

Lernen im Dialog

Handelsrecht

mit Gesellschaftsrecht

von

Prof. Dr. Rainer Wörlen, Prof. Dr. Karin Metzler-Müller, Prof. Dr. Axel Kokemoor

11., überarbeitete und verbesserte Auflage

[Handelsrecht – Wörlen / Metzler-Müller / Kokemoor](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Gesamtdarstellungen – Handels- und Wirtschaftsrecht](#)

Verlag Franz Vahlen München 2012

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 3972 4

Beispiel: Der Autovertrags Händler A bestellt beim Hersteller H zehn Einheiten der Baureihe X, wobei er sich die Bestimmung der Farben noch vorbehält.

Kommt der Käufer mit dieser »Spezifikationspflicht« in Verzug, kann der Verkäufer 316 zwischen folgenden Rechtsfolgen wählen (lesen Sie § 375 II HGB):

- Selbstspezifikation (§ 375 II 1, 1. Hs. HGB)
oder
- nach angemessener Fristsetzung zur Nacherfüllung
 - Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I und III, 281 BGB
oder
 - Rücktritt vom Vertrag nach § 323 BGB (§ 375 II 1, 2. Hs. HGB)
oder
- Hinterlegung (§ 373 I HGB)
oder
- Selbsthilfeverkauf (§ 373 II HGB).

Verlangt der Verkäufer nicht Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I und III, 281 BGB, kann er neben einem der anderen geltend gemachten Rechte Ersatz des eventuellen Verzögerungsschadens gem. §§ 280 I und II, 286 BGB verlangen.²⁷⁸

- »Denksportaufgabe«: Überlegen Sie, warum die Verletzung der Spezifikationspflicht durch Verzug des Käufers auch Rechtsfolgen des § 373 HGB nach sich ziehen kann!
- ▶ Wenn der Käufer den Kaufgegenstand nicht rechtzeitig näher bestimmt hat, kann er ihn auch nicht rechtzeitig annehmen. Er befindet sich somit als *Schuldner der Spezifikationspflicht* nicht nur in Schuldnerverzug, sondern zugleich als *Gläubiger der Leistungspflicht* des Verkäufers aus dem Warenkauf hinsichtlich der Annahme der gekauften Ware in Annahmeverzug (vgl. § 295 S. 2 BGB)!

3. Fixhandelskauf

Ein Fixhandelskauf liegt vor, wenn bei einem Handelskauf eine sog. *Fixklausel* iSv § 376 I HGB iVm § 323 II Nr. 2 BGB (nicht vergessen: Vorschriften lesen!) des Inhalts vereinbart wurde, dass die *Leistung* zumindest des einen Vertragspartners genau zu einer fest bestimmten Zeit oder innerhalb einer fest bestimmten Frist erbracht werden soll. Zweck von § 376 HGB ist es, bei Ausbleiben der Leistung zum vereinbarten Zeitpunkt eine rasche Abwicklung des Vertrags zu ermöglichen.

Nicht ausreichend ist die Bestimmung eines nur kalendermäßigen Fälligkeitstermins, sondern es müssen Zusätze wie zB »genau«, »präzise«, »fix« vereinbart werden, die verdeutlichen, dass der Vertrag mit der Einhaltung der Leistungszeit »stehen und fallen« soll.²⁷⁹

Beispiel:²⁸⁰ »Die Lieferung soll binnen einer Woche fix nach Abruf durch den Käufer erfolgen.«

²⁷⁸ Dazu Wörlen/Metzler-Müller SchuldR AT Rn. 113–138.

²⁷⁹ BGHZ 110, 88 (96); OLG Düsseldorf BauR 2011, 1002.

²⁸⁰ Brox/Henssler HandelsR Rn. 395.

8. Kapitel. Handelsgeschäfte

Der Fixhandelskauf ist ein Sonderfall des sog. *relativen* (= vereinbarten!) bzw. *eigentlichen Fixgeschäfts* nach § 323 II Nr. 2 BGB, das vom gesetzlich nicht geregelten *absoluten* (uneigentlichen) *Fixgeschäft* zu unterscheiden ist:

