

# Skript zur Vorlesung Unternehmensrecht

(zur Vorlesung: „Unternehmensrecht und Governance“)

(Professor Dr. Josef Scherer)



**hier: Handelsrecht**

(Bzgl. des Vorlesungsteils „Governance“ wird verwiesen auf *Scherer / Fruth* (Hrsg.), *Governancemanagement* Band 1, 2014 und Band 2 (Audit), 2015)

## Inhalt

1	Einleitung .....	1
1.1	Vorbemerkung zur Vorlesung.....	1
1.2	Fallbearbeitungsmethodik / Juristisches Arbeiten .....	1
1.3	Anmerkung zur Schuldrechtsmodernisierung zum 01.01.2002 .....	1
2	Übersicht über das HGB .....	3
2.1	Das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute.....	3
2.2	Rechtsquellen des Handelsrechts .....	4
2.2.1	Das geschriebene Handelsrecht.....	4
2.2.2	Handelsbräuche.....	4
3	Kaufmann, Firma, Handelsregister.....	6
3.1	Der Kaufmannsbegriff .....	6
3.1.1	Der „Istkaufmann“ .....	8
3.1.2	Das Gewerbe.....	8
3.1.3	Das Handelsgewerbe .....	10
3.1.4	Der „Kannkaufmann“ .....	12
3.1.5	Kaufmann kraft Eintragung.....	13
3.1.6	Die Formkaufleute.....	14
3.1.7	Der Scheinkaufmann gem. § 242 BGB, § 5 HGB analog .....	14
3.1.8	Besprechungsfall: „Elektrohandel Vogel“ (Teil 1).....	16
3.2	Grundsätze der Firmenbildung / Firmenfortführung .....	19
3.2.1	Firmengrundsätze .....	19
3.2.2	Übungsfall zu § 25 HGB: „Die Firmenübernahme“ (nachgebildet nach OLG Frankfurt a. M., AZ 20W342/00 in DB: 2001, 1552 f.) .....	21
3.3	Das Handelsregister.....	26
3.3.1	Die Bedeutung des Handelsregisters .....	26
3.3.2	Der Inhalt des Handelsregisters .....	28
3.3.3	Rechtswirkungen der Registereintragung – Publizitätswirkung der Registereintragung gem. § 15 HGB .....	30
3.3.4	Fall zum Handelsrecht: „Bauernhof in Not“:.....	34
4	Auffrischung: Willenserklärung und Rechtsgeschäft .....	41
4.1	Der Grundsatz der Vertragsfreiheit .....	41
4.2	Rechtsgeschäfte .....	42

4.3	Willenserklärungen und kaufmännisches Bestätigungsschreiben.....	44
4.4	Problem Online-Verträge: Vertragsschluss und Zugang bei elektronischen Willenserklärungen .....	50
5	Vollmachen des Handelsgesetzbuches .....	55
5.1	Die Prokura („ppa“), §§ 48 ff. HGB .....	57
5.2	Die Handlungsvollmacht („i.V.“), § 54 HGB .....	57
5.3	Die Ladenvollmacht.....	58
5.4	Besprechungsfall: „Elektrohandel Vogel“ (Teil 2) .....	59
6	Das besondere Handelsgeschäft „Handelskauf“ gem. § 373 ff HGB.....	65
6.1	Verzögerungen beim Handelskauf (§§ 373 f. HGB) .....	67
6.2	Besonderheiten der Mängelhaftung beim Handelskauf (§ 377 HGB) – die kaufmännische „Untersuchungs- und Rügeobliegenheit“ .....	67
6.3	Kaufmann und Internet – Besprechungsfall: „Software-Rückgabe eines Kaufmanns“ .....	71
7	Wiederholungsaufgaben zu Kapitel 1-6 .....	82
8	Absatzorganisation durch selbstständige Hilfspersonen .....	86
8.1	Handelsvertreter.....	86
8.2	Der Handelsmakler.....	86
8.3	Der Kommissionär.....	86
8.4	Franchising.....	87
9	Finanzierungs- und Kreditgeschäfte.....	88
9.1	Finanzierungsgeschäfte und Verbraucherschutz .....	88
9.2	Finanzierungsleasing .....	91
9.3	Factoring .....	92
10	Kreditsicherheiten.....	93
10.1	Eigentumsvorbehalt .....	94
10.2	Sicherungsübereignung .....	98
10.3	Sicherungszeession (= Sicherungsabtretung) .....	102
10.4	Hypothek.....	104
10.5	Grundschuld.....	105
10.6	Pfandrechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen und Forderungen 105	
10.7	Die Bürgschaft .....	107

10.8	Schuldbeitritt .....	110
10.9	Patronatserklärung.....	110
10.10	Garantievertrag .....	110
10.11	Kontrollfragen zu Kapitel 11 .....	111
10.12	Antworten.....	115

# 1 Einleitung

## 1.1 Vorbemerkung zur Vorlesung

### Integrierte Veranstaltungen:

- Teilnahme an Vorträgen zur Vortragsreihe „Open University“
- evtl. Übungsklausur mit Besprechung

**Achtung: Die Termine für die Vorlesung und integrierte Veranstaltungen (z.B. Übungsklausuren oder Open University) werden durch Aushang bzw. im iLearn je Semester gesondert bekannt gegeben!**

## 1.2 Fallbearbeitungsmethodik / Juristisches Arbeiten



**Bitte lesen Sie zur Methodik der richtigen Fallbearbeitung unbedingt die Kapitel „Juristische Fallbearbeitung“ und „Lernmethodik allgemein“ aus „Scherer / Haas / Beyer: Gesellschaftsrecht I“ (S. 14 ff.)!!**

## 1.3 Anmerkung zur Schuldrechtsmodernisierung zum 01.01.2002

Das heutige Rechtsleben wird bestimmt von Rechtsvorschriften aller Art. Der Umfang an Gesetzen, Verordnungen und dergleichen nimmt praktisch täglich zu. So erreichte das Maß neuer Rechtsnormen in den letzten Jahren einen Umfang, wie es ihn selbst in den Gründerjahren der Bundesrepublik Deutschland nicht gab. Die Flut neuer Gesetze ist Ausdruck einer komplizierteren Zeit, in der Rechtsprobleme auftreten, welche in der Zeit des Erlasses des deutschen Zivilrechts – Hauptgesetzeswerkes, dem BGB, noch nicht denkbar waren. Das BGB trat am 1.1.1900 in Kraft, nachdem nach der Reichsgründung 1871 der Wunsch nach einer gesamtdeutschen Kodifikation laut geworden war. Am 12. November 2001 wurde das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts im Deutschen Bundestag verabschiedet. Damit trat am 01. 01. 2002 die bislang größte Reform des Schuldrechts in der mehr als hundertjährigen Geschichte des BGB in Kraft. Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts reformiert das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches in einigen Bereichen grundlegend. Die Änderungen betreffen im Wesentlichen die Bereiche der Verjährung, des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und des Gewährleistungsrechts.



