

Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Peter Kindler

8. Auflage 2016. Buch. XXXI, 445 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 69512 4
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 839 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Handels- und Vertriebsrecht > Handelsrecht,
HGB, Handelsvertreterrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

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 widerspruchsfreien Entgegennahme dieser Vertragsleistung liegt dann die stillschweigende Annahme des in der modifizierten Auftragsbestätigung enthaltenen neuen Antrags.²⁸ 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.²⁹

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.³⁰ 19

Die Anforderungen an den **Absender** sind streitig. Einer Auffassung zufolge kann es sich beim Absender auch um einen reinen Privatmann handeln; dafür spricht die Wertungsparallel zu § 362 HGB.³¹ Mit der Rechtsprechung³² ist indessen zu verlangen, dass auch der Absender ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt. Denn nur für diesen Personenkreis kann von der oben Rn. 17 geschilderten Gepflogenheit ausgegangen werden. Nur dort besteht regelmäßig die Erwartung, dass einem unrichtigen Bestätigungsschreiben widersprochen wird. 20

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. 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 **Ab-** 22

²⁸ BGH NJW 1995, 1671, 1672; vgl. auch Art. 18 I 1 CISG: „sonstiges Verhalten des Empfängers“ als „Zustimmung zum Angebot“.

²⁹ Von Dücker, BB 1996, 3, 6.

³⁰ BGH ZIP 2011, 1260 Rn. 23; Baumbach/Hopt, § 346 Rn. 18 w.Nachw.

³¹ Baumbach/Hopt, § 346 Rn. 19.

³² BGHZ 40, 43, 44 = NJW 1963, 1922 – Grundstücksmakler; OLG Düsseldorf ZIP 2004, 1211 – GmbH-Geschäftsführer = EWiR 2004, 709 m. Kurzkomm. Pfeiffer.

stand von drei Wochen zu lang ist, sofern nicht zwischendurch die Verhandlungen aufgegriffen wurden oder das Bestätigungsschreiben angekündigt wurde.³³

- 23 (3) *Schweigen des Empfängers*. Das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben hat – wie oben Rn. 17 dargestellt – zur Folge, dass der Inhalt des Schreibens als verbindlich gilt. Diese Wirkung kann der Empfänger nur durch unverzüglich (§ 121 BGB) Widerspruch verhindern.³⁴ Die Rechtsprechung neigt dazu, einen Widerspruch mehr als eine Woche nach Empfang der Bestätigung als verspätet zu betrachten.³⁵
- 24 (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.³⁶ 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.
- 25 (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.³⁷ 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.³⁸

Beispielsfall:³⁹ 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 EUR aus einem Geschäft, das die Kalb GmbH mit einem 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?

³³ BGH NJW 2011, 1965 = ZIP 2011, 1060 Rn. 23; MüKoHGB/K. Schmidt, § 346 Rn. 153.

³⁴ BGHZ 18, 212, 216 = NJW 1955, 1794.

³⁵ Baumbach/Hopt, § 346 Rn. 25 w. Nachw.

³⁶ BGH NJW 1994, 1288; BGH NJW 2011, 1965 = ZIP 2011, 1060 Rn. 23.

³⁷ Vgl. BGHZ 11, 1, 5.

³⁸ Vgl. Canaris, § 23 Rn. 38.

³⁹ Vereinfacht nach BGH NJW 2007, 987 = JuS 2007, 779 m. Anm. K. Schmidt.

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 Kurt 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 für das Zustandekommen des Vertrages durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben liegen daher hier vor. Der Kaufpreisanspruch 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:

- (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.⁴⁰ 26
- (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). 29

⁴⁰ Vgl. MüKoHGB/Welter, § 369 Rn. 4. Zum Konnexitätsbegriff des § 273 BGB Medicus/Lorenz, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 234; Musielak/Hau, Grundkurs BGB, Rn. 530.