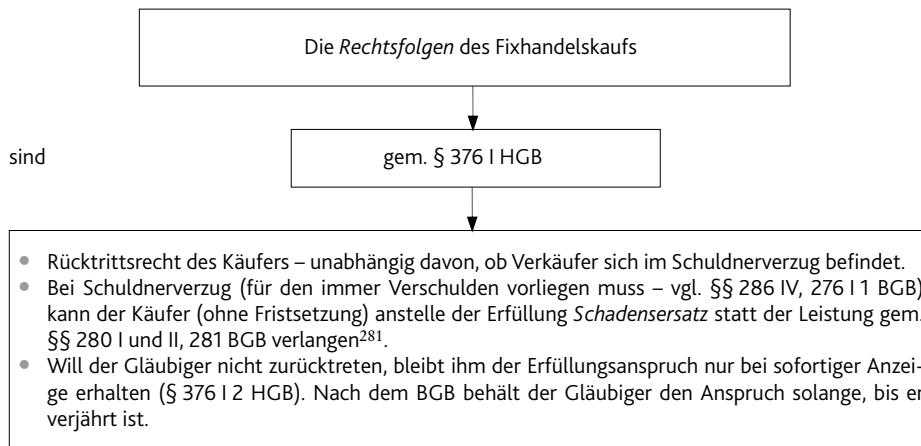
- 318 Bei Letzterem kann die Leistung ohne besondere Vereinbarung bereits aufgrund ihrer spezifischen Eigenart nur zu einem bestimmten (»fixen«) Zeitpunkt erbracht werden, ist also nicht nachholbar, sondern wird bei Nichteinhaltung des Termins *unmöglich*

■ **Beispiel:** Brautstrauß zur Hochzeitsfeier, Bestellung einer Taxifahrt zum Abflug eines Flugzeugs.

Beim relativen Fixgeschäft dagegen bleibt die Leistung nachholbar.

Vom schuldrechtlichen relativen Fixgeschäft unterscheidet sich der Fixhandelskauf in seinen *Voraussetzungen* nur dadurch, dass Letzterer für einen Vertragspartner ein Handelsgeschäft iSv § 343 I HGB ist.

319



Für den Fall, dass Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird, enthält § 376 HGB in den Absätzen 2 und 3 besondere Regelungen zur Schadensberechnung.

4. Sonderregelungen für die Mängelhaftung

- 320 Ist der Handelskauf *für beide Seiten ein Handelsgeschäft*, sieht § 377 HGB (nicht vergessen: zitierte Vorschriften lesen!) besondere Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten des Käufers vor, falls die Ware zwar pünktlich, aber nicht ordnungsgemäß geliefert wird. Dies ist entweder der Fall, wenn die Ware mit einem *Qualitätsmangel* (Schlechtlieferung, § 434 I, II BGB) oder mit einem *Quantitätsmangel* (Mengenfehler, § 434 III, 2. Var. BGB) behaftet ist oder eine andere Ware als die bestellte geliefert wird (*Falschlieferung*, § 434 III, 1. Var. BGB).

²⁸¹ Entgegen § 281 I 1 BGB ohne Nachfristsetzung, da ein »fixer« Termin bestimmt wurde!

Prüfungsschema Ausschluss von Mängelansprüchen (§ 437 BGB) gem. § 377 HGB:²⁸²

- (1) **Beiderseitiger Handelskauf**²⁸³
- (2) **Ablieferung** der Waren durch Verkäufer
- (3) **Sachmangel** iSv § 434 BGB
- (4) **Keine Arglist** des Verkäufers (§ 377 V HGB)
- (5) **Keine ordnungsgemäße Rüge**

Die *Untersuchungs- und Rügeobliegenheit*²⁸⁴ iSd § 377 HGB spielt in der Praxis eine große Rolle, sodass wir Voraussetzungen und Inhalt dieser Pflichten anhand eines Falls betrachten wollen, dessen Lösung (zur Übung) gutachtenähnlich dargestellt wird.

