

## Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von  
Von Prof. Peter Kindler

9. Auflage 2019. Buch. XXXII, 454 S. Softcover  
ISBN 978 3 406 73475 5  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
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.

ständlich 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).<sup>24</sup>

## II. Vertragsschluss durch Schweigen

### 1. Bürgerlich-rechtliche 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.<sup>25</sup> 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. 14ff.), und
- durch die gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben (unten → Rn. 17ff.).

### 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 Rechtfolgen 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;
- eine Geschäftsbesorgung (jede selbständige – rechtsgeschäftliche oder rein tatsächliche – Tätigkeit wirtschaftlicher Art für einen anderen und in dessen Interesse);

<sup>24</sup> Weitere Fälle des beiderseitigen Handelsgeschäfts: §§ 346, 352 I, 353, 369–372, 379, 391 HGB.

<sup>25</sup> Grenze: § 308 Nr. 5 BGB (fingierte Erklärungen).

- Bezug der Geschäftsbesorgung zum Gewerbebetrieb des Kaufmanns;<sup>26</sup>
- Geschäftsverbindung (§ 362 I 1 HGB) oder Erbieten zum Besorgen von Geschäften (§ 362 I 2 HGB);
- keine unverzügliche (§ 121 I 1 BGB) Antwort.

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

- 15 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.
- 16 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 zu Stande kommt (§§ 104ff. BGB). Die **Anfechtung des Schweigens** beurteilt sich nach §§ 119ff. 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 tatbeständliche ein Inhaltsirrtum vorliegt).<sup>27</sup>

### 3. Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

#### a) Begriff und Abgrenzung zur Auftragsbestätigung

- 17 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.<sup>28</sup> Diese Rechtsregel ist aus der im Handelsverkehr herrschenden Gepflogenheit hervorgegangen, Vertragsschlüsse nach Verhandlungen zu Beweiszwecken schriftlich zu bestätigen und etwaige Unrichtigkeiten einer solchen Bestätigung alsbald zu rügen. Sie gelten für ein Verhandlungsprotokoll entsprechend, das der vollmachtlose Vertreter

<sup>26</sup> Daher keine Anwendung auf Kaufleute, deren Tätigkeit im Rahmen eines Vertragsverhältnisses – wie bei einem Miet- oder Werkvertrag – sich auf den reinen Austausch von Leistungen beschränkt, BGH NJW 2018, 296 Rn. 24.

<sup>27</sup> BGHZ 11, 1 (4ff.) = BeckRS 1953, 30373959 (unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum); zum Ganzen auch MüKoHGB/Welter § 362 Rn. 40ff.

<sup>28</sup> BGHZ 7, 187 (189) = NJW 1952, 1369; BGHZ 11, 1 (3f.); NJW 1994, 1288; NJW 2011, 1965 = ZIP 2011, 1260 Rn. 22.

des Empfängers errichtet hat.<sup>29</sup> Die Grundsätze finden im geltenden Recht eine Stütze im Rechtsgedanken der §§ 75h, 91a, 362 HGB. Sie dienen dem **Verkehrsschutz**.

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 zustande (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 widerspruchlosen Entgegennahme dieser Vertragsleistung liegt dann die stillschweigende Annahme des in der modifizierten Auftragsbestätigung enthaltenen neuen Antrags.<sup>30</sup> Für die Abgrenzung zum kaufmännischen Bestätigungs- schreiben 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 Bestätigungs- schreiben.<sup>31</sup>

### b) Persönliche Reichweite der Regeln über das kaufmännische Bestätigungs- schreiben

Anerkannt ist, dass der **Empfänger** nicht die Kaufmannseigenschaft besitzen muss. Den Regeln unterworfen ist auch ein Nichtkaufmann, der ähnlich einem Kaufmann am Ge- schäftsleben teilnimmt und von dem erwartet werden kann, dass er nach kaufmänni- scher Sitte verfährt, d. h. dem Bestätigungs- schreiben – falls nötig – widerspricht. Dies trifft z. B. für Grundstücksmakler, Architekten, Rechtsanwälte und Insolvenzverwalter zu.<sup>32</sup>

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.<sup>33</sup> Mit der Rechtsprechung<sup>34</sup> 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 unrich- tigen Bestätigungs- schreiben widersprochen wird.