Daneben erfolgte eine weitgehende Integration von Nebengesetzen (z. B. das AGB-Gesetz, Haustürwiderrufsgesetz, Verbraucherkreditgesetz, Fernabsatzgesetz ) in das BGB.

Nach Art. 229 § 5 EGBGB gelten die Neuregelungen des BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz für alle ab dem 01.01.2002 entstandenen Schuldverhältnisse. Für zuvor begründete Schuldverhältnisse gelten das BGB und die Nebengesetze in der am 31. 12. 2001 geltenden Fassung. Handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse, die vor dem 01.01.2002 begründet worden sind, gilt das alte Recht bis zum 31.12.2002. Ab dem 01.01.2003 gilt das neue Recht auch für die Dauerschuldverhältnisse, die noch vor dem 01.01.2002 begründet wurden.

Auch auf das Handelsrecht zeigte das Schuldrechtsreformgesetz Auswirkungen. So kommt es nun z. B., anders als bisher in § 378 HGB bei Mengenabweichungen oder aliud-Lieferungen auf die Genehmigungsfähigkeit der Abweichung im Rahmen des Gewährleistungsrechts nicht mehr an. § 378 HGB wird aufgehoben.

Die letzte Große Reform des Handelsgesetzbuches fand 1998 statt.

## 2 Übersicht über das HGB

### 2.1 Das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute

Das Handelsrecht wird bezeichnet als das Sonderprivatrecht der Kaufleute. Es dient vor allem den speziellen Anforderungen des Wirtschaftsverkehrs, für den das Bürgerliche Recht nicht immer adäquate Regelungen enthält. Der kaufmännische Rechtsverkehr zeichnet sich durch besondere Bedürfnisse aus:

- durch rasche Geschäftsabwicklung (dem wird beispielsweise im HGB Rechnung getragen durch das Erfordernis der unverzüglichen Mängelrüge § 377 HGB)
- durch gesteigerten Vertrauensschutz (z.B. §§ 5, 15, 366 HGB)
- durch höhere Eigenverantwortlichkeit (z.B. §§ 348 bis 350 HGB)
- durch stärkere Bindung an Bräuche und Gepflogenheiten (z.B. § 346 HGB)
- durch Professionalität, insbesondere Entgeltlichkeit (z.B. §§ 353, 354 HGB)



- Das Handelsrecht steht aber nicht losgelöst vom BGB, sondern ist mit diesem eng verwoben. So werden **Normen des BGB zum Teil durch das Handelsrecht ergänzt** (für die Sachmängelhaftung stellt beispielsweise § 377 HGB zusätzliche Erfordernisse neben den §§ 434 ff BGB nF auf), **andere Normen des BGB werden durch das HGB vollständig verdrängt** (vgl. für das Fixgeschäft § 376 HGB statt § 361 BGB).

#### Weitere Beispiele für die Verbindung zwischen HGB und BGB:

- In den §§ 48 ff HGB wird das Vertretungsrecht der §§ 164 ff BGB um die handelsrechtliche Prokura und die Handlungsvollmacht erweitert.
- Laut BGB muss bei Rechtsgeschäften „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ beachtet werden (§ 276 BGB). In § 347 HGB wird bestimmt, dass der Kaufmann bei seinen Handelsgeschäften für „die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ einzustehen habe. Gegenüber dem Nichtkaufmann unterliegt dieser damit einer generell erhöhten Sorgfaltspflicht.

In allen Bereichen, in denen für die Kaufleute keine speziellen Regelungen gelten sollen, führt das HGB nichts aus; somit finden dann die allgemeinen Regeln des BGB Anwendung.

Ein praktisch sehr relevantes Beispiel für die Formerleichterungen des Handelsrechts ist die Form(un)bedürftigkeit einer Bürgschaftserklärung. Gem. § 766 BGB ist zur

Wirksamkeit einer Bürgschaftserklärung die Schriftform vorgeschrieben. Wird die Schriftform nicht eingehalten, so ist das Bürgschaftsversprechen mit seinen weitreichenden Konsequenzen nichtig (§§ 125, 126 BGB). Anders, wenn ein Kaufmann beteiligt ist. Auf eine Bürgschaft findet gem. § 350 HGB die Formvorschrift des § 766 I BGB keine Anwendung, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein „Handelsgeschäft“ ist (zum Handelsgeschäft siehe unten 6.5.). Hier wird besonders deutlich, dass das HGB dem Kaufmann ein geringeres Maß an Schutzbedürftigkeit und im Gegenzug höhere Eigenständigkeit zubilligt.

## 2.2 Rechtsquellen des Handelsrechts

### 2.2.1 Das geschriebene Handelsrecht

Die zentrale Rechtsquelle des Handelsrechts ist das Handelsgesetzbuch. Dennoch befinden sich zum Teil wesentliche Gebiete in selbstständig geregelten Gesetzeswerken: So wurde das eng mit dem Handelsverkehr verbundene Wechsel- und Scheckrecht in eigenen Gesetzen (**Wechselgesetz und Scheckgesetz**) zusammengefasst, auch das ursprünglich im HGB normierte Recht der Aktiengesellschaften wurde in einem eigenen **Aktiengesetz** geregelt. Zum Handelsrecht zählt auch das Bank- und Börsenrecht, das Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, das Versicherungsrecht u.v.m. Diesbezüglich existieren eine Vielzahl von eigenen Gesetzen. Im Folgenden wird jedoch nur das HGB näher behandelt. Das HGB umfasst fünf Bücher, von denen für den Studenten in dieser Vorlesung besonders Folgende wichtig sind:



- 1. Buch (§§ 1 – 104 HGB): Der Handelsstand („allgemeiner Teil“ des HGB mit Regeln über die Kaufmannseigenschaft, Vorschriften zum Handelsregister und zur Handelsfirma sowie Vorschriften zu den Gehilfen eines Kaufmannes);
- 2. Buch (§§ 105 ff. HGB): Handelsgesellschaften (Recht der Offenen Handelsgesellschaften und der Kommanditgesellschaften);
- 4. Buch (§§ 343 ff. HGB): Handelsgeschäfte (Recht der typischen von Kaufleuten ausgeführten Rechtsgeschäfte, im Einzelnen: Handelskauf, Kommissions-/Speditionsgeschäfte, Lager- und Frachtgeschäfte).

### 2.2.2 Handelsbräuche

Ein bedeutender Teil des Handelsrechts ist nicht schriftlich fixiert: die Handelsbräuche. Bei ihnen handelt es sich um die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten, die je nach Geschäftszweig unterschiedlich ausgestaltet sein können. Gemäß § 346 HGB sind sie im Handelsverkehr geltendes Recht. Der Handelsbrauch ist Ausdruck der



kaufmännischen Verkehrssitte, auf deren Einhaltung sich Kaufleute verlassen können sollen, wenn sie mit anderen Kaufleuten Geschäfte abschließen. So besteht

z.B. im Reiseverkehrsgewerbe der Handelsbrauch, nach dem ein Reisebüro von einem Hotelreservierungsvertrag bis drei Wochen vor der vorgesehenen Ankunft der Reisegruppe zurücktreten kann, ohne zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein. Handelsbrauch sind auch die zahlreichen Kurzformeln, die in den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Verträge zwischen Kaufleuten verwendet werden.