2. Voraussetzungen

a) Beiderseitige Kaufmannseigenschaft

- 30 § 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.⁴¹ Beim Scheinkaufmann (oben § 2 Rn. 95 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

- 31 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).⁴² Dies trifft bei den allermeisten Forderungen zu, z. B. bei Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB, beim Herausgabeanspruch nach § 985 BGB,⁴³ und bei Rückabwicklungsansprüchen (§§ 346 ff., 812 ff. BGB), sofern diese nichtgeldliche Gegenstände zum Inhalt haben.

c) Beiderseitiges Handelsgeschäft

- 32 Weiterhin setzt § 369 I HGB voraus, dass die gesicherte Forderung aus einem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäft (vgl. oben Rn. 12 mit Fn. 21) stammt.

d) Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts

- 33 Zurückbehaltungsfähig sind nur verpfändbare bewegliche Sachen und Wertpapiere. Denn nur diese Gegenstände unterliegen der Befriedigungsmöglichkeit nach § 371 HGB und der Absonderung nach §§ 50, 51 Nr. 3 InsO; zudem ist bei einer derartigen Beschränkung das Publizitätsprinzip durch Besitzübertragung gewahrt.⁴⁴ Mit Wertpapieren sind nur die den Sachen gleich zu achtenden Inhaber- und Orderpapiere gemeint.

Beispiele: Aktien (Inhaber- und Namensaktien, vinkulierte Namensaktien), Wechsel, Schecks, Urkunden nach § 363 HGB, wenn sie an Order lauten.

- 34 Grund der Beschränkung auf Inhaber- und Orderpapiere ist, dass deren Übertragung nach sachenrechtlichen Regeln (§§ 929 ff. BGB) erfolgt.⁴⁵

⁴¹ Vgl. §§ 383 II, 407 III, 453 III, 467 III HGB, oben Rn. 6.

⁴² Zutreffend auch der Hinweis auf § 916 ZPO bei MüKoHGB/Welter, § 369 Rn. 31.

⁴³ Zu letzterem BGHZ 53, 29, 31 f. = NJW 1970, 241; 56, 308, 312 = NJW 1971, 2065.

⁴⁴ MüKoHGB/Welter, § 369 Rn. 35.

⁴⁵ Vgl. zur Einteilung der Wertpapiere Brox/Henssler, Rn. 502 ff.

e) Eigentum des Schuldners

Das Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB ist auf bewegliche Sachen und Wertpapiere „des Schuldners“ beschränkt. Denn nur bei Eigentum des Schuldners kann hieran ein Befriedigungsrecht nach § 371 HGB entstehen (vgl. § 1256 I 1 BGB). Ausnahmsweise begründet § 369 I 2 HGB unter besonderen Voraussetzungen ein Zurückbehaltungsrecht an Sachen des Gläubigers, und zwar (1) wenn das Eigentum vom Schuldner auf den Gläubiger übergegangen, der Gläubiger aber zur *Rückübertragung* des Eigentums auf den Schuldner verpflichtet ist (z. B. nach §§ 437 Nr. 2, 346 ff. BGB) oder (2) wenn das Eigentum durch einen Dritten auf den Gläubiger übertragen wurde, jedoch mit der Verpflichtung zur Weiterübertragung an den Schuldner (z. B. in Fällen der Einkaufskommission nach § 384 II Hs. 2 a. E. HGB). 35

f) Besitz des Gläubigers

Die dingliche Befriedigungsmöglichkeit nach § 371 HGB soll für außenstehende Dritte aus den Besitzverhältnissen erkennbar sein (Publizitätsprinzip; vgl. beim Pfandrecht § 1205 I 1 BGB). Deshalb verlangt § 369 I HGB, dass der Gegenstand im Zeitpunkt der Begründung des Zurückbehaltungsrechts im Besitz des Gläubigers ist. Dabei darf der Gläubiger sich den Besitz nicht eigenmächtig verschafft haben; die Besitzerlangung muss von dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen des Schuldners gedeckt sein, wofür aber das Schweigen des Schuldners genügt, wenn nach Handelsbrauch Widerspruch erwartet werden durfte.⁴⁶ Schließlich muss der Gläubiger den Besitz aufgrund eines Geschäfts erlangt haben, das mindestens auf seiner Seite ein Handelsgeschäft (oben Rn. 4 ff.) darstellt. Hierfür genügt auch die Anbahnung eines derartigen Geschäfts (z. B. bei der Zusendung unbestellter Waren).⁴⁷ 36