a) Untersuchungs- und Rügeobliegenheit bei Qualitätsmängeln

Übungsfall 10:²⁸⁵ Kartoffeln mit Hering

321

Privatier P bestellt beim Lebensmittelhändler K fünf Zentner Kartoffeln der Sorte »Hansa«, die er einkellern will. K, der selbst kein Lager hat, kauft die Kartoffeln beim Großhändler V, der die Kartoffeln unmittelbar zu P bringen sollte. Außerdem bestellt K bei V 500 Dosen eingelegte Heringe, die in seinen Laden geliefert werden. Als K drei Wochen später von P Bezahlung der Kartoffeln verlangt, erklärt P dem K, die Kartoffeln könnte er zurücknehmen, da sie offenbar uralt sowie größtenteils verschimmelt oder angefault seien. Als dem K von einem anderen Kunden am selben Tag (= nach drei Wochen) eine Dose Heringe zurückgebracht wird, weil sich diesen ungenießbare andere Lebewesen zugesellt hatten, öffnet K weitere Dosen. Dabei muss er feststellen, dass diese ebenfalls verdorben sind. K zeigt daraufhin dem V diese Mängel sofort an und setzt dem V eine Frist zur Nacherfüllung (Lieferung mangelfreier Ware). V meint, dass ihn das nach drei Wochen nichts mehr »angehe« . . .
Kann K nach Ablauf der Nachfrist von den mit V geschlossenen Verträgen zurücktreten?

(A) Rücktrittsrecht wegen der Kartoffeln:

Ein Rücktrittsrecht des K könnte sich aus § 437 Nr. 2, 1. Var. iVm § 434 I 2 Nr. 2 und § 323 I BGB ergeben. 322

(I) (1) Dies setzt zunächst einen wirksamen Kaufvertrag iSv § 433 BGB voraus, der zwischen V und K geschlossen wurde.

(2) Die Kartoffeln müssten zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§§ 434 I 1, 446 323 BGB) mangelhaft gewesen sein.

Gem. § 360 HGB schuldete V Kartoffeln »mittlerer Art und Güte«, wozu angefaulte Kartoffeln nicht gehören. Somit liegt ein Sachmangel iSv § 434 I 2 Nr. 2 vor, da die gelieferten Kartoffeln für die gewöhnliche Verwendung ungeeignet sind und eine Beschaffenheit, die bei Kartoffeln der gleichen Art üblich ist, nicht aufweisen.

282 Innerhalb des Schemas »1. Anspruch entstanden, 2. Anspruch nicht untergegangen, 3. Anspruch durchsetzbar« befinden wir uns hier auf der 2. Stufe. Sind Sie also zu 1. zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Käufer Mängelansprüche nach § 437 BGB zustehen (zB ein Anspruch auf Nachlieferung), prüfen Sie mit diesem Schema nun auf Stufe 2, ob der Anspruch eventuell untergegangen ist!

283 Kaufvertrag gem. § 433 BGB, der für **beide Seiten** ein Handelsgeschäft iSv § 343 I HGB (s. Prüfungsschema → Rn. 245) darstellt.

284 **Obliegenheit = Mitwirkungspflicht ohne eigentlichen Schuldcharakter**, bei deren Nichtbeachtung Rechtsnachteile drohen, vgl. *Creifelds* »Obliegenheit«.

285 In Anlehnung an *Alpmann* HandelsR Fall 15.

8. Kapitel. Handelsgeschäfte

324 (3) Dieser Mangel lag auch schon bei der Übergabe an P, also bei Gefahrübergang (§ 446 BGB), vor.

(4) Somit kann K grundsätzlich unter den Voraussetzungen von § 323 I BGB vom Vertrag zurücktreten. Da

(a) der Kaufvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist,

(b) V seine fällige Leistung nicht vertragsgemäß erbracht hat und

(c) K ihm erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat,

sind diese Voraussetzungen erfüllt.

325 (II) (1) Dieser Anspruch könnte jedoch nach § 377 II HGB untergegangen sein. Der Kaufvertrag zwischen V und K hat »Waren«²⁸⁶ zum Gegenstand und stellt ein *beiderseitiges Handelsgeschäft* dar, da beide Kaufleute iSv § 1 HGB sind und sie jeweils den Vertrag im Rahmen ihrer Handelsgewerbe (vgl. § 343 I HGB) geschlossen haben.

Unter dieser Voraussetzung ist grundsätzlich § 377 HGB zu beachten (lesen Sie davon nochmals I!).

(2) Gem. § 377 I HGB muss die Ware durch den Verkäufer abgeliefert sein. *Ablieferung* bedeutet, dass der Käufer oder eine von ihm benannte Person in eine solche tatsächliche räumliche Beziehung zu der Ware kommt, dass er deren Beschaffenheit überprüfen kann.²⁸⁷

In unserem Fall ist diese Voraussetzung erfüllt, da die Übergabe an den von K benannten P stattgefunden hat.

(3) Die Ware muss gem. § 377 I HGB weiterhin einen *Mangel* haben. Da besondere Regelungen dazu im HGB fehlen, ist hier auf einen Sachmangel²⁸⁸ iSv § 434 BGB abzustellen.