Beispiele für im Handelsbrauch übliche Kurzformeln:

- „Selbstbelieferung vorbehalten“: Der Verkäufer einer Ware will sich von jeder Haftung befreien für den Fall, dass er selbst nicht rechtzeitig mit den Waren (beispielsweise den Rohmaterialien) beliefert wird.
- „fob“ = Free on board (frei Schiff): Transportkosten und Gefahr der Verschlechterung und des Untergangs sollen auf den Käufer übergehen, sobald die Ware die Schiffsreling überquert.
- „cif“ = cost, insurance, freight (Kosten, Versicherung, Fracht): Lieferant trägt Verladekosten, Seefracht und Seeversicherung bis zum Bestimmungshafen, Transportrisiko geht jedoch im Verschiffungshafen bereits über.
- „Angebot freibleibend“ = Aufforderung an den Empfänger des Angebots, sei- nerseits ein Angebot zum Vertragsabschluss zu machen, das dann der Auf- fordernde annehmen oder ablehnen kann.

**Tipp:**

Lesen Sie § 346 HGB in einem HGB-Kommentar (z.B. Baumbach / Hopt); dort finden Sie eine Liste der gebräuchlichen Handelsklauseln.

### 3 Kaufmann, Firma, Handelsregister

#### 3.1 Der Kaufmannsbegriff

Grundsätzlich gilt das Handelsrecht nur für Kaufleute.

Die **Kaufmannseigenschaft** kann als „Eintrittskarte“ in das HGB bezeichnet werden. Der Kaufmann ist entweder eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine handelsrechtliche Personenvereinigung (z.B. OHG, KG). Erst wenn die Kaufmannseigenschaft fest steht, sind die speziellen handelsrechtlichen Vorschriften anwendbar (z.B. die Befugnis zur Firmenführung gem. § 17 ff. HGB oder die kaufmännische Buchführungspflicht gem. §§ 238 ff. HGB). Auch Vorschriften, die nicht im HGB geregelt sind, knüpfen an die Kaufmannseigenschaft an, beispielsweise § 38 I ZPO, welcher Gerichtsstandsvereinbarungen nur unter Kaufleuten gestattet und in den AGB-Vorschriften; in den §§ 305 ff BGB nF wurde der „Kaufmann“ durch „Unternehmer“ ersetzt.

Wer Kaufmann ist sollte unbedingt das HGB „kennen“, da das Handelsrecht für den Kaufmann zahlreiche **vorteilhafte Regelungen** aber auch **nachteilige bzw. risikobehaftete** Vorschriften enthält!

Das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 hat u.a. den Kaufmannsbegriff neu geordnet, u.a. ist der „Sollkaufmann“ und der Begriff des „Minderkaufmanns“ weggefallen. Auch das Firmenrecht wurde grundlegend reformiert.



**Übersicht: Der Kaufmann nach dem HGB**

**Der Kaufmann nach dem HGB**

Istkaufmann	Kann- kaufmann	Kaufmann Kraft Eintragung	Form- kaufmann	Schein- kauf- mann
§ 1 HGB	§ 2 (Hauptfall) § 3 II (Sonderfall)	§ 5 HGB	§ 6 HGB	§ 242 BGB
<ul style="list-style-type: none"> <li>□ Gewerbebetrie- b</li> <li>□ nach Art und Umfang in kauf- männischer Wei- se eingerrichtet</li> </ul>	<p><b>1. Hauptfall</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>□ Gewerbebetrieb</li> <li>□ <i>nicht</i> nach Art und Umfang in kaufmännische r Weise einzu- richten (Kleinge- werbe)</li> <li>□ Eintragung</li> </ul> <p><b>2. Sonderfall</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>□ Land- und Forst- wirte</li> <li>□ Eintragung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>□ Gewerbe, das nicht unter §1 HGB fällt</li> <li>□ Eintragung  (praktische Bedeu- tung des § 2 HGB (1998) gering)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>□ OHG/KG (§ 6 I i.V.m. §§ 105 I und II, 161 II HGB)</li> <li>□ GmbH (§ 13 III GmbHG)</li> <li>□ AktG (§ 3 AktG)</li> <li>□ Eintragung §§ 123, 161 II HGB; § 11 I GmbHG; § 41 I AktG</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>□ Unternehmen , dessen Firma ins Handels- register einget- ragen ist, <i>gilt</i> als Kaufmann i.S.d. HGB = „Fiktivkaufmann“</li> <li>Eintragung hat konstitutive Wirkung</li> <li>Sonderfall: Ohne Eintragung: Aufreten als Kaufmann oh- ne Kaufmann zu sein = „Scheinkauf- mann“</li> <li>Anwendung des HGB gem. § 5 analog i.V.m. § 242 BGB</li> </ul>

Im Einzelnen:

### 3.1.1 Der „Istkaufmann“

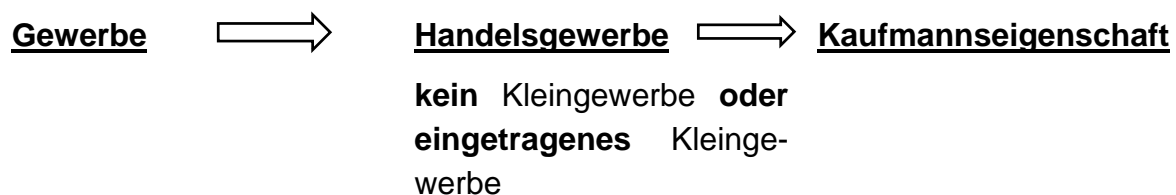
Nach § 1 I HGB *ist* Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt“.

„Betreiber“ eines Handelsgewerbes ist derjenige, in dessen Namen das Gewerbe geführt wird, der mithin aus den abgeschlossenen Verträgen persönlich verpflichtet und berechtigt wird (bei der juristischen Person ist dies die GmbH selbst, nicht aber der Geschäftsführer). Bei OHG/KG ist die Gesellschaft Kaufmann, aber nach h.M. auch der Komplementär.

Zu klären ist des Weiteren, wann von einem „Handelsgewerbe“ gesprochen werden kann.

Ein „**Handelsgewerbe**“ ist nach § 1 II HGB grundsätzlich **jeder Gewerbebetrieb mit Ausnahme** solcher Unternehmen, die nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordern. Dies sind die „**Kleingewerbebetriebe**“.