g) Kein Ausschluss

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann grundsätzlich⁴⁸ durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Derartige Vereinbarungen sind auch in AGB gegenüber Kaufleuten unbedenklich; das Klauselverbot des § 309 Nr. 2 b BGB findet wegen § 310 I 1 BGB keine Anwendung.⁴⁹ Unabhängig davon ergibt sich kraft Gesetzes ein Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts in den Fällen des § 369 III HGB, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes (1) der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Weisung oder (2) der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, mit dem Gegenstand in einer bestimmten Weise zu verfahren, widerspricht. Gemeint sind damit vor allem Fälle, in denen der Gläubiger die Sache einem Dritten zu übergeben hat, z. B. als Kommissionär, Handelsvertreter oder Spediteur. 37

3. Wirkungen

a) Einrede

Wie im bürgerlichen Recht (vgl. §§ 273, 1000 BGB) kann der Gläubiger gegenüber dem Herausgabeanspruch des Schuldners die Zurückbehaltungseinrede erheben und hier- 38

⁴⁶ MüKoHGB/Welter, § 369 Rn. 52.

⁴⁷ § 241 a BGB scheidet in diesen Fällen mangels Verbrauchereigenschaft des Empfängers aus.

⁴⁸ Ausnahme: § 88 a HGB.

⁴⁹ Vgl. aber oben § 2 Rn. 14.

durch auf den Schuldner **Druck zur Erfüllung der gesicherten Forderung** ausüben. Prozessual führt die Einrede nicht zur Klageabweisung, sondern nur zur Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug-um-Zug (§ 274 I BGB). Gegenüber dem Herausgabeanspruch eines Dritten steht dem Gläubiger nach § 369 II HGB die Einrede nur insoweit zu, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegen gesetzt werden können. Dies trifft z.B. nach § 986 II BGB bei einer Veräußerung der dem Zurückbehaltungsrecht unterliegenden Sache nach § 931 BGB zu. Ein ergänzender Gutglaubensschutz ergibt sich aus § 372 HGB.

b) Verwertungsrecht

- 39 Nach § 371 HGB ist der Gläubiger kraft des Zurückbehaltungsrechts befugt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstand für seine Forderung zu befriedigen. Dabei hat der Gläubiger die Wahl zwischen der **Vollstreckungsbefriedigung**, die einen Zahlungstitel gegen den Schuldner voraussetzt (§ 371 III HGB i.V.m. § 809 ZPO) und der **Verkaufsbefriedigung** nach § 371 I HGB mit der Befugnis zum freihändigen Verkauf (§ 371 II HGB i.V.m. §§ 1233 ff. BGB). Grundlage der Verkaufsbefriedigung ist ein Duldungstitel, wonach der Schuldner die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand zu dulden hat. In dieser pfandrechtsähnlichen Wirkung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts besteht der hauptsächliche Vorteil gegenüber dem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, mit dem keine Verwertungsbefugnis verbunden ist.

c) Insolvenzrechtliches Absonderungsrecht

- 40 Ein vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners entstandenes kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht⁵⁰ gibt dem kaufmännischen Gläubiger ein Absonderungsrecht nach §§ 50, 51 Nr. 3 InsO. Der Gläubiger kann gegenüber dem Insolvenzverwalter die Herausgabe der Sache verweigern und die Verwertung nach § 173 InsO betreiben. Hierfür bedarf es eines Vollstreckungstitels gegen den Insolvenzverwalter auf Gestattung der Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache.