Da die Kartoffeln einen Qualitätsmangel aufweisen, ist auch diese Voraussetzung in Form eines Sachmangels iSv § 434 I 2 Nr. 2 (→ Rn. 323) gegeben.

326 (4) Rechtsfolge ist nach § 377 I HGB eine unverzügliche²⁸⁹ *Untersuchungs- und Rügeobliegenheit*. Dies gilt jedoch nur, sofern nicht der Verkäufer den *Mangel arglistig verschwiegen* hat (§ 377 V HGB), wofür hier keine Anhaltspunkte ersichtlich sind.

327 (5) Die *Rügeobliegenheit* ist *verletzt*, wenn die (formlose) Rüge inhaltlich nicht als Mängelanzeige erkennbar ist oder wenn sie *nicht rechtzeitig* erfolgt. Die *Rechtzeitigkeit* hängt davon ab, ob es sich um einen offenen oder *versteckten Mangel* handelt. Bei Unterlassen der unverzüglichen Rüge eines offenen Mangels *gilt die Ware* gem. § 377 II HGB als »genehmigt«, wodurch der Mangel *geheilt* wird.

Versteckte Mängel, die bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht erkennbar waren, sind unverzüglich nach ihrer Entdeckung anzuzeigen (§ 377 III HGB).

286 § 377 HGB ist anwendbar auf »Waren« und Wertpapiere (vgl. § 381 I HGB), s. Prüfungsschema bei → Rn. 309.

287 Brox/Henssler HandelsR Rn. 400.

288 **Rechtsmängel** fallen hingegen nicht unter § 377 HGB, da sie bei der von § 377 HGB geforderten Überprüfung der Ware im Normalfall nicht zu erkennen sind, s. Brox/Henssler HandelsR Rn. 398; Bitter/Schumacher HandelsR § 7 Rn. 53; str.

289 § 121 I 1 BGB = »ohne schuldhaftes Zögern«.

In unserem Fall lag ein offener Mangel vor, den K erst drei Wochen nach Ablieferung angezeigt hat. Dass die Verspätung durch P verursacht wurde, ändert nichts daran, dass die Anzeige nicht unverzüglich erfolgte. K hätte als ordentlicher Kaufmann, der seine Pflicht aus § 377 HGB kennen muss, bei P nachfragen können und müssen. Das Risiko der fehlenden Rechtzeitigkeit hat der Käufer zu tragen, unabhängig davon, ob *sein* Kunde Kaufmann ist oder nicht. Wegen Verletzung der Rügeobliegenheit durch K greift daher § 377 II HGB ein: Die Ware gilt als genehmigt, der Mangel ist geheilt. V hat seinen Vertrag hinsichtlich der Kartoffeln erfüllt, und K hat insoweit kein Rücktrittsrecht (oder andere Gewährleistungsrechte) mehr.

(B) Wegen der verdorbenen Heringe könnte sich aber ein Rücktrittsrecht des K aus § 437 Nr. 2, 1. Var., iVm § 434 I 2 Nr. 2 und § 323 I BGB ergeben. 328

Hier gilt das Gleiche wie soeben unter (A) (I) ausgeführt (→ Rn. 322–326).

Voraussetzungen dafür sind somit – [zur Wiederholung im »Zeitraffer«]:

- (I) (1) Kaufvertrag zwischen K und V = liegt vor.
- (2) Heringe müssen mangelhaft iSv § 434 I BGB gewesen sein. Da die Heringe verdorben sind, entsprechen sie nicht einem Handelsgut von mittlerer Art und Güte nach § 360 HGB. Somit sind sie mangelhaft iSd § 434 I 2 Nr. 2 BGB.
- (3) Ob der Mangel bereits bei Gefahrübergang (§ 446 BGB) vorlag, ist nicht mehr feststellbar und wird zu Lasten des Verkäufers unterstellt.
- (4) Also ist der Rücktritt des K grundsätzlich unter den Voraussetzungen von § 323 I BGB möglich.
- (II)(1) Da mit dem Kaufvertrag für *beide Seiten* ein Handelsgeschäft (§ 343 I HGB) vorliegt, gilt wieder § 377 I HGB, weshalb der Rücktrittsanspruch untergegangen sein könnte.
- (2) Ablieferung von V an K ist erfolgt.
- (3) Ein Mangel der Kaufsache iSv § 434 I BGB liegt vor.
- (4) Rechtsfolge: Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers nach § 377 I HGB, da ein arglistiges Handeln des V (§ 377 V HGB) nicht ersichtlich ist.