Kaufmannseigenschaft und Handelsgewerbe bedingen somit einander. Die sachlogische Kette lautet danach:



### 3.1.2 Das Gewerbe

*„Gewerbe“ ist jede äußerlich erkennbare, erlaubte, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer, zum Zwecke der Gewinnerzielung ausgeübte Tätigkeit, die nicht „freier Beruf“ ist.*

(1) „**Selbstständige Tätigkeit**“: Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. hierzu § 84 I 2 HGB, der im Zusammenhang mit dem Handelsvertreter diese Kriterien nennt). Nicht abzustellen ist im Übrigen auf die Einkommensverhältnisse.

Beispiel:

Der Generaldirektor eines Automobilkonzerns ist mangels Selbstständigkeit regelmäßig kein Gewerbetreibender, weil er sich üblicherweise im Angestelltenverhältnis befindet.

- (2) **„Planmäßig und auf gewisse Dauer“:** Die Tätigkeit darf nicht nur gelegentlich betrieben werden, um als Gewerbe anerkannt zu werden.

Beispiele:


Wer einmalig für die Hochzeit eines Freundes die Bewirtung und Organisation gegen Bezahlung übernimmt, ist kein Gewerbetreibender. Erkennt er dies jedoch als Geschäftsidee und beabsichtigt deshalb, einen Partyservice zu eröffnen, wandelt sich seine rechtliche Eigenschaft.

ARGE Bau: Vorübergehender Zusammenschluss mehrerer Bauunternehmer, um z. B. ein Großprojekt zu bewältigen.

- (3) Die Tätigkeit muss **„nach außen hin“** in Erscheinung treten: Die innere, für Dritte nicht erkennbare Absicht genügt nicht für den Gewerbebegriff.

Beispiel:

Kein Gewerbetreibender ist der „heimliche“ Börsenspekulant oder der „stille Teilhaber“ an einem Handelsgewerbe (§ 230 HGB).

- (4) Die Tätigkeit muss mit **„Gewinnerzielungsabsicht“** ausgeübt werden. Wer nur kostendeckend wirtschaftet, sei es aus auch aus karitativen oder sozialen Gründen, betreibt kein Gewerbe. 

Beispiele: Der Betreiber einer „Kleiderkammer“, in welcher Altkleider kostenlos an Bedürftige ausgegeben werden, ist kein Gewerbetreibender.

Nur Verlustbedingte Pferdezucht ist nicht Gewerbe, sondern „Liebhaberei“.

- (5) Die Tätigkeit darf **„nicht wissenschaftlicher, künstlerischer oder freiberuflicher Natur“** sein. Freiberufler sind z. B. Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerprüfer oder Architekten (vgl. hierzu § 1 II Partnerschaftsgesellschafts-Gesetz). Diese Ausnahme rechtfertigt sich heute allein aus historischen Gründen und aus der sozialen Anschauung.

- (6) Ebenso wenig fallen **Land- und Forstwirte** unter den Gewerbebegriff, da für diese Berufsgruppen das HGB in § 3 HGB Sonderregeln aufstellt.
- (7) Ob die Tätigkeit auch „**erlaubt**“ sein muss ist **umstritten**. Nach der traditionellen und wieder zunehmenden Lehre muss die beabsichtigte gewerbliche Tätigkeit den **Abschluss rechtlich wirksamer Verträge zum Gegenstand** haben. Gewerbsmäßiger Wucher, Hehlerei begründen nach dieser Ansicht kein Gewerbe. Bezüglich der Prostitution schlug sich mittlerweile der Wandel in der Gesellschaft und in Aktivitäten des Gesetzgebers nieder, so dass nicht mehr von Sittenwidrigkeit gesprochen werden mag. Jüngstes Beispiel hierfür ist das am 1.12.2000 ergangene Urteil des Berliner Verwaltungsgerichts, welches erstmals die Sittenwidrigkeit des Prostituiertenvertrages verneinte, sofern dieser nicht von Umständen der Begleitkriminalität beeinflusst ist. Am 01.01.2002 trat zudem das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) in Kraft. Das Gesetz beseitigt die Benachteiligung von Prostituierten. Dies erfolgt u. a. durch die Klarstellung, dass das Entgelt für die Dienste der Prostituierten wirksam vereinbart werden kann. Daher wird die Rechtsprechung auch künftig ihre bislang vertretene Auffassung in weiten Teilen überdenken müssen.

Die Gegenansicht bejaht auch bei gesetzeswidriger Tätigkeit ein Gewerbe. Dieser Streit hat jedoch wenig praktische Relevanz. Die Prüfung etwa, ob ein nach § 134 BGB nichtiger Kaufvertrag ein Handelskauf sei, kommt in der Praxis kaum vor.

### 3.1.3 Das Handelsgewerbe

Nicht jedes „Gewerbe“ ist auch ein „Handelsgewerbe“. Fraglich ist somit, ab wann aus einem „Gewerbe“ rechtlich ein „Handelsgewerbe“ wird.

Nach § 1 II HGB ist jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe, **es sei denn, dass das Unternehmen „nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (Kleingewerbe)“**.

Die **Abgrenzung** bereitet der Praxis wie auch dem Studenten häufig **Schwierigkeiten**. Zunächst ist wichtig zu verstehen, was unter „kaufmännischer Einrichtung“ zu verstehen ist. Zur **kaufmännischen Einrichtung** gehört alles, was zur ordentlichen

Abwicklung des Gewerbebetriebs **erforderlich** ist (z.B. Buchführung, kaufmännische Angestellte, Firmenname).

