

Grundkurse

Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht

von
Prof. Dr. Peter Kindler

5. Auflage

Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht – Kindler

wird vertrieben von beck-shop.de

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61584 9

b) Kaufmannseigenschaft

Das Handelsrecht ist das Sonderrecht der Kaufleute (oben § 1 Rn. 2 ff.). Nach § 343 HGB sind nur die Geschäfte „eines Kaufmanns“ Handelsgeschäfte. Die Kaufmannseigenschaft beurteilt sich dabei nach §§ 1–6 HGB (ausführlich oben § 2). Anwendbar sind die Vorschriften des vierten Buches des HGB darüber hinaus für folgende Gruppen für Nichtkaufleuten:

- Scheinkaufleute (§ 2 Rn. 96 ff.),
- „Unternehmer“ i. S. des § 91 HGB,
- nichtkaufmännische Gewerbetreibende nach Maßgabe der §§ 383 II, 407 III Nr. 2, 453 III, 467 III HGB.

Dem Handelsrecht unterfällt ferner, wer im Rahmen eines einseitigen Handelsgeschäfts (§ 345 HGB) als Nichtkaufmann mit einem Kaufmann in rechtliche Beziehungen tritt.

Eine generelle Ausdehnung des Begriffs der Handelsgeschäfte auf nichtkaufmännische Unternehmer scheidet nach h. M. aus.¹³ Jedenfalls für Kleingewerbetreibende ergibt sich dies zwingend aus § 2 HGB: Entscheidet sich der Kleingewerbetreibende gegen eine Ausübung der Kaufmanns-Option (oben § 2 Rn. 72 ff.), so geht es nicht an, ihn „durch die Hintertür“ im Wege einer extensiven Auslegung des § 343 HGB zum Kaufmann zu machen. Schwieriger liegt es im Hinblick auf Freiberufler.

Beispiele: Ist ein Wirtschaftsprüfer bei Schweigen auf einen Auftrag seines Mandanten nach § 362 HGB gebunden? Verliert ein Arzt seine Mängelrechte für ein medizinisches Gerät bei nicht rechtzeitiger Rüge nach § 377 HGB?¹⁴

Im Einzelfall wird hier eine Analogie für zulässig erachtet, so z. B. bei § 362 HGB, nicht aber bei § 377 HGB.¹⁵

c) Betriebszugehörigkeit

Das zweite Merkmal des § 343 HGB besagt, dass das in Rede stehende Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes des Kaufmann gehören muss. Auch hierbei verfährt man großzügig: Betriebszugehörig sind alle Geschäfte, die dem Interesse des Handelsgewerbes, der Erhaltung seiner Substanz und der Erzielung von Gewinn dienen sollen.¹⁶ Deshalb kommt es nicht darauf an, ob das jeweilige Geschäft für die Branche des Kaufmanns typisch ist oder nicht; auch Hilfs- und Nebengeschäfte sind betriebszugehörig.

Beispiel:¹⁷ Gastwirt Gäbele lässt durch die Bauunternehmung Bob der Baumeister GmbH Erd-, Mauer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten am Neubau des Gasthauses vornehmen.

¹³ Baumbach/Hopt, § 343 Rn. 2.

¹⁴ Beispiele nach MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 343 Rn. 19.

¹⁵ Vgl. die Auflistung der analogiefähigen Vorschriften bei Baumbach/Hopt, § 1 Rn. 10; eingehend zur Erstreckung der Regeln des vierten Buches auf bestimmte Arten von Nichtkaufleuten Canaris, § 21; Siems, Kaufmannsbegriff und Rechtsfortbildung, 2003 (dazu K. Schmidt, JZ 2003, 585).

¹⁶ Baumbach/Hopt, § 343 Rn. 3.

¹⁷ Nach BGHZ 63, 32 = NJW 1974, 1462.