d) Deliktsschutz

- 41 Als „sonstiges Recht“ i.S. von § 823 I BGB genießt das Zurückbehaltungsrecht Deliktsschutz gegen Dritte. Die Einstufung als sonstiges Recht folgt daraus, dass das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz gewährt.⁵¹

IV. Kontokorrent

1. Begriff und Aufgabe

- 42 Nach der Legaldefinition des § 355 I HGB liegt ein Kontokorrent (= laufende Rechnung) vor, wenn „jemand mit einem Kaufmann derart in Geschäftsverbindung steht, dass die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen

⁵⁰ Aus § 91 I InsO folgt, dass *nach* Verfahrenseröffnung kein Zurückbehaltungsrecht an Massegegenständen mit Wirkung gegenüber den Insolvenzgläubigern erworben werden kann.

⁵¹ *Canaris*, § 28 Rn. 31.

nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden“. Die Hauptaufgaben des Kontokorrents liegen in der **Verein-fachung des Zahlungsverkehrs** und der **Sicherung** der in das Kontokorrent eingestellten **Forderungen**, da insoweit durch die automatische Verrechnung kein Insolvenzzisiko besteht.⁵² Praktische Hauptanwendungsfälle des Kontokorrents sind das Bankkontokorrent (vgl. §§ 676 f., 676 g BGB, Ziff. 7 der AGB-Banken⁵³), ferner die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern einer OHG oder KG („Kapitalkonten“, vgl. § 120 II HGB; unten § 11 Rn. 41 ff.). In der Fallprüfung geht es dabei nie abstrakt um das Vorliegen eines Kontokorrentverhältnisses zwischen den Beteiligten, sondern um Voraussetzungen und Wirkungen der Kontokorrentzugehörigkeit einer einzelnen Forderung.

Der Schlüssel zum Verständnis dieses auf den ersten Blick nicht einfach zu durchschauenden Rechtsinstituts liegt in der gedanklichen Trennung der **vier verschiedenen Ver-träge**, die ein Kontokorrentverhältnis kennzeichnen:⁵⁴ 43

- die **Kontokorrentabrede**, durch die die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen in Rechnung gestellt werden, d.h. deren Kontokorrentzugehörigkeit herbeigeführt wird;
- die **Verrechnung**, d.h. der Ausgleich der sich höhenmäßig deckenden Forderungen und Leistungen;
- die **Feststellung des Überschusses**, der sich für den einen oder den anderen Teil ergibt;
- der **Geschäftsvertrag** als Rahmenvereinbarung zu den vorgenannten drei Verträgen mit der Verpflichtung zur Inrechnungstellung, Verrechnung und Überschussfeststellung.

Nicht näher darzustellen sind hier die weiteren Regelungen über Sicherheiten im Kontokorrent (§ 356 HGB) und über die Pfändung im Rahmen des Kontokorrents (§ 357 HGB). 44

2. Voraussetzungen der Kontokorrentzugehörigkeit einer Forderung

a) Geschäftsverbindung mit einem Kaufmann

Eine Geschäftsverbindung zwischen den Beteiligten liegt dann vor, wenn sie für gewisse Zeit in geschäftlichem Kontakt stehen, derart, dass zumindest eine Seite⁵⁵ Ansprüche erwerben kann. Nach einhelliger Auffassung werden die Rechtsfolgen der Kontokorrentzugehörigkeit einer Forderung (unten Rn. 48 ff.) auch auf Kontokorrentabreden zwischen Nichtkaufleuten („**uneigentliches Kontokorrent**“) erstreckt, z.B. bei Beteiligung von Freiberuflern. Denn den §§ 355 ff. HGB fehlt jeder spezifisch handelsrechtliche Gehalt.⁵⁶ 45

⁵² Die Sicherungsfunktion des Kontokorrents ist daher mit der Sicherungsfunktion der bürgerlich-rechtlichen Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB; hierzu MüKoBGB/Schlüter § 387 Rn. 1) vergleichbar.

⁵³ Abdruck z.B. in der Textausgabe Handelsrecht (dtv-Bd. 5559 unter Nr. 7).