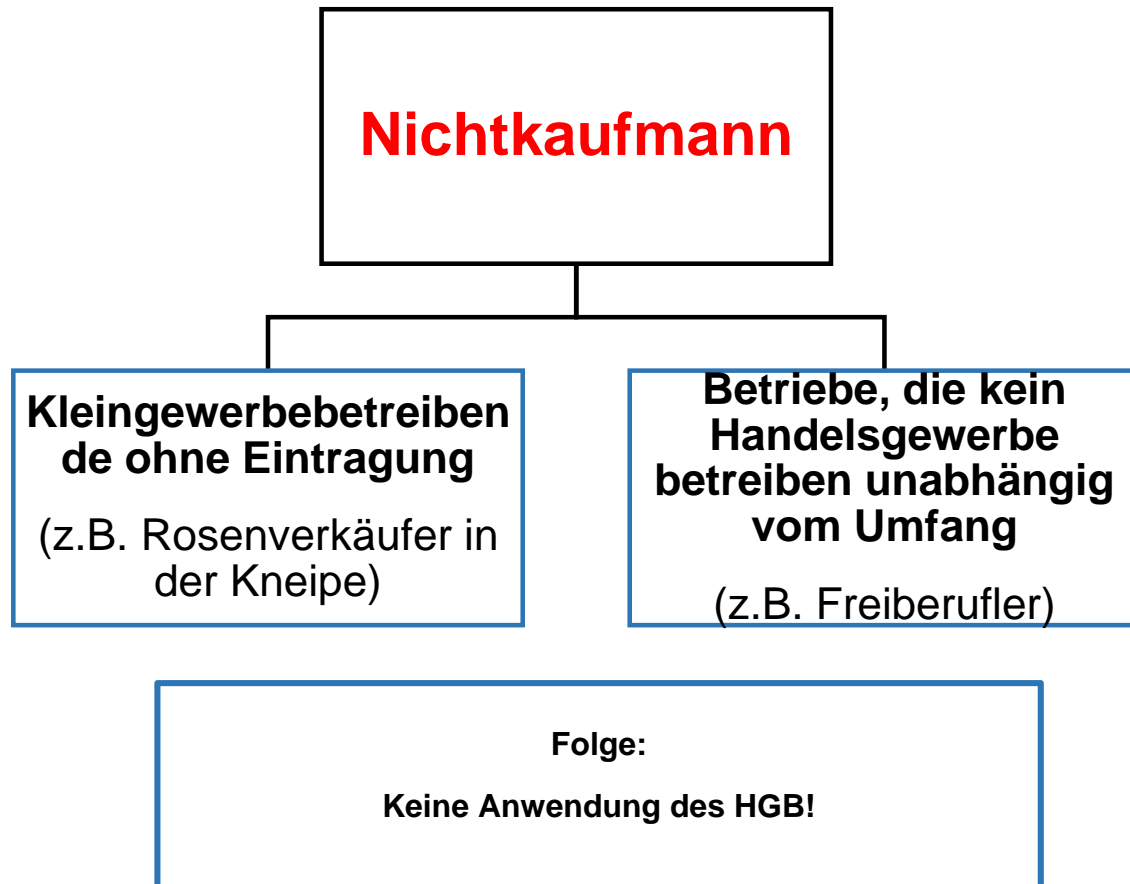
Ob eine solche Einrichtung erforderlich ist, muss **im Einzelfall** auf Grund aller Umstände ermittelt werden. Liegt **beispielsweise** ein Schreinereibetrieb vor, so spricht Einzelanfertigung für ein Kleingewerbe, die Abwicklung von **Großaufträgen, Serienfertigung, Arbeitsteilung und die Beschäftigung von Angestellten** für einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb.

Übersicht: Kriterien, die zur Abgrenzung Gewerbe – Kleingewerbe herangezogen werden können:

Kriterien für „Art“ des Geschäftsbetriebs	Kriterien für „Umfang“ des Gesch.betr.
Komplexität der Geschäftsvorgänge Vielfalt des Geschäftsgegenstandes Bilanzierung Art der betrieblichen Organisation Umfang der Geschäftskorrespondenz Inanspruchnahme von Kreditzahlungen Teilnahme an Scheck-/ Wechselverkehr	Anzahl der Beschäftigten Jahresumsatz Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens Anzahl der Betriebsstätten Größe der Betriebsstätten

Entscheidend ist im Übrigen nicht, ob der Gewerbetreibende „tatsächlich“ einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb führt, sondern ob Art und Umfang es („eigentlich“) erfordern.

## Übersicht: Nichtkaufmann



Der Nichtkaufmann kann als Kaufmann bezeichnet werden. Die dazugehörige Gesellschaftsform ist die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts (GbR).

### 3.1.4 Der „Kannkaufmann“



Gemäß § 2 HGB gilt jedes „im Handelsregister eingetragene“ gewerbliche Unternehmen als Handelsgewerbe, selbst wenn es „nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist“, d.h. auch dann, wenn

es sich um ein **Kleingewerbe** handelt, das nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Der Unternehmer eines Kleingewerbes *kann* somit die Kaufmannseigenschaft nach seinem Willen begründen, wenn der die („konstitutive“) **Eintragung ins Handelsregister** veranlasst. Somit haben auch Kleingewerbebetreibende die Möglichkeit, von den Vorzügen der Kaufmannseigenschaft zu profitieren (beispielsweise kann der Inhaber einer kleinen Werkstatt seinem einzigen Angestellten gem. § 48 HGB Prokura erteilen).



**Land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmen** sowie deren Nebenbetrieben, die nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, wird nach **§ 3 HGB** die Möglichkeit eröffnet, **durch Eintragung ins Handelsregister** die Kaufmannseigenschaft zu erlangen.

### Übersicht: Gewerbebetriebe

§ 1 II HGB <b>Handelsgewerbe</b> (kaufmännisch)	§ 2 HGB - <b>Handelsgewerbe</b> (kaufmännisch)	<div>Eintragung (+)</div> <div>Eintragung (-)</div>
	<b>kein</b> Handelsgewerbe (nicht kaufmännisch)	
<div>Nach Art und Umfang kaufmännischer Betrieb Betrieb <b>erforderlich</b></div>	<div>Nach Art oder Umfang kaufmännischer <b>nicht erforderlich</b></div>	

### Hinweis:

Gehen Sie in die Bibliothek und lesen Sie vertiefend zu dieser Problematik unbedingt:

**Steffen Kögel: „Der nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtete Geschäftsbetrieb – eine unbekannte Größe“ in: DB (Der Betrieb), Heft 36 vom 4.9.1998, S. 1802 ff. !!**

### **3.1.5 Kaufmann kraft Eintragung**

Ist die Firma im Handelsregister eingetragen, *so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft*, nicht geltend gemacht werden, das unter der Firma betriebene Gewerbe sei kein Handelsgewerbe (§ 5 HGB).

### **3.1.6 Die Formkaufleute**

Kaufleute (allein schon) wegen der Rechtsform des Unternehmens sind gem. § 6 HGB die Handelsgesellschaften. Hierzu gehören alle in das Handelsregister einzutragenden Gesellschaften, wie beispielsweise die Offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder die Aktiengesellschaft (AG).

Formkaufmann ist aber nur die Gesellschaft selbst, nicht etwa die Vorstandsmitglieder und die Aktionäre der AG oder die Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Die Komplementäre der OHG und KG dagegen wiederum werden als Kaufleute angesehen.

### **3.1.7 Der Scheinkaufmann gem. § 242 BGB, § 5 HGB analog**

Der Scheinkaufmann ist gewohnheitsrechtlich anerkannt und steht nicht ausdrücklich im HGB. Er ist kein Kaufmann im eigentlichen Sinne, sondern wird lediglich aus Verkehrsschutzgründen als solcher behandelt. Es würde dem Grundanliegen des HGB – zügige Geschäftsabwicklung im Handelsverkehr – widersprechen, müsste der Geschäftspartner die Kaufmannseigenschaft seines Gegenübers jeweils nachprüfen. Nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen muss sich derjenige, der im Rechtsverkehr den Rechtsschein eines Kaufmanns zurechenbar veranlasst, gutgläubigen Dritten gegenüber auch als Kaufmann behandeln lassen.

Beispiel: K betreibt einen kleinen Getränk Laden und ist nicht im Handelsregister eingetragen. Tritt er im Geschäftsverkehr als „K internationaler Getränkegroßhandel Im- und Export“ auf, muss er sich gutgläubigen Geschäftspartnern gegenüber wie ein Kaufmann behandeln lassen.