- 10 Zwei Regeln helfen bei der Bestimmung der Betriebszugehörigkeit des Geschäfts: (1) Bei **Handelsgesellschaften** i. S. des § 6 HGB ist *jedes Geschäft* betriebszugehörig, da die Handelsgesellschaft keinen Bereich hat, in dem sie privat tätig werden kann. (2) Bei **Einzelkaufleuten** ist nach § 344 I HGB zu *vermuten*, dass die von ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäfte zum Betrieb des Handelsgewerbes gehören; aus Gründen des Verkehrsschutzes gilt diese Vermutung erst dann als widerlegt, wenn die erkennbaren Umstände oder die gemeinsamen Vorstellungen oder eine Abrede den Schluss auf den privaten Charakter des Geschäfts eindeutig zulassen.¹⁸ Eine inhaltsgleiche Vermutungsregel enthält § 344 II HGB für die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine (z. B. Wechsel, Bürgschaftsurkunden und die in § 363 HGB genannten Papiere).

Beispiel:¹⁹ Der im Handelsregister eingetragene Bäckermeister Klein hat bei der Bonz-Bank ein Bürgschaftsformular blanko unterzeichnet und dabei die Bank mündlich ermächtigt, die Erklärung zu vervollständigen. Im Nachhinein beruft er sich auf die Formunwirksamkeit seiner Bürgschaftserklärung; er habe sich nämlich als Privatmann und nicht als Kaufmann für die Schulden seines Schwiegersohnes verbürgt, was der Bank auch bekannt gewesen sei. Mit diesem Einwand dringt K durch: Die Blanko-Bürgschaft genügt nicht den Formanforderungen des § 766 S. 1 BGB. Diese Vorschrift ist hier auch nicht nach § 350 HGB unanwendbar. Zwar ist K Kaufmann, doch hat er die Bürgschaft nicht im Betrieb seines Handelsgewerbes abgegeben. Die Vermutung des § 344 I HGB – wie auch des § 344 II HGB – ist hier widerlegt, weil der B-Bank dies bekannt war.

d) Einseitige Handelsgeschäfte

- 11 Nach § 345 HGB kommen auf ein Rechtsgeschäft, das nur für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, die Vorschriften über Handelsgeschäfte gleichmäßig zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Ein derartiges „einseitiges“ Handelsgeschäft liegt vor, wenn einer der Beteiligten kein Kaufmann ist (oben Rn. 6 ff.) oder es auf seiner Seite an der Betriebszugehörigkeit (oben Rn. 9 f.) fehlt. Die Vorschrift führt in Fällen zu Wertungswidersprüchen, in denen Nichtkaufleute – also meist Verbraucher (§ 13 BGB)! – bei Geschäften mit einem Kaufmann härter behandelt werden, als wenn sie das Geschäft mit einem Nichtkaufmann abgeschlossen hätten (z. B. beim Handelskauf nach §§ 373–376 HGB). Der BGH nimmt dies hin.²⁰ Verständlich ist § 345 HGB nur in der historischen Rückschau: Die Vorläuferbestimmung in Art. 277 ADHGB (1861) sollte dem in der Handelsrechtskodifikation enthaltenen allgemeinen Vertrags-, Schuld- und Sachenrecht einen möglichst weiten Anwendungsbereich sichern. Angesichts der seinerzeit fehlenden Bundeskompetenz für die Vereinheitlichung des allgemeinen Zivilrechts wurde das Handelsrecht – unter anderem mit dem Kunstgriff des Art. 277 ADHGB – zum „trojanischen Pferd“ der Zivilrechtsvereinheitlichung in Deutschland (oben § 1 Rn. 23). Vereinzelt verlangt das Gesetz ein beiderseitiges Handelsgeschäft (z. B. in § 377 HGB).²¹

¹⁸ MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 344 Rn. 9.

¹⁹ Nach BGH NJW 1997, 1779.

²⁰ BGHZ 170, 1 = NJW 2007, 1198 Tz. 38.

²¹ Weitere Fälle des beiderseitigen Handelsgeschäfts: §§ 346, 352 I, 353, 369–372, 379, 391 HGB.