### c) Sachliche Voraussetzungen

(1) **Vorverhandlungen**. Dem Schreiben müssen ernsthafte Vertragsverhandlungen vor- ausgegangen sein, die aus der Sicht des Bestätigenden zum Vertragsabschluss geführt haben. Den Nachweis, dass Vorverhandlungen stattgefunden haben, hat der Bestäti- gende zu erbringen, da es sich hier um eine für ihn günstige, anspruchsgrundende

<sup>29</sup> BGH NJW 2011, 1965 = ZIP 2011, 1060 Rn. 24.

<sup>30</sup> BGH NJW 1995, 1671 (1672); vgl. auch Art. 18 I 1 CISG: „sonstiges Verhalten des Empfän- gers“ als „Zustimmung zum Angebot“.

<sup>31</sup> Von Dücker BB 1996, 3 (6).

<sup>32</sup> BGH ZIP 2011, 1260 Rn. 23; Baumbach/Hopt HGB § 346 Rn. 18 m. Nachw.

<sup>33</sup> Baumbach/Hopt HGB § 346 Rn. 19.

<sup>34</sup> BGHZ 40, 43 (44) = NJW 1963, 1922 – Grundstücksmakler; OLG Düsseldorf ZIP 2004, 1211 – GmbH-Geschäftsführer = EWiR 2004, 709 m. Kurzkomm. Pfeiffer; OLG Frankfurt/M. BeckRS 2017, 145485 Rn. 13.

Tatsache handelt. Mindestens muss der Vertragsschluss so weit vorbereitet worden sein, dass das Bestätigungsschreiben nur noch als förmlicher Abschluss des bereits Vereinbarten anzusehen ist.

- 22 (2) *Zeitlicher Zusammenhang*. Das Bestätigungsschreiben muss dem Empfänger in einem 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.<sup>35</sup>
- 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 unverzüglichen (§ 121 BGB) Widerspruch verhindern.<sup>36</sup> Die Rechtsprechung neigt dazu, einen Widerspruch mehr als eine Woche nach Empfang der Bestätigung als verspätet zu betrachten.<sup>37</sup>
- 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.<sup>38</sup> 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 bezeichnete Vertrauensschutz lückenlos zu gewährleisten.<sup>39</sup> Anders liegt es, wenn der Schweigende über den Inhalt des Bestätigungsschreibens als solches irrite. 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.<sup>40</sup>

**Beispielsfall:**<sup>41</sup> 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“

<sup>35</sup> BGH NJW 2011, 1965 = ZIP 2011, 1060 Rn. 23; MüKoHGB/K. Schmidt § 346 Rn. 153.

<sup>36</sup> BGHZ 18, 212 (216) = NJW 1955, 1794.

<sup>37</sup> Baumbach/Hopt HGB § 346 Rn. 25 m. Nachw.

<sup>38</sup> BGH NJW 1994, 1288; BGH NJW 2011, 1965 = ZIP 2011, 1060 Rn. 23.

<sup>39</sup> Vgl. BGHZ 11, 1 (5).

<sup>40</sup> Vgl. *Canaris* HandelsR § 23 Rn. 38.

<sup>41</sup> Vereinfacht nach BGH NJW 2007, 987 = JuS 2007, 779 m. Anm. K. Schmidt.

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 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 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 den auch im Handelsverkehr einschlägigen Zurückbehaltungsrechten des bürgerlichen Rechts (§§ 273f., 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 **Konnexitätserfordernis** wird allerdings bei § 273 BGB derart weit verstanden, dass das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht insoweit kaum eigenständige Bedeutung erlangt.<sup>42</sup>

26

27

<sup>42</sup> Vgl. MüKoHGB/Welter § 369 Rn. 4. Zum Konnexitätsbegriff des § 273 BGB *Medicus/Lorenz* SchuldR AT Rn. 224; *Musielak/Hau* GK BGB Rn. 530.