**Übersicht: Auswirkungen der Kaufmannseigenschaft**

**Auswirkungen der Kaufmannseigenschaft**

Der Kaufmann					
Der Kaufmann führt eine Firma (§§ 17 ff. HGB)	ist zur Buchführung verpflichtet (§§ 238 ff. HGB)	hat spezielle Hilfspersonen (§§ 48 ff. HGB)	unterliegt Regeln über Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB)	wird strenger behandelt als Privatpersonen (z.B. §§ 348 ff., 377 HGB; § 310 BGB nF)	unterliegt zivilprozessualen Sonderregeln (z.B. §§ 29, 38 ZPO)

### 3.1.8 Besprechungsfall: „Elektrohandel Vogel“ (Teil 1)



(nach Münchhausen, Handelsrecht, 1996: "Umsatzrückgang nach Geschäftsübernahme"); Falllösung unter Berücksichtigung der Schuldsrechtsmodernisierung.

#### Sachverhalt:

**Veronika Vogel** ist Inhaberin eines Elektroartikel-Geschäftes, das im Handelsregister unter der Firma. "Elektrohandel Vogel" eingetragen ist. Ab 01.02.2002 verpacktet sie das Geschäft an **Paul Panter**, der es unter der gleichen Firma weiterführt. Diese Änderung der Firmeninhaberschaft wurde zu diesem Zeitpunkt weder im Handelsregister eingetragen, noch bekannt gemacht.

Am 10.02. bestellt Panter bei der **Elektrogroßhandelsfirma Egon Elefant** Waren im Wert von 150.000,- €, die bis zum 15.03. geliefert werden sollten. Im Vertrag war vereinbart "Preise freibleibend" und "Lieferung frei Haus".

**Elefant** übergab die Ware am 06.03. dem **Spediteur Hecht**, der diese am 08.03. bei **Panter** ablieferte. Gleichzeitig erhielt **Panter** eine Rechnung in Höhe von 180.000,- €, nämlich 170.000,- € Kaufpreis für die Ware infolge starker Preissteigerungen in der Elektrobranche seit dem 25.02. und 10.000,- € Transportkosten. Der **Buchhalter des Panter** überwies am 12.03. den gesamten Betrag.

**Elefant** hatte außerdem eine Probesendung von Kleincomputern im Wert von 200.000,- € zur Ansicht zugesandt, mit der Bitte um Rückgabe, falls Panter daran kein Interesse habe. **Panter**, der die Geräte nicht für geeignet hielt, hatte dies **Elefant** umgehend mitgeteilt. Am 25.04. **verlangt Elefant** die Rückgabe der Kleincomputer. **Panter** will die Geräte jedoch nicht zurückgeben, bevor **Elefant** nicht die 30.000,- € erstattet hat, die der Buchhalter nach Panter's Ansicht zu viel gezahlt hat. Gegebenenfalls werde er sich aus den Computern befriedigen.

#### Bearbeitervermerk:

In einem Gutachten ist zu klären, ob **Elefant** von **Panter** die Rückgabe der Kleincomputer fordern kann.

Es ist davon auszugehen, dass im Handelsregister keine außer die Firma betreffenden Eintragungen erfolgten.

### **Lösungsskizze:**

#### **Anspruch des E gegen P auf Herausgabe der Kleincomputer**

1. Vertragliche Ansprüche: E gegen P
2. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB: E gegen P
  - 2.1. Eigentum des E
    - 2.1.1. Ursprünglich: ja
    - 2.1.2. Er könnte sein Eigentum verloren haben durch Übereignung an P: nein
  - 2.2. P ist Besitzer.
  - 2.3. Fraglich ist, ob P ein Recht zum Besitz i.S.v. § 986 BGB zusteht.  
§ 273 BGB: nein, § 273 BGB verlangt Konnexität, hier nicht gegeben.  
§ 369 HGB

#### **Voraussetzungen für § 369 HGB:**

- 2.3.1. Vorliegen eines beidseitigen Handelsgeschäftes
  - 2.3.1.1. „Geschäfte“ i.S.d. § 343 HGB
  - 2.3.1.2. Handelsgeschäfte gem. § 345 HGB  
Dazu müssten E und P Kaufleute i.S.d. HGB sein.

#### **Voraussetzung ist das Betreiben eines Handelsgewerbes:**

- 2.3.1.2.1. Gewerbe
- 2.3.1.2.2. kein Kleingewerbe oder eingetragen
- 2.3.1.2.3. P und E müssten das Gewerbe betreiben
- 2.3.2. P müsste eine fällige Forderung gegen E zustehen. Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 812 I F 1 BGB hinsichtlich den zuviel gezahlten € 30.000,- ergeben:
  - 2.3.2.1. E hat iHV. € 180.000,- eine Forderung gegen seine Bank erlangt.  
(durch die Überweisung des P)
  - 2.3.2.2. durch Leistung des P4
  - 2.3.2.3. Die Leistung des P müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein.  
Hier könnte ein Rechtsgrund in einem Anspruch des E gegen P aus § 433 II BGB liegen. Fraglich ist die Höhe des Anspruchs:
    - 2.3.2.3.1. Klausel "Preise freibleibend" (typische Handelsklausel)

Somit hat E Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von € 170.000,-, so dass die Leistung des P insoweit mit Rechtsgrund erfolgte.

2.3.2.3.2. Fraglich ist der Rechtsgrund bezüglich der Transportkosten (€ 10.000,-)

Klausel "Lieferung frei Haus"

2.3.2.3.3. Somit konnte E im vorliegenden Fall die Transportkosten in Höhe von € 10.000,- nicht von P verlangen. Die Leistung des P erfolgt somit in dieser Höhe ohne Rechtsgrund.

2.3.2.3.4. P hat somit einen fälligen Rückzahlungsanspruch gem. § 812 I 1 F 1 BGB gegen E in Höhe von € 10.000,-.

2.3.3. Diese Forderung müsste P "aus den beiderseitigen Handelsgeschäften" zustehen.

2.3.4. Es müsste sich um einen tauglichen Gegenstand i.S.v. § 369 HGB handeln.

2.3.4.1. Nach § 369 I 1 HGB dürfen nur bewegliche Sachen oder Wertpapiere zurückbehalten werden (hier Kleincomputer).

2.3.4.2. Die Sachen müssen im Eigentum des Schuldners stehen.

2.3.4.3. P müsste den Besitz mit Willen des E aufgrund eines Handelsgeschäftes erlangt haben.

2.3.5. Der Anspruch könnte wegen Rückgabeverpflichtung des P im Fall fehlender Kaufabsicht ausgeschlossen sein:

2.3.5.1. § 369 III HGB erfordert jedoch eine besondere Pflichtübernahme neben der bloßen Herausgabepflicht.

2.3.5.2. Eine solche besondere Verpflichtung liegt hier dagegen nicht vor.

Folglich besteht kein Ausschluss gem. § 369 III HGB. Somit hat P ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 369 HGB, und ist zur Herausgabe nur Zug um Zug gegen Rückzahlung der zuviel gezahlten € 10.000,- verpflichtet. E könnte alternativ die EUR 10.000,- hinterlegen (vgl. § 369 HGB).