II. Vertragsschluss durch Schweigen

1. Bürgerlichrechtliche Ausgangslage

Im bürgerlichen Recht ist das Schweigen meist keine Willenserklärung, weder eine zustimmende noch eine ablehnende. Dieser Grundsatz erfährt allerdings gewisse Ausnahmen. So gilt das Schweigen z. B. nach §§ 416 I 2, 455 S. 2, 516 II 2 BGB als Zustimmung, hingegen nach §§ 108 II 2, 177 II 2, 415 II 2, 451 I 2 BGB als Ablehnung. Abgesehen von diesen Einzelfällen hat Schweigen immer dann Erklärungswert, wenn besondere Umstände vorliegen, die bei der Auslegung nach Treu und Glauben den Schluss rechtfertigen, der Schweigende gebe durch sein Nichtstun zu erkennen, dass nach seinem Willen bestimmte Rechtsfolgen eintreten sollen („beredtes Schweigen“ – § 242 BGB). So kann z. B. zwischen den Parteien im Vorhinein vereinbart werden, dass dem Schweigen einer Partei eine bestimmte rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommen soll.²² Und auch aus einer ständigen Übung der Parteien oder aus der Verkehrssitte (§ 157 BGB) kann sich ergeben, dass dem Schweigen ein bestimmter Erklärungswert beigelegt werden soll. Im Hinblick auf den Vertragsschluss erweitert das Handelsrecht aus Gründen des Verkehrsschutzes diese Regeln in zweifacher Weise:

- durch § 362 HGB (Schweigen des Kaufmanns auf Anträge, sogleich Rn. 13 ff.), und
- durch die gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben (unten Rn. 16 ff.).

2. Schweigen auf einen Antrag

Grundsätzlich kommt ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande (vgl. § 151 BGB). Die Annahmeerklärung des Kaufmanns wird durch § 362 I 1 HGB fingiert, wenn er auf ein Angebot zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB) schweigt. Damit geht das Handelsrecht in den Rechtsfolgen deutlich über § 663 BGB hinaus; diese Vorschrift führt zwar zu einem Schadensersatzanspruch, nicht aber zu einem wirksamen Vertragsschluss. Im Einzelnen setzt § 362 HGB voraus:

- Kaufmannseigenschaft beim Empfänger des Angebots;
- es geht um Geschäftsbesorgungen (jede selbständige – rechtsgeschäftliche oder rein tatsächliche – Tätigkeit wirtschaftlicher Art für einen anderen und in dessen Interesse);
- Bezug der Geschäftsbesorgung zum Gewerbebetrieb des Kaufmanns;
- Geschäftsverbindung (§ 362 I 1 HGB) oder Erbieten zum Besorgen von Geschäften (§ 362 I 2 HGB);
- keine unverzügliche (§ 121 I 1 BGB) Antwort.

²² Grenze: § 308 Nr. 5 BGB (fingierte Erklärungen).

Diese Voraussetzungen sind aus sich heraus verständlich und hier nicht näher zu behandeln.

- 14 Antwortet der Empfänger nicht unverzüglich auf das Angebot des anderen Teils, so kommt ein Vertrag mit dem Inhalt des Angebots zustande. Denn § 362 I 1 Hs. 2 HGB fingiert die Annahme dieses Angebots durch den Kaufmann. Daher ist der Empfänger des Angebots zur Ausführung der Geschäftsbesorgung verpflichtet, während der Anbietende die Gegenleistung zu erbringen hat.
- 15 Da § 362 I HGB das Vorliegen einer Willenserklärung des Kaufmanns fingiert, finden grundsätzlich die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen und -mängel Anwendung. Daraus folgt zunächst, dass bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Kaufmanns ein wirksamer Geschäftsbesorgungsvertrag nicht zustande kommt (§§ 104 ff. BGB). Die Anfechtung des Schweigens beurteilt sich nach §§ 119 ff. BGB. Dabei ist eine Anfechtung nach § 123 BGB stets zulässig, ebenso eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums (weil der Kaufmann den Antrag falsch verstanden hat) oder wegen Eigenschaftsirrtums (weil der Kaufmann falsche Vorstellungen über den Vertragsgegenstand oder die Person des Vertragspartners hatte). Eine wichtige Einschränkung der Irrtumsanfechtung ergibt sich jedoch aus dem Zweck des § 362 I HGB und dem Sinn der dort angeordneten Fiktion: Deshalb scheidet eine Anfechtung mit der Begründung aus, die Rechtswirkungen des Schweigens nicht gekannt zu haben (obwohl hier tatbestandlich ein Inhaltsirrtum vorliegt).²³

3. Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

a) Begriff und Abgrenzung zur Auftragsbestätigung

- 16 Gewohnheitsrechtlich gilt, dass der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt des Schreibens nicht gegen sich gelten lassen will. **Widerspricht er nicht**, so ist der **Vertrag** mit dem aus dem Bestätigungsschreiben ersichtlichen Inhalt **rechtsverbindlich**, es sei denn, der Bestätigende hat das Verhandlungsergebnis bewusst unrichtig wiedergegeben oder das Bestätigungsschreiben weicht inhaltlich soweit vom Verhandlungsergebnis ab, dass der Absender vernünftigerweise nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen konnte.²⁴ Diese Rechtsregel ist aus der im Handelsverkehr herrschenden Gepflogenheit hervorgegangen, Vertragsschlüsse nach Verhandlungen zu Beweis Zwecken schriftlich zu bestätigen und etwaige Unrichtigkeiten einer solchen Bestätigung alsbald zu rügen. Die Grundsätze finden im geltenden Recht eine Stütze im Rechtsgedanken der §§ 75h, 91a, 362 HGB. Sie dienen dem **Verkehrerschutz**.
- 17 Keine Vertragsannahme liegt regelmäßig im Schweigen auf eine „Auftragsbestätigung“. Denn mit der Auftragsbestätigung nimmt der Kaufmann ein ihm gemachtes Angebot („Auftrag“) an, und schon hierdurch kommt der Vertrag zu-

²³ BGHZ 11, 1, 4 ff. (unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum); zum Ganzen auch MünchKommHGB/Welter, § 362 Rn. 40 ff.

²⁴ BGHZ 7, 187, 189 = NJW 1952, 1369 ; BGHZ 11, 1, 3f.; NJW 1994, 1288.

stande (vgl. § 151 BGB). Weicht die Auftragsbestätigung vom Angebot ab, so gilt dies als Ablehnung und neuer Antrag (§ 150 II BGB). Zu einem Vertragsschluss nach Maßgabe einer derart „modifizierten“ Auftragsbestätigung kommt es nur dann, wenn deren Absender zugleich die Leistung erbringt. In der widerspruchslösen Entgegennahme dieser Vertragsleistung liegt dann die stillschweigende Annahme des in der modifizierten Auftragsbestätigung enthaltenen neuen Antrags.²⁵ Für die Abgrenzung zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist entscheidend, ob das Schreiben nach seinem Inhalt den Vertrag erst zustande bringen – dann Auftragsbestätigung – oder das Ergebnis vorangegangener Vertragsverhandlungen verbindlich festlegen soll – dann kaufmännisches Bestätigungsschreiben.²⁶

b) Persönliche Reichweite der Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben

Anerkannt ist, dass der **Empfänger** nicht die Kaufmannseigenschaft besitzen muss. Den Regeln unterworfen ist auch ein Nichtkaufmann, der ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt und von dem erwartet werden kann, dass er nach kaufmännischer Sitte verfährt, d. h. dem Bestätigungsschreiben – falls nötig – widerspricht. Dies trifft z. B. für Grundstücksmakler, Architekten, Rechtsanwälte und Insolvenzverwalter zu.²⁷ 18

Die Anforderungen an den **Absender** sind Streitig. Einer Auffassung zufolge kann es sich beim Absender auch um einen reinen Privatmann handeln; dafür spricht die Wertungsparallele zu § 362 HGB.²⁸ Mit der Rechtsprechung²⁹ ist indessen zu verlangen, dass auch der Absender ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt. Denn nur für diesen Personenkreis kann von der oben Rn. 16 geschilderten Gepflogenheit ausgegangen werden. Nur dort besteht regelmäßig die Erwartung, dass einem unrichtigen Bestätigungsschreiben widersprochen wird. 19

c) Sachliche Voraussetzungen

(1) *Vorverhandlungen*. Dem Schreiben müssen ernsthafte Vertragsverhandlungen vorausgegangen sein, die aus der Sicht des Bestätigenden zum Vertragsabschluss geführt haben. Den Nachweis, dass Vorverhandlungen stattgefunden haben, hat der Bestätigende zu erbringen, da es sich hier um eine für ihn günstige, anspruchsbegründende Tatsache handelt. Mindestens muss der Vertragsschluss so weit vorbereitet worden sein, dass das Bestätigungsschreiben nur noch als förmlicher Abschluss des bereits Vereinbarten anzusehen ist. 20

