.

⁵² BGH LM § 346 (F) HGB Nr. 1; *Hefermehl* aaO 15; *Baumbach/Duden/Hopt* 2 B.

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.⁵³ Die Bewertung kann Teil einer normalen Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB, § 346 HGB sein oder als typisierte Bewertung Grundlage einer Erklärungsfiktion. Handelsbrauch ist nur eine von mehreren möglichen Grundlagen einer solchen Bewertung.
- 35** b) **Schweigen** hat im Privatrechtsverkehr grundsätzlich nicht die Bedeutung irgendeiner Erklärung; im Hinblick auf ein Vertragsangebot oder einen anderen rechtlichen Vorgang bedeutet Schweigen daher Ablehnung.⁵⁴ 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*; oben Vorbem. vor § 343 Rdn. 59.
- 36** Weitergehend legt das Gesetz **ausnahmsweise** dem Schweigen die Bedeutung einer Zustimmung bei, so im BGB in den §§ 416 I 2, 516 II, 496 S. 2 (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 entweder Element dieser Auslegung sein oder, wenn er typische Tatbestände vollständig bewertet, die Auslegung durch eine Erklärungsfiktion ersetzen; letzteres gilt für das Schweigen auf Bestätigungsschreiben (unten 49 ff).
- 37** c) Die **Anfechtung** der durch das Schweigen erzeugten Willenserklärung gem. §§ 119 ff BGB ist nach den allgemeinen Regeln zulässig mit der Einschränkung, daß nicht wegen Irrtums über die Bedeutung (Erklärungswert) des Schweigens als Annahme oder Zustimmung angefochten werden kann.⁵⁵ 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. 56).

2. Nicht empfangsbedürftige Annahmeerklärung gem. § 151 BGB

- 38** § 151 BGB macht eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Vertragsannahme eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Die Empfangsbedürftigkeit entfällt unter zwei

⁵³ *Hanau AcP* 165 (1965), 222; *Canaris FS Wilburg* S. 77 f; *Staudinger/Dilcher* Vorbem. 12 zu §§ 116–144.

⁵⁴ Allg. *H. Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1985, Rdn. 392. Dies gilt grundsätzlich auch im Handelsverkehr;

BGHZ 1, 353, 355; 61, 282, 285; *Schlegelberger/Hefermehl* 97.

⁵⁵ *BGHZ* 11, 5; *BGH NJW* 1969, 1711; *Hefermehl aaO* 135; *Hanau AcP* 165 (1965), 250 m. N.

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.⁵⁶ Bloßes Schweigen genügt für § 151 BGB nicht, kann aber u. U. nach anderen Grundsätzen ausreichen; dazu i. F. 3 (Rdn. 43, 44).

3. Einzelfälle der Zustimmung durch Schweigen

a) Die **besonderen Umstände**, die für die Bewertung des Schweigens als Annahme 39 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 anklingt⁵⁷, ist als vage abzulehnen; i. F. Rdn. 42 ff und allg. Einl. vor § 343 Rdn. 68; vielmehr ist eine vorsichtige Konkretisierung durch Tatbestandsgruppen geboten (ähnlich *Baumbach/Duden/Hopt* 4 A).

b) Ein **bestehender Vertrag** kann bereits bestimmen, daß Schweigen auf einen Änderungs-vorschlag als Zustimmung gilt, z. B. bezüglich Preisänderung; es kommt auf die Auslegung der Preisänderungsklausel an.⁵⁸ Nach Abschluß des Seefrachtvertrages kann die widerspruchslose Entgegennahme des Konossements als Zustimmung zu dessen Bedingungen gewertet werden (BGHZ 6, 128, 130). Beim Schweigen auf Bestätigungsschreiben kann auch eine darin erstmals erwähnte Schiedsklausel zum Vertragsinhalt werden (BGHZ 7, 188; bedenklich). Grundsätzlich kann bei bestehendem Vertrag das Schweigen auf das Angebot einer **Vertragsänderung** nicht als Zustimmung gelten.⁵⁹ Schweigen auf die Bitte des Schuldners um Stundung bedeutet daher nicht Billigung⁶⁰; 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 positiver Vertragsverletzung, ggf. teilweise gem. § 254 BGB; zur Abwälzung des Fälschungsrisikos auf den Bankkunden allg. Anh. § 372 BankGesch I Rdn. 22; für Schecks dort III Rdn. 97 f.