- 28 (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.
- 29 (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

- 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.<sup>43</sup> 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).<sup>44</sup> Dies trifft bei den allermeisten Forderungen zu, z. B. bei Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB, beim Herausbabeanpruch nach § 985 BGB,<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Mit Wertpapieren sind nur die den Sachen gleich zu achtenden Inhaber- und Orderpapiere gemeint.

<sup>43</sup> Vgl. §§ 383 II, 407 III, 453 III, 467 III HGB, oben → Rn. 6.

<sup>44</sup> Zutreffend auch der Hinweis auf § 916 ZPO bei MüKoHGB/Welter § 369 Rn. 31.

<sup>45</sup> Zu letzterem BGHZ 53, 29 (31f.) = NJW 1970, 241; BGHZ 56, 308 (312) = NJW 1971, 2065.

<sup>46</sup> MüKoHGB/Welter § 369 Rn. 35.

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

Grund der Beschränkung auf Inhaber- und Orderpapiere ist, dass deren Übertragung 34 nach sachenrechtlichen Regeln (§§ 929ff. BGB) erfolgt.<sup>47</sup>

### 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, 346ff. 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).

### 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 verschaffen 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.<sup>48</sup> Schließlich muss der Gläubiger den Besitz aufgrund eines Geschäfts erlangt haben, das mindestens auf seiner Seite ein Handelsgeschäft (oben → Rn. 4ff.) darstellt. Hierfür genügt auch die Anbahnung eines derartigen Geschäfts (z. B. bei der Zusendung unbestellter Waren).<sup>49</sup>

### g) Kein Ausschluss

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann grundsätzlich<sup>50</sup> durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Derartige Vereinbarungen sind auch in AGB gegenüber Kaufleuten unbedenklich; das Klauserverbot des § 309 Nr. 2b BGB findet wegen § 310 I 1 BGB keine Anwendung.<sup>51</sup> 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

<sup>47</sup> Vgl. zur Einteilung der Wertpapiere Brox/Hessler HandelsR Rn. 502 ff.

<sup>48</sup> MüKoHGB/Welter § 369 Rn. 52.

<sup>49</sup> § 241a BGB scheidet in diesen Fällen mangels Verbrauchereigenschaft des Empfängers aus.

<sup>50</sup> Ausnahme: § 88a HGB.

<sup>51</sup> Vgl. aber oben → § 2 Rn. 14.

damit vor allem Fälle, in denen der Gläubiger die Sache einem Dritten zu übergeben hat, z. B. als Kommissionär, Handelsvertreter oder Spediteur.

### 3. Wirkungen

#### a) Einrede

- 38 Wie im bürgerlichen Recht (vgl. §§ 273, 1000 BGB) kann der Gläubiger gegenüber dem Herausgabeanspruch des Schuldners die Zurückbehaltungeinrede erheben und hierdurch 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 entgegengesetzt werden können. Dies trifft z. B. nach § 986 II BGB bei einer Veräußerung der dem Zurückbehaltungsrecht unterliegenden Sache nach § 931 BGB zu. Ein ergänzender Gutglaubenschutz 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. §§ 1233ff. 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 Zurückbehaltungsrecht<sup>52</sup> 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) Deliktschutz

- 41 Als „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 I BGB genießt das Zurückbehaltungsrecht Deliktschutz gegen Dritte. Die Einstufung als sonstiges Recht folgt daraus, dass das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein Recht zum Besitz gewährt.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Aus § 91 I InsO folgt, dass *nach* Verfahrenseröffnung kein Zurückbehaltungsrecht an Massegegenständen mit Wirkung gegenüber den Insolvenzgläubigern erworben werden kann.

<sup>53</sup> *Canaris HandelsR* § 28 Rn. 31.