²⁵ BGH NJW 1995, 1671, 1672; vgl. auch Art. 18 I 1 CISG: „sonstiges Verhalten des Empfängers“ als „Zustimmung zum Angebot“.

²⁶ Von Dücker, BB 1996, 3, 6.

²⁷ Baumbach/Hopt, § 346 Rn. 18 m. w. Nachw.

²⁸ Baumbach/Hopt, § 346 Rn. 19.

²⁹ BGHZ 40, 43, 44 = NJW 1963, 1922 (Grundstücksmakler); OLG Düsseldorf ZIP 2004, 1211 (GmbH-Geschäftsführer) = EWIR 2004, 709 m. Kurzkomm. Pfeiffer.

- 21 (2) *Zeitlicher Zusammenhang.* Das Bestätigungsschreiben muss dem Empfänger in engem zeitlichen Zusammenhang zugegangen sein. Wie lange dieser zeitliche Abstand sein darf, hängt davon ab, ob der Absender im Einzelfall noch damit rechnen durfte, dass der Empfänger das Schreiben als richtig akzeptiert. Als Faustregel gilt, dass ein Abstand von drei Wochen zu lang ist, sofern nicht zwischendurch die Verhandlungen aufgegriffen wurden oder das Bestätigungsschreiben angekündigt wurde.³⁰
- 22 (3) *Schweigen des Empfängers.* Das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben hat – wie oben Rn. 16 dargestellt – zur Folge, dass der Inhalt des Schreibens als verbindlich gilt. Diese Wirkung kann der Empfänger nur durch unverzüglichen (§ 121 BGB) Widerspruch verhindern.³¹ Die Rechtsprechung neigt dazu, einen Widerspruch mehr als eine Woche nach Empfang der Bestätigung als verspätet zu betrachten.³²
- 23 (4) *Schutzwürdigkeit des Bestätigenden.* Ausnahmsweise kann sich der Bestätigende nicht auf den Erklärungswert des Schweigens des anderen Teils berufen, wenn Umstände vorliegen, die ihn als nicht schutzwürdig erscheinen lassen. Dies ist bei bewusst unrichtiger oder entstellender Bestätigung der Fall, ferner wenn die Bestätigung sich – auch schuldlos – vom mündlichen Verhandlungsergebnis so weit entfernt, dass der Bestätigende verständigerweise nicht mit dem Einverständnis des anderen rechnen kann.³³ An der Schutzwürdigkeit des – jeweiligen – Absenders fehlt es auch bei sich kreuzenden, inhaltlich verschiedenen Bestätigungsschreiben, denn diese tragen den Widerspruch gegen das Bestätigungsschreiben des anderen Teils in sich.
- 24 (5) *Willensmängel.* Bei einem Irrtum des Schweigenden über die rechtlich bindende Wirkung seines Verhaltens oder über die Abweichung des Bestätigungsschreibens vom Inhalt der Vertragsverhandlungen scheidet eine Irrtumsanfechtung aus. Nur so ist der durch die Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben bezweckte Vertrauensschutz lückenlos zu gewährleisten.³⁴ Anders liegt es, wenn der Schweigende über den Inhalt des Bestätigungsschreibens als solches irrte. In diesen Fällen ist eine Anfechtung in entsprechender Anwendung der §§ 119 ff. BGB nach h. M. grundsätzlich zulässig. Denn das Vertrauen des Absenders, dass das Schweigen des Empfängers nicht durch Willensmängel beeinflusst ist, verdient keinen stärkeren Schutz als nach den allgemeinen Regeln.³⁵
- 24a **Beispielfall:**³⁶ Die Kalb GmbH betreibt einen Landhandel, Berta ein einzelkaufmännisches Transportunternehmen (Firma B) Die Kalb GmbH verlangt von Berta die Bezahlung eines Kaufpreises von insgesamt 20.000 Euro aus einem Geschäft, das die Kalb GmbH mit einem

³⁰ MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 346 Rn. 153.