⁵⁶ RGZ 117, 314; BGHZ 74, 356; *Staudinger/Diicher* BGB, 12. Aufl., § 151, 14–20.

⁵⁷ Vgl. BGHZ 1, 353, 355; 7, 189; 11, 3, 5.

⁵⁸ Vgl. BGHZ 1, 353, 355; allg. zu Preisänderungsklauseln oben Einl. vor § 343 Rdn. 29 ff.

⁵⁹ Zutr. BGH LM § 150 BGB Nr. 7; § 346 (D) HGB Nr. 7 b; *Schlegelberger/Hefermehl* 105.

⁶⁰ RG Warn 1916 Nr. 10; *Großkomm/Ratz* 98.

- 41** c) Eine **ständige Geschäftsbeziehung** ist noch keine hinreichende Grundlage für die Bewertung des Schweigens auf ein Vertragsangebot (Rdn. 43) als Annahme (offengelassen in BGHZ 11, 3), es sei denn, es liegt entweder eine Abrede darüber (Rahmenvertrag) vor oder es ist bereits mehrfach so verfahren worden.⁶¹ Bei einer länger bestehenden Geschäftsbeziehung kann Schweigen eher Zustimmung bedeuten als bei einer jungen.⁶¹
- 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. zubilligen dürfen.⁶³ Wird auf abgeschlossene Verhandlungen ein damit übereinstimmendes Angebot abgegeben, kann ausnahmsweise Schweigen Zustimmung bedeuten⁶⁴; 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 durfte⁶⁵, ist in dieser Allgemeinheit auch im Handelsverkehr abzulehnen⁶⁶; er wird auch in der Rechtsprechung auf Einzelfälle eingeschränkt.⁶⁷ Eine Ausnahme kann gerechtfertigt sein bei erschöpfenden Vertragsverhandlungen (BGH BB 1955, 1068), 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 A die verspätete Annahme seines Angebotes gem. § 150 I BGB nicht gelten lassen, muß er dies klarstellen; andernfalls gilt sein Schweigen als Annahme, falls nicht die Umstände eine Sinnesänderung des A nahelegen.⁶⁸
- 44** f) Wer ein freibleibendes Angebot abgegeben hat, durch das er nicht gebunden sein will, muß ein ihm darauf zugehendes **Antwortangebot**, das mit seinem eigenen Angebot übereinstimmt, ausdrücklich ablehnen, wenn er nicht annehmen will; sein **Schweigen** gilt als Annahme.⁶⁹ Dies kann aber nur bei gewöhnlichen Geschäften des Handelsverkehrs gelten; bei außergewöhnlichen Geschäften muß das Antwortangebot ausdrücklich angenommen werden; RG Warn 1919 Nr. 131. Gleiches gilt, wenn das Antwortangebot Abweichungen enthält; RGZ 103, 312.
- 45** g) Auf das in einer unverlangten Zusendung von Waren liegende Vertragsangebot muß niemand antworten; anders u. U. bei dauernder Geschäftsverbindung.⁷⁰ Haben Vertrags-

⁶¹ *Schlegelberger/Hefermehl* 101; RGZ 84, 325; BGHZ 18, 212.

⁶² Vgl. BGHZ 18, 212; *Baumbach/Duden/Hopt* 4 A. Allg. *Müller/Graff*, Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung, 1974.

⁶³ BGH NJW 1975, 43 f und 1774; *Schlegelberger/Hefermehl* 104 (weitergehend). Bei Geschäftsbesorgungen auch BGH NJW 1984, 866.

⁶⁴ BGH BB 1955, 1068; *Staudinger/Dilcher* Vorbem. §§ 116–144 Rdn. 13.

⁶⁵ BGHZ 1, 353; 7, 188; 11, 3.

⁶⁶ Zutr. *Schlegelberger/Hefermehl* 100; *Baumbach/Duden/Hopt* 4 A.

⁶⁷ Vgl. BGHZ 18, 216; 61, 286.

⁶⁸ BGH NJW 1951, 313; *Schlegelberger/Hefermehl* 103.

⁶⁹ RGZ 102, 227, 229; 103, 312; RG JW 1926, 2674; *Schlegelberger/Hefermehl* 102.

⁷⁰ RGZ 48, 175; *Hefermehl* 143.

verhandlungen über diese Waren stattgefunden, so kann die widerspruchslose **Entgegennahme der Waren** ebenfalls (konkudent) Annahme des Vertragsangebots bedeuten.⁷¹ 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.⁷² 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 (BGH aaO und DB 1977, 1311).