⁵⁴ Canaris, § 25 Rn. 4, vertiefend Pfeiffer, JA 2006, 105 ff.

⁵⁵ BGHZ 50, 277 = NJW 1968, 2100.

⁵⁶ Canaris, § 25 Rn. 55 f.

b) Kontokorrentabrede

- 46 Ferner muss zwischen den Parteien eine Kontokorrentabrede (= Verrechnungsabrede) bestehen, die drei Punkte umfasst: (1) Die Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen sollen in Rechnung gestellt werden; (2) die beiderseitigen Forderungen und Leistungen sollen verrechnet werden; (3) das Ergebnis der Verrechnung (= Saldo) soll festgestellt und dem anderen Vertragsteil mitgeteilt werden. Bei diesem letzten Merkmal haben die Parteien die Wahl zwischen der Ausgestaltung als Perioden- oder Staffeltkontokorrent. Beim gesetzlichen Regelfall des Periodenkontokorrents finden die Saldierungen immer nach bestimmten Zeiten statt. Dagegen wird beim Staffeltkontokorrent immer sofort saldiert, d.h. in dem Zeitpunkt, in dem sich zwei Forderungen aus der Geschäftsverbindung gegenüber treten.

c) Kontokorrentzugehörigkeit der konkreten Forderung

- 47 Schließlich muss im Einzelfall die Forderung, um die es geht, dem Kontokorrentverhältnis zwischen den Parteien zuzuordnen sein. Ob eine derartige Kontokorrentzugehörigkeit besteht, ist von der Parteiabrede abhängig. Hierbei gilt, dass im Zweifel alle Ansprüche aus der Geschäftsbeziehung in das Kontokorrent einbezogen werden. Den Parteien steht es aber frei, einzelne Forderungen oder Arten von Forderungen vom Kontokorrent auszunehmen.⁵⁷

3. Wirkungen der Kontokorrentzugehörigkeit einer Forderung

a) Ausnahme vom Zinseszinsverbot

- 48 Nach § 248 I BGB ist eine im Voraus getroffene Vereinbarung über Zinseszinsen nichtig. Davon ist nach § 248 II BGB der Bankverkehr ausgenommen. Eine weitere Ausnahme vom Zinseszinsverbot ergibt sich unmittelbar aus § 355 I HGB. Für eine kontokorrentgebundene Forderung können daher Zinseszinsen auch außerhalb des Bankverkehrs vereinbart werden.

b) Kontokorrentbindung („Lähmung“) der eingestellten Forderungen

- 49 Die Kontokorrentbindung bewirkt, dass die Forderung ihre Selbständigkeit verliert und zum reinen **Rechnungsposten** innerhalb des Kontokorrents wird. Diese „Lähmung“ äußert sich in einer Reihe von Rechtsfolgen. Vor allem schließt die Kontokorrentbindung ähnlich wie eine Stundung die selbständige Geltendmachung der Forderung mit einer Leistungsklage aus, wenn der Beklagte die „Kontokorrenteinrede“ erhebt.⁵⁸ Diese Sperrwirkung des Kontokorrents gegenüber der selbständigen Geltendmachung einer einzelnen Forderung wird durch das Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet, ergibt sich aber aus dem Sinn und Zweck der Kontokorrentabrede, die Einzelforderungen soweit wie möglich durch Verrechnung zu tilgen.⁵⁹ Zulässig bleibt allerdings eine Feststellungsklage bezüglich der Einzelforderung, weil ein gegebenenfalls hierauf ergehendes Feststellungsurteil keinen Vollstreckungstitel bildet.⁶⁰

⁵⁷ BGHZ 84, 371, 375ff. = NJW 1982, 2193; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Grundmann, § 355 Rn. 8.

⁵⁸ BGH NJW 1970, 560, 561; Baumbach/Hopt, § 355 Rn. 7.

⁵⁹ Canaris, § 25 Rn. 7.

⁶⁰ RGZ 125, 311, 316; vgl. allg. Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, Rn. 573.