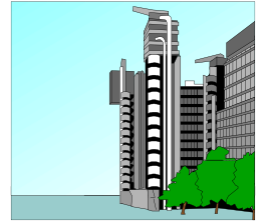
3. Herausgabeanspruch gem. § 812 I 1 F 1 BGB:

3.1. E kann von P die Kleincomputer auch gern. § 812 I 1 F 1 zurückverlangen, da P sie durch Leistung des E ohne Rechtsgrund erlangt hat.

3.2. P kann jedoch auch gegenüber diesem Anspruch sein Zurückbehaltungsrecht gem. § 369 HGB geltend machen.

## 3.2 Grundsätze der Firmenbildung / Firmenfortführung

**Literaturhinweis:** Danne / Keil S. 34 ff; Führich S. 45 ff.



Wenn der Kaufmann in „seine Firma“ geht, so meint er im umgangssprachlichen Sprachgebrauch sein **Unternehmen**. Dies stimmt mit der juristischen Bedeutung des Begriffs „Firma“ nicht überein.

Nach dem Handelsrecht ist **Firma** ausschließlich der „**Name des Kaufmannes im Handelsverkehr**“, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (§ 17 I HGB). Da die Firma den Inhaber des Unternehmens individualisieren soll, muss zum Schutz des Rechtsverkehrs sichergestellt werden, dass die Firma den Unternehmensträger auch zutreffend angibt und nicht über ihn täuscht. Zu diesem Zweck geben die §§ 18 ff HGB zwingende Vorschriften darüber, wie die Firma zu lauten hat.

### 3.2.1 Firmengrundsätze

Es gelten im Einzelnen folgende **Firmengrundsätze**:

- „**Firmenunterscheidbarkeit**“: Die Firma muss zur Kennzeichnung geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 I HGB). Sie muss sich ferner von allen an demselben Ort eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden (notieren Sie sich § 30 I HGB neben § 18 I HGB).
- „**Firmenwahrheit**“: Die Firma darf keine irreführenden Angaben enthalten (§ 18 II HGB). Weiterhin ist ein Rechtsformzusatz erforderlich (§ 19 HGB), z.B. „Meier **KG**“.
- „**Firmenbeständigkeit**“: Die Firma darf in bestimmten Fällen unverändert bestehen bleiben, obwohl sie unrichtig (unwahr) geworden ist (§§ 21, 22 HGB).
- „**Firmeneinheit**“: Ein Kaufmann darf für ein- und dasselbe Unternehmen nur eine Firma führen.
- „**Firmenöffentlichkeit**“: Die Firma muss in der Öffentlichkeit kundgegeben werden. Dem entspricht die Eintragungspflicht ins Handelsregister (§ 29 HGB) und die Veröffentlichungspflicht auf Geschäftsbriefen (§§ 37a, 125a HGB, § 35a GmbHG, § 80 AktG).

## Übersicht: Firmengrundsätze

### Firmengrundsätze

Firmengrundsätze nach dem HRefG				
Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft	Täuschungsverbot	Unterscheidbarkeit (Ausschließlichkeit)	Rechtsformzusatz	Angaben auf Geschäftsbriefen
§ 18 Abs. 1 HGB	§ 18 Abs. 2 HGB	§ 30 HGB	§ 19 HGB	§§ 37a, 125a HGB

Führt jemand eine Firma unberechtigt (z.B. Gebrauch einer unzulässigen Firma), so wird der Schutz der Firma in zweifacher Hinsicht gewährleistet:

- Registerrechtlich durch das Firmenmissbrauchsverfahren nach § 37 I HGB;
- Privatrechtlich durch Ansprüche Dritter (insbesondere aus § 15 MarkenG und § 37 II HGB), die auf Unterlassung klagen können, wenn sie durch den unzulässigen Firmengebrauch in ihren Rechten verletzt werden.

Daneben ist **in der Praxis von besonderer Relevanz**, dass die „Firma“ nur zusammen mit dem „Handelsgeschäft“, für welches sie geführt wird, veräußert werden kann (**§ 23 HGB**). Geschieht dies, so **haftet der Erwerber gem. § 25 I 1 HGB** grundsätzlich für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers. Eine abweichende Vereinbarung zwischen Altinhaber und Neuinhaber entfaltet Wirksamkeit gegenüber Dritten nur dann, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden ist oder dem Dritten direkt mitgeteilt wird (§ 25 II HGB).

Die Haftung des Erwerbers tritt neben die des Altinhabers, der für maximal fünf Jahre als Gesamtschuldner für Altverbindlichkeiten eintreten muss (§ 26 I HGB).

Wird ein zu einem Nachlass gehörendes **Handelsgeschäft von den Erben „fortgeführt“**, so findet auf die **Erbenhaftung** die Regelung des § 25 HGB **gem. § 27 HGB** entsprechende Anwendung. Will der oder die Erben das Handelsgeschäft über die dreimonatige Bedenkfrist fortführen, kann er seine Haftung nur nach Maßgabe von § 25 II HGB auf den Nachlass beschränken (§ 27 I HGB).



Eine **weitere Haftungsnorm** findet sich in **§ 28 I HGB**: Tritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns jemand als persönlich haftender Gesellschafter ein (wodurch eine OHG gem. § 105 I HGB entsteht) oder als Kommanditist ein (dann KG gem. § 161 I HGB), so haftet die neu entstandene Gesellschaft für alle Verbindlichkeiten des ehem. Einzelunternehmers, unabhängig davon, ob sie die frühere Bezeichnung (Firma) fortführt oder nicht. Abweichende Vereinbarungen regelt § 28 II HGB.

Beachten Sie beim Unternehmenskauf auch unbedingt die „Haftungsfälle“ des **§ 613a BGB** und **§ 75 AO**.

### 3.2.2 Übungsfall zu § 25 HGB: „Die Firmenübernahme“ (nachgebildet nach OLG Frankfurt a. M., AZ 20W342/00 in DB: 2001, 1552 f.)



Unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform!

#### Sachverhalt

**Gustav Gans (G)** lieferte am 01.07.02 einen Druckautomaten im Wert von € 50.000,- an die **Druckerei „Easy-Print GmbH“** mit Unternehmenssitz in Deggendorf. G hat die Forderung auf Grund eines vorübergehenden Zahlungsengpasses für ein Jahr gestundet, um die ansonsten guten geschäftlichen Beziehungen nicht zu belasten. Im Laufe der folgenden Zeit verlegte die **„Easy-Print GmbH“** ihren Sitz nach Straubing und ging in Liquidation. Zeitgleich übernahm die Mehrheit der Gesellschafter eine auswärtige GmbH, verlegte deren Sitz nach Deggendorf änderte die Firma die- ser Gesellschaft: Sie firmierte fortan unter der Bezeichnung **„Easy-Print Druckerei- und Verlagsgesellschaft mbH“**. Die neue Gesellschaft führte die Geschäfte der ursprünglichen in den ursprünglichen Büroräumen unter Nutzung der bisherigen Telefon- und Faxnummer sowie des Kundenstammes fort.