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 noch kein Vertrag geschlossen wurde und die Parteien dies wissen. 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.⁷³ 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.⁷⁴ Zur Annahme durch Entgegennahme der Ware oben e) (Rdn. 43).

i) Das **Schweigen auf eine Rechnung** bedeutet, wenn ein Vertrag noch nicht besteht, nicht Vertragsannahme.⁷⁵ Enthält die Rechnung zusätzliche oder abweichende Vertragsbedingungen (z. B. über Erfüllungsort, Gerichtsstand, Zahlungsfrist), werden diese durch Schweigen nicht gebilligt.⁷⁶ 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. 26–33). Anders, wenn nur ein (von den Parteien nicht zuvor abbedingener) Handelsbrauch wiedergegeben ist (*Hefermehl* aaO). 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 wäre 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.

⁷¹ BGHZ 18, 216 f; 61, 287 f.

⁷² *Wolf/Horn/Lindacher* § 2, 73; *Ulmer/Brandner/Hensen* § 2, 98 ff. Übereinstimmende AGB werden Vertragsinhalt; *Wolf* aaO.

⁷³ BGHZ 18, 212, 216; 61, 282, 286.

⁷⁴ BGHZ 61, 286 (offengelassen); vgl. auch BGH BB 1986, 554.

⁷⁵ BGB BB 1959, 827; *Baumbach/Duden/Hopt* 4 E.

⁷⁶ RGZ 65, 331; BGH BB 1959, 827; *Schlegelberger/Hefermehl* 141; *Großkomm/Ratz* 134.

- 48 j) Äußerungen zur **Klarstellung** der Sach- und Rechtslage zwischen Vertragsparteien begründen für den Empfänger die Pflicht zur Stellungnahme, wenn er nicht einverstanden ist.⁷⁷ Dies gilt für die Schlußnote des Maklers (§ 94, 2, 9) und das kaufmännische Bestätigungsschreiben (i. F.), nicht für Rechnungsabschlüsse im Kontokorrent (§ 355, 21). 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.⁷⁸ Das Bestätigungsschreiben 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.⁷⁹ 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.⁸⁰ Zu den Wirkungen und zur Anfechtbarkeit s. unten d (Rdn. 59 ff).

b) Sachliche Voraussetzungen

- 50 aa) Das Bestätigungsschreiben setzt **Vertragsverhandlungen** zwischen den Parteien voraus, die zu einem (wirklichen oder vermeintlichen) Vertragsschluß geführt haben (BGH NJW 1974, 991; 1975, 1358). 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, kommt i. allg. ein Bestätigungsschreiben nicht in Betracht (OLG Hamm DB 1968, 795); anders, wenn nur die andere Seite, nicht aber der Erklärende sich schriftlich geäußert hat.⁸¹ Für ein Bestätigungsschreiben muß aber auch immer Raum sein, wenn ein umfangreicher und unübersichtlicher Briefwechsel oder sonstige schriftliche Unterlagen eine Zusammenfassung und Klarstellung gebieten oder wenn sich die Parteien bisher mißverständlich ausgedrückt haben.⁸² 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 un widersprochene Bestätigungsschreiben seine Wirkung entfalten.⁸³ Kein Raum für ein Bestätigungsschreiben ist bei Schriftformklausel i. S. § 127 BGB (Vorbem. § 343 Rdn. 20 ff) oder wenn zuvor der Empfänger des Bestätigungsschreibens sich schriftliche Annahme

⁷⁷ OLG Düsseldorf DB 1982, 593; *Schlegelberger/Hefermehl* 106; *Baumbach/Duden/Hopt* 4 A.

⁷⁸ BGHZ 7, 187; 11, 1; 18, 212, 215; 54, 236, 239.

⁷⁹ BGHZ 7, 187; 11, 3; 18, 212, 216; 40, 42; 54, 240; 70, 232 f; BGH ZIP 1985, 416, 418.

⁸⁰ *Schlegelberger/Hefermehl* 120; *Baumbach/Duden/Hopt* 3 A b.

⁸¹ BGHZ 54, 236, 239; krit. *Lieb* Anm. JZ 1971, 135.

⁸² *Schlechtriem* FS Wahl, 1973, S. 67 ff; *Schlegelberger/Hefermehl* 110.