³¹ BGHZ 18, 212, 216 = NJW 1955, 1794.

³² Baumbach/Hopt, § 346 Rn. 25 m.w. Nachw.

³³ BGH NJW 1994, 1288.

³⁴ Vgl. BGHZ 11, 1, 5.

³⁵ Vgl. Canaris, § 23 Rn. 38.

³⁶ Vereinfacht nach BGH NJW 2007, 987 = JuS 2007, 779 m. Anm. K. Schmidt.

gewissen Kurt geschlossen hat. Kurt rief im September bei der Kalb GmbH an und kaufte „im Namen der Firma B“ 100 Tonnen Weizen. Die Kalb bestätigte der „Firma B“ den Kaufvertrag mit Schreiben vom 28. 9. Nachdem Kurt die bestellte Ware bei der Kalb GmbH abgeholt hatte, stellte diese der „Firma K“ den Weizen in Rechnung. Die Kalb GmbH hat behauptet, Berta habe auf Grund der getroffenen Vereinbarungen davon gewusst, dass Kurt in ihrem Namen Waren kaufte. Sie hätte mit dem Kurt betrügerisch zusammengearbeitet, um diesem die Tilgung seiner Schulden bei ihr zu ermöglichen. Berta hat dies bestritten und behauptet, dem Bestätigungsschreiben der Kl. vom 28. 9. sei sofort telefonisch widersprochen worden. Begründetheit der Kaufpreisforderung?

Hinweise zur Lösung: Die Kaufpreisforderung ist begründet (§ 433 II BGB), wenn zwischen der Kalb GmbH und Berta ein Kaufvertrag über die gelieferten 100 Tonnen Weizen besteht. Da eine Duldungs- wie auch eine Anscheinsvollmacht des Kurti ausscheidet, kommt ein Vertragsschluss allein nach den Grundsätzen über das kaufmännische Bestätigungsschreiben in Betracht. Danach gilt: Geht einem Kaufmann von einem anderen Teilnehmer des kaufmännischen Rechtsverkehrs ein einen – wirklich oder vermeintlich – abgeschlossenen Vertrag bestätigendes Schreiben (eben das sog. kaufmännische Bestätigungsschreiben) zu und widerspricht er nicht unverzüglich, so muss er den Inhalt des Bestätigungsschreibens gegen sich gelten lassen, sofern er nicht darlegen und beweisen kann, dass der wahre Vertragsinhalt ein gänzlich anderer war oder dass der Absender unredlich gehandelt hat. Dieser Gewohnheitsrechtssatz hilft nicht nur, wenn über den Inhalt eines abgeschlossenen Vertrags gestritten wird, sondern auch – wie hier – bei einem Streit über den Vertragsschluss als solchen. Daher kann also auch ein – wie hier – von einem *falsus procurator* abgeschlossener Vertrag durch das Schweigen des Empfängers auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben Erfüllungsansprüche gegen den vertretenen Kaufmann begründen. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies: Mit dem Schreiben vom 28. 9. hat die Kalb GmbH der Firma B den Abschluss eines Kaufvertrags vom gleichen Tag über 100 Tonnen Weizen bestätigt. Die Berta ist ebenso wie die Kalb GmbH (§§ 13 III GmbHG, 6 HGB) Kaufmann i. S. des § 1 HGB, da sie ein Transportunternehmen betreibt. Berta hat dem Bestätigungsschreiben der Kalb GmbH auch nicht widersprochen. Sie hat zwar behauptet, sie habe dies sofort nach Zugang des Schreibens telefonisch getan; sie hat dafür jedoch nicht den ihr obliegenden Beweis angetreten. Die Voraussetzungen der Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben liegen daher hier vor. Der Kaufpreisanpruch ist begründet.

III. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht

1. Unterschiede zum Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB

Mit dem in §§ 369–372 HGB geregelten Zurückbehaltungsrecht verschafft das Handelsrecht dem Kaufmann ein **besonderes Sicherungsmittel**, das neben die auch im Handelsverkehr einschlägigen Zurückbehaltungsrechte des bürgerlichen Rechts (§§ 273 f., 1000 BGB) tritt. Drei **Unterschiede zum allgemeinen Zurückbehaltungsrecht** nach § 273 BGB sind hervorzuheben: 25

(1) § 369 HGB verlangt nicht, dass der fällige Anspruch, zu dessen Durchsetzung das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, aus demselben rechtlichen Verhältnis stammt wie der Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts. Dieses so genannte **Konnexitätsersfordernis** wird allerdings bei § 273 BGB derart weit verstanden, dass das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht insoweit kaum eigenständige Bedeutung erlangt.³⁷ 26

³⁷ Vgl. MünchKomm-HGB/Welter, § 369 Rn. 4. Zum Konnexitätsbegriff des § 273 BGB Musielak, Grundkurs BGB, 11. Aufl., 2009, Rn. 530.

- 27 (2) Mit seiner Beschränkung auf bewegliche Sachen und Wertpapiere ist das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht **gegenständlich enger** als § 273 I BGB; zudem müssen die vorbezeichneten Gegenstände mit Willen des Schuldners aufgrund von Handelsgeschäften (oben Rn. 4 ff.) in den Besitz des Gläubigers gelangt sein.
- 28 (3) Das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht ist in den Rechtswirkungen weiter: Es verschafft dem Gläubiger nicht nur eine Einrede (wie § 273 BGB), sondern auch ein **Befriedigungsrecht** (§ 371 HGB) und ein **Absonderungsrecht** in der Insolvenz des Schuldners (§§ 50, 51 Nr. 3 InsO).

2. Voraussetzungen

a) Beiderseitige Kaufmannseigenschaft

- 29 § 369 I HGB setzt voraus, dass der Gläubiger und der Schuldner der gesicherten Forderung die Kaufmannseigenschaft besitzen. Dies trifft zunächst für die durch §§ 1–6 HGB zum Kaufmann bestimmten Personen zu (zur Kaufmannseigenschaft ausführlich oben § 2), ferner für bestimmte Kleingewerbetreibende.³⁸ Beim Scheinkaufmann (oben § 2 Rn. 96 ff.) ist zu unterscheiden: Als Gläubiger kann er sich nicht auf § 369 HGB berufen, weil der Rechtsschein nicht zu seinem Vorteil wirkt; als Schuldner muss er sich vom Rechtsscheingegner § 369 HGB entgegen halten lassen.

b) Fällige Geldforderung

- 30 Der Gesetzeswortlaut des § 369 I 1 HGB verlangt nur eine fällige (§ 271 BGB) Forderung. Den Vorschriften über die Befriedigungsmöglichkeit nach §§ 371, 372 HGB wird jedoch allgemein entnommen, dass § 369 HGB auf *Geldforderungen* beschränkt ist. Immerhin genügt es, wenn die Forderung zumindest in eine Geldforderung übergehen kann (§ 1228 II 2 BGB).³⁹ Dies trifft bei den allermeisten Forderungen zu, z. B. bei Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB, beim Herausgabeanspruch nach § 985 BGB,⁴⁰ und bei Rückabwicklungsansprüchen (§§ 346 ff., 812 ff. BGB), sofern diese nichtgeldliche Gegenstände zum Inhalt haben.

c) Beiderseitiges Handelsgeschäft

- 31 Weiterhin setzt § 369 I HGB voraus, dass die gesicherte Forderung aus einem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft (vgl. oben Rn. 11 mit Fn. 21) stammt.

³⁸ Vgl. §§ 383 II, 407 III, 453 III, 467 III HGB, oben Rn. 6.

³⁹ Zutreffend auch der Hinweis auf § 916 ZPO bei MünchKomm-HGB/Welter, § 369 Rn. 31.

⁴⁰ Zu letzterem BGHZ 53, 29, 31 f. = NJW 1970, 241; 56, 308, 312 = NJW 1971, 2065.