■ Überlegen Sie, ob K sich auf § 377 III, 1. Hs. HGB berufen kann, da er unverzüglich nach Entdeckung des Mangels gerügt hat? (Überlegen Sie mit der Sorgfalt eines »ordentlichen Studenten«!)

► Bei der Untersuchung der Ware trifft den Kaufmann die kaufmännische Sorgfaltspflicht iSv § 347 HGB. Dazu gehört es, dass er jedenfalls bei größeren Mengen (zB in Dosen) *verschlossener* Ware *Stichproben* (durch Öffnung) sinnvoll auf die Gesamtmenge verteilt vornimmt!²⁹⁰ 329

Da K bei Ablieferung keine Dose geöffnet hat, sondern erst drei Wochen später, hat er seine Untersuchungs(= Stichprobenentnahme)obliegenheit verletzt und kann sich *nicht* auf einen verdeckten Mangel iSv § 377 III HGB berufen. Die Ware gilt als genehmigt (§ 377 III, 2. Hs. HGB), der Mangel ist damit geheilt.

K hat somit auch in diesem Fall kein Rücktrittsrecht.

²⁹⁰ Die Zahl der Stichproben richtet sich nach der gelieferten Gesamtmenge. Der BGH hat zB bereits 5–6 von 2400 Pilzkonservendosen als ausreichend angesehen = BGH WM 1977, 821 (822); s. dazu MüKoHGB/Koch HGB § 377 Rn. 45 mwN.

8. Kapitel. Handelsgeschäfte

b) Untersuchungs- und Rügeobliegenheit bei Falschlieferung und Quantitätsmängeln

- 330 Gem. § 378 HGB aF, der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 1.1.2002 aufgehoben wurde, traf den Kaufmann die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit auch bei Falschlieferungen oder Mengenfehlern. Da der (seit der Schuldrechtsmodernisierung²⁹¹) neue § 434 III BGB die Falsch- und die Zuweniglieferung einem Sachmangel gleichstellt, gilt § 377 HGB auch für diese Mängel. Weil § 378 HGB aF aufgehoben wurde, kommt es ferner nicht mehr darauf an, ob der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste oder ob die Falschlieferung als *nicht genehmigungsfähig* anzusehen war. Selbst bei extremen Abweichungen ist daher die Falschlieferung ausschließlich als Mangel zu behandeln!²⁹²

Falschlieferungen oder Mengenabweichungen sind in verschiedenen Formen möglich.

- 331 Nehmen Sie an, in Fall 10 hätte V fünf Zentner »Melica«-Kartoffeln statt »Hansa«-Kartoffeln geliefert. Die einen sind kleiner und »mehlig« kochend, die anderen sind größer und bissfester.

- Wie würden Sie diese offenbar mangelhafte Lieferung klassifizieren?
- ▶ Es läge eine Falschlieferung, ein sog. »Aliud«²⁹³ (= »andere Sache« iSv § 434 III BGB) vor. Auch dann gilt § 377 HGB!

- 332 Liefert V statt der bestellten fünf Zentner »Hansa« zB nur vier Zentner, liegt eine Mengenabweichung vor. Wiederum greift § 377 HGB.

Selbst wenn V schließlich statt der bestellten »Hansa«-Kartoffeln »Delicious«-Äpfel lieferte, gilt § 377 HGB (... sofern er dabei nicht »arglistig« iSv § 377 V HGB handelt)!

Nur durch eine rechtzeitige Rüge könnte K also seine Rechte wahren! Versäumt er dies, muss er den vollen Kaufpreis zahlen!

- 333 ■ »Wie würden Sie entscheiden«, wenn V dem K nicht weniger, sondern *mehr* Kartoffeln als bestellt geliefert hätte (sechs Zentner statt fünf), oder aber statt der geschuldeten Kartoffeln aus konventionellem Anbau höherwertige Bioqualität?
- ▶ Schwierige Frage – oder? Nicht nur für Sie! Auch unter Rechtsgelehrten herrscht hier keine Einigkeit. Da § 377 HGB den Verkäufer so stellen will, wie er bei mangelfreier Lieferung stünde, nicht aber besser als vertraglich vereinbart, muss K in beiden Fällen nicht mehr bezahlen! Anders wäre es nur, wenn die Parteien den Kaufvertrag (ggf. konkludent) abänderten.²⁹⁴