⁸³ BGHZ 20, 149, 153; BGH NJW 1964, 1951; 1965, 965 f; *Hefermehl* aaO 111.

vorbehalten hat (BGH NJW 1970, 2104). Das Bestätigungsschreiben muß **zeitlich unmittelbar** nach den Vertragsverhandlungen abgesandt werden, je nach den Umständen nach wenigen Tagen.⁸⁴

bb) Es braucht nicht als Bestätigungsschreiben bezeichnet zu sein (BGHZ 54, 239: „Auftragsbestätigung“) und muß nicht ausdrücklich frühere (mündliche) Abreden in Bezug nehmen, wohl aber den Zweck klar zum Ausdruck bringen, das Ergebnis früherer Verhandlungen zusammenzufassen (BGH aaO). Ein **Festlegungswille** muß erkennbar sein (*Hefermehl* 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 (aaO). **51**

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/Ratz* Anm. 109). Dies gilt auch für Abreden in schriftlicher Form⁸⁵, falls diese nicht schon den vollständigen Vertragsschluß darstellen und dann einem Bestätigungsschreiben entgegenstehen (vgl. Rdn. 50). **52**

dd) Das Bestätigungsschreiben muß (als geschäftsähnliche Rechtshandlung) gem. § 130 BGB zugehen (*Hefermehl* aaO 117), d. h. in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt sein.⁸⁶ 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 nimmt⁸⁷; auch z. B. wenn das Schreiben namentlich an einen Angestellten des Empfängers gerichtet ist, der es nach ordnungsgemäßem Postzugang beim Empfänger unterschlägt (BGH aaO). Der Absender ist **beweispflichtig** für den Zugang und ggf. dessen Zeitpunkt (BGHZ 70, 232). Anscheinsbeweis wird noch nicht durch Einschreibesendung (BGHZ 24, 308), wohl aber durch Einschreiberückschein geführt (*Schlegelberger/Hefermehl* 118). **53**

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.⁸⁸ 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 **54**

⁸⁴ BGH WM 1975, 225; *Schlegelberger/Hefermehl* 116.

⁸⁵ RG HRR 1924 Nr. 1929; RGZ 101, 75.

⁸⁶ BGHZ 20, 149, 152; 70, 232.

⁸⁷ RGZ 54, 182; 103, 401, 405; BGHZ 20, 152; BGH NJW 1964, 1951.

⁸⁸ BGHZ 7, 187, 189; 18, 216; 54, 236, 240.

werden darf, also nach § 147 II BGB analog (OLG Köln BB 1971, 286) und ist vom Tatrichter zu entscheiden; BGH NJW 1964, 104.

Der Handelsverkehr ist auf Schnelligkeit angewiesen. Regelmäßig mögen drei Tage noch ausreichen (BGH aaO). Oft aber verlangt die Geschäftsart schnellere, ggf. fernschriftliche oder telefonische Rückäußerung, so z. B. bei Kapitalmarktgeschäften oder sonst Geschäften auf Märkten mit besonders raschen Umsätzen (vgl. auch BGH aaO und RGZ 105, 389 betr. Waren Großhandel). Widerspruch erst nach acht Tagen nach Eingang des Bestätigungsschreibens ist i. d. R. verspätet.⁸⁹ 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 ungewohnter Warenart).

Der **verspätete Widerspruch** ist unbeachtlich und wie Schweigen zu behandeln (*Hefermehl* 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).

- 55** **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 Bestätigungsschreiben⁹⁰ 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.⁹¹ 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.⁹²
- 56** **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 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.⁹³
- 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.⁹⁴ Dies kann dann nach den

⁸⁹ BGH LM § 346 (Ea) HGB Nr. 10; BGH BB 1969, 933.

⁹⁰ BGH BB 1961, 954; WM 1984, 641; *Schlegelberger/Hefermehl* 123.

⁹¹ BGH LM § 346 (D) Nr. 7 b; *Hefermehl* 131.

⁹² BGH NJW 1966, 1070 (im Fall zweifelhaft)

betr. Gewährleistungsausschluß; dazu auch BGHZ 93, 338, 343; vgl. auch BGH BB 1961, 954.

⁹³ RGZ 114, 282; BGH NJW 1962, 104.

⁹⁴ *Hefermehl* 120; *Canaris*, Vertrauenshaftung S. 207 f.