- 334 § 377 HGB will – wie gesagt – den Verkäufer, nicht den Käufer schützen. Da weder der zuviel gelieferte Zentner noch die Bioqualität geschuldet war und sich durch § 377 HGB auch keine Änderung zu Ungunsten des Verkäufers ergibt, kann er jedenfalls die zuviel gelieferte Menge nach Bereicherungsrecht (§ 812 I 1, 1. Var. BGB) zurückfordern. Grundsätzlich gilt dies auch für die Bio-Kartoffeln; dann müsste V allerdings stattdessen die geschuldeten konventionell erzeugten Kartoffeln liefern.²⁹⁵

291 Vgl. dazu *Steck* NJW 2002, 3201.

292 *Brox/Henssler* HandelsR Rn. 417; *Jung* HandelsR Kap. 10 Rn. 10.

293 Lat. = »ein Anderes«.

294 *Brox/Henssler* HandelsR Rn. 417 f.; *Jung* HandelsR Kap. 10 Rn. 17.

295 Vgl. *Lettl* HandelsR § 12 Rn. 90; *Brox/Henssler* HandelsR Rn. 417 f.

Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen von § 377 HGB verdeutlicht die folgende Übersicht (23).

Übersicht 23

Kaufmännische Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § 377 HGB		
<p style="text-align: center;">Voraussetzungen § 377 I HGB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Beiderseitiger Handelskauf <ul style="list-style-type: none"> – Kaufvertrag (§ 433 BGB) über Waren (oder Wertpapiere, s. § 381 HGB) – Handelsgeschäft (§ 343 I HGB), beiderseitig • Ablieferung der Waren durch Verkäufer • Sachmangel iSv § 434 BGB: <ul style="list-style-type: none"> – Regelfall: Qualitätsmangel – Mengenfehler oder Falschlieferung: Gleichstellung nach § 434 III BGB • Kein arglistiges Verschweigen durch Verkäufer (§ 377 V HGB) 		
Qualitätsmangel	Falschlieferung	Mengenfehler
Rechtsfolgen bei ordnungsmäßiger Rüge		
<ul style="list-style-type: none"> • Mängelansprüche gem. §§ 437 ff. BGB 	<ul style="list-style-type: none"> • Mängelansprüche gem. §§ 437 ff. BGB 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Zuweniglieferung</i>: §§ 437 ff. BGB, insbes. Nachlieferung des Rests gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. • <i>Mehrlieferung</i>: kein Mangel, aber Rückforderungsanspruch des Verkäufers (§ 812 I 1, 1. Var. BGB)
Rechtsfolgen bei nicht ordnungsgemäßer Rüge		
<ul style="list-style-type: none"> • Ware <i>gilt</i> gem. § 377 II HGB als »genehmigt« (= mängelfrei) → voller Kaufpreis 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>minderwertiges</i> Aliud: <i>gilt</i> gem. § 377 HGB als »genehmigt« (= mängelfrei) → voller Kaufpreis • <i>höherwertiges</i> Aliud: nicht geschuldet → Rückforderung gem. § 812 I 1, 1. Var. BGB gegen Nachlieferung möglich 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Zuweniglieferung</i>: Warenmenge <i>gilt</i> gem. § 377 HGB als »genehmigt« (= mängelfrei) → voller Kaufpreis • <i>Mehrlieferung</i>: kein Mangel, aber Rückforderungsanspruch des Verkäufers (§ 812 I 1, 1. Var. BGB)

Literatur zur Vertiefung (→ Rn. 308–335): *Alpmann* HandelsR 7. Abschnitt, 1; *Bredemeyer*, Der Anwendungsbereich von § 377 HGB im Folge- und Begleitschadensbereich, JA 2009, 161; *Brox/Henssler* HandelsR §§ 19, 20; *Bülow* HandelsR Zweiter Teil, Zweiter Abschnitt, A; *Canaris* HandelsR § 29; *Emmerich*, Der Handelskauf, JuS 1997, 98; *Hofmann* HandelsR J I; *Hoffmann*, Das Zusammentreffen von Handelskauf und Verbrauchsgüterkauf: Wertungswidersprüche und Korrekturbedarf, BB 2005, 2090; *Jung* HandelsR Kap. 10; *Lange*, Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit beim Streckengeschäft, JZ 2008, 661; *Laumann*, Streckengeschäft unter Kaufleuten – Die durcheinandergeratene Salpetersäure (Assessorexamensklausur – Zivilrecht), JuS 2011, 923; *Lettl*, Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform, JuS 2002, 866; *Lettl*, Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB, Jura 2006, 721; *Lorenz*, Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht, JuS 2003, 36; *S. Lorenz*, Sachmangel und Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf – Zur Reichweite der Vermutung des § 476 BGB, NJW 2004, 3020; *Mankowski*, Das Zusammenspiel der Nacherfüllung mit den

8. Kapitel. Handelsgeschäfte

kaufmännischen Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten, NJW 2006, 865; *Michalski*, Die Bestimmtheit der Rüge bei § 377 HGB, DB 1997, 81; *Oetker* HandelsR § 8; *Peters*, Zum Anwendungsbereich des § 377 HGB, JZ 2006, 230; *Roth/Weller* HandelsR/GesR § 31; *Schroeter*, Untersuchungspflicht und Vertretensmüssen des Händlers bei der Lieferung sachmangelhafter Ware, JZ 2010, 495; *Steck*, Das HGB nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 3201; *Stoppel*, Untersuchungspflichten auf Verkäuferseite im Zusammenspiel mit Untersuchungsobliegenheiten auf der Käuferseite, ZGS 2006, 49; *Thamm/Möffert*, Die Mängelrüge im Handelsverkehr im Lichte jüngster Rechtsprechung, NJW 2004, 2710.

II. Kommissionsgeschäft

1. Begriff des Kommissionärs

- 336 Bei der Abwicklung ihrer Handelsgeschäfte nehmen Kaufleute bekanntlich²⁹⁶ häufig Dienste von Hilfspersonen in Anspruch. Dies können unselbstständige (wie Prokurist – §§ 48, 49 HGB, Handlungsbevollmächtigter – § 54 HGB, Ladenangestellter – § 56 HGB) oder selbstständige Hilfspersonen sein. Selbstständige Hilfspersonen des Kaufmanns sind der Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB) und der Handelsmakler (§§ 93 ff. HGB) sowie Kommissionäre (§§ 383 ff. HGB), Frachtführer (§§ 407 ff. HGB), Spediteure (§§ 453 ff. HGB) und Lagerhalter (§§ 467 ff. HGB).
- 337 Während Handelsvertreter und Handelsmakler in fremdem Namen tätig werden, handeln die vier Letztgenannten *in eigenem Namen*.

Ein Kommissionär (wie auch ein Spediteur) handelt dabei jedoch »für Rechnung eines anderen« (vgl. § 383 I HGB – lesen!). Im Einzelnen lassen sich dieser Vorschrift folgende Merkmale des Kommissionärs bzw. des Kommissionsgeschäfts entnehmen:

338 Prüfungsschema Kommissionsgeschäft gem. § 383 HGB:

- (1) **Gewerbsmäßiger**
- (2) **An- oder Verkauf** von Waren oder Wertpapieren
- (3) **Im eigenen Namen**
- (4) **Für Rechnung eines anderen**

Die begrenzende Wirkung der Merkmale (1) und (2) darf nicht überbewertet werden: Die Vorschriften der §§ 383 ff. HGB gelten gem. § 406 I 2 HGB gleichermaßen für nur *gelegentliche* Kommissionsgeschäfte, nach § 406 I 1, II HGB auch für *andere* Waren- und Wertpapiergeschäfte und über § 383 II HGB auch für *Kleingewerbetreibende*, die auf eine Eintragung ins Handelsregister nach § 2 HGB verzichtet haben (alle Vorschriften lesen und § 406 I neben § 383 I notieren!). Wir werden gleich darauf zurückkommen (→ Rn. 341 f.).

Von besonderer rechtlicher Bedeutung sind die Merkmale (3) und (4), das *Handeln für fremde Rechnung* und das *Handeln im eigenen Namen*. Letzteres unterscheidet den Kommissionär vom *Stellvertreter* iSd § 164 I 1 BGB, der bekanntlich erkennbar und unmittelbar für einen *anderen* in dessen Namen, also *in fremdem Namen* handelt. Beim *Kommissionsgeschäft* liegt dagegen *mittelbare Stellvertretung* vor. Berechtigter und Verpflichteter aus dem Rechtsgeschäft, das der Kommissionär als mittelba-

²⁹⁶ → Rn. 69 ff.