Am 04.08.02 hatten die beiden Gesellschaften noch ein Vereinbarung über einen Haftungsausschluss geschlossen. Die Eintragung dieses Haftungsausschlusses wurde dann am 24.08.02 auch beim zuständigen Registergericht angemeldet, jedoch am 01.10.02 wieder zurückgenommen. Am 27.12.02 wurde der Antrag auf Eintragung neu gestellt. Dieser Antrag wurde durch das Registergericht knapp zwei Monate später, am 23.02.03 zurückgewiesen, da die Anmeldung zur Eintragung zum einen nicht in der

*gem. § 12 HGB gebotenen Form vorgenommen wurde, zum anderen es bereits an einer unverzüglichen Anmeldung fehlte, da diese erst am 27.12.02 und damit 4,5 Monate nach dem Abschluss der Vereinbarung erfolgt war. Am 01.07.03 **verlangt G von der „Easy-Print Druckerei- und Verlagsgesellschaft mbH“** Zahlung der Kaufpreisforderung aus dem Vertrag zwischen G und der „Easy-Print GmbH“.*

Zu Recht?

## Lösung:

G könnte gegen die („neue“) „Easy-Print Druckerei- und Verlagsgesellschaft mbH“ einen Anspruch auf Bezahlung von 50.000,- € gem. § 433 II BGB i.V.m. § 25 I 1 HGB haben.

1. Die Kaufpreisforderung des G aus § 433 II BGB ist spätestens mit Lieferung des Druckautomaten an die „Easy-Print GmbH“ gegenüber dieser entstanden.
2. Möglicherweise hat die „Easy-Print Druckerei- und Verlagsgesellschaft mbH“ für diese Kaufpreisforderung nach § 25 I 1 HGB einzustehen.

2.1. Erste Voraussetzung wäre die Fortführung eines unter Lebenden erworbenen Handelsgeschäfts.

2.1.1. Die GmbH gilt nach § 13 III HGB als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches.

**2.1.2.** Die „Easy-Print Druckerei- und Verlagsgesellschaft mbH“ müsste das Handelsgeschäft, die „Easy-Print GmbH“ unter Lebenden erworben haben. Diese Tatbestandsvoraussetzung ist von der Rechtsprechung seit jeher weit ausgelegt worden. Auf die wirksame rechtsgeschäftliche Übertragung soll es demnach nicht entscheidend ankommen, da die vertraglichen Hintergründe für den Rechtsverkehr nicht in Erscheinung treten. Vielmehr soll die gesetzliche Haftung nach § 24 I 1 HGB im Wesentlichen von den nach außen in Erscheinung tretenden, tatsächlichen Umständen abhängen. Dem entsprechend **hat die Rechtsprechung einen Erwerb nicht nur dann angenommen, wenn der zugrunde liegende Vertrag nichtig oder anfechtbar ist, sondern auch dann, wenn es an einer rechtsgeschäftlichen Übertragung des Handelsgeschäfts überhaupt fehlt. Maßgeblich ist hiernach allein, ob eine tatsächliche (faktische), einverständliche Übernahme des Geschäftsbetriebes in ihrem Kern stattgefunden hat.**

So liegt der Fall auch hier: Die Mehrheit der Gesellschafter der ursprünglichen, in Liquidation befindlichen Gesellschaft hat eine auswärtige GmbH übernommen. Diese hat dann ihren Sitz an den Sitz der ursprünglichen GmbH verlegt und die Geschäfte unter Nutzung der bisherigen Telefon- und Faxnummer sowie des Kundenstammes fortgeführt.

Die Gesamtschau dieser Maßnahmen belegt, dass unter bewusster Vermeidung einer einheitlichen Maßnahme eine Fortführung des ursprünglichen Unternehmens im wesentlichen Kern erreicht werden sollte.

- 2.2.** Des weiteren muss das Handelsgeschäft **unter der bisherigen Firma** fortgeführt werden. Dabei ist eine **wort- und buchstabengeheure Übereinstimmung zwischen neuer und alter Firma nicht erforderlich. Entscheidend ist, ob der Geschäftsverkehr die neue Firma noch mit der alten identifiziert.**

Auch diese Voraussetzung ist hier gegeben: Die Fortführung erfolgte unter einer im Wesentlichen gleich lautenden Firma, damit die Änderungen für den Geschäftsverkehr nach außen möglichst wenig in Erscheinung treten. Für den Geschäftsverkehr wurde damit bewusst der Anschein einer Firmen- und Unternehmenskontinuität geschaffen.

- 2.3. Die **Haftung** kann durch Vereinbarung zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer **ausgeschlossen** werden. Gegenüber Dritten wirkt eine solche Vereinbarung aber nur dann, wenn sie **im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden** ist, § 25 II Alt 1 HGB. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Haftungsausschluss gem. § 25 II HGB durch Publizierung im Handelsregister nur dann Außenwirkung entfalten kann, wenn die Eintragung und Bekanntmachung **unverzüglich nach der haftungsbegründenden Firmenübernahme** selbst erfolgen. Deshalb müssen Handelsregistereintragung und Bekanntmachung alsbald nach diesem Wechsel bewirkt werden. Dabei trifft das Risiko einer verzögerten Eintragung und Bekanntmachung den neuen Firmeninhaber, ohne dass es auf dessen Verschulden oder auf ein solches des Registergerichts ankommen kann. Die Eintragung muss demnach versagt werden, wenn offensichtlich ist, dass wegen Zeitablaufs seit dem Wechsel des Unternehmensträgers und der Eintragung und Bekanntmachung ein nach außen wirksamer Haftungsausschluss nicht mehr erreicht werden kann. Ein solcher Haftungsausschluss ist jedenfalls im vorliegenden Fall nicht mehr zu erreichen, da seit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Geschäftsübernahme bereits mehr als zehn Monate verstrichen sind. Damit ist die Haftung nicht nach § 25 II HGB ausgeschlossen.
3. Die „Easy-Print Druckerei- und Verlagsgesellschaft mbH“ haftet nach § 24 I 1 HGB für die im Betrieb der „Easy-Print GmbH“ begründeten Verbindlichkeiten. Die Kaufpreisschuld ist entstanden als letztere noch Inhaberin der Druckerei war.

Ergebnis: G verlangt zu Recht von der „Easy-Print Druckerei- und Verlagsgesellschaft mbH“ Zahlung der Kaufpreisforderung i.H.v. 50.000,-€.

**Übersicht: Haftungsgrundsätze bei Firmenerwerb und Firmeneintritt**

**Haftungsgrundsätze bei Firmenerwerb und Firmeneintritt**

<b>Varianten</b>			
<b>I.</b> Erwerb der Firma eines Einzelkaufmanns D  Haftung nach <b>25 HGB</b>	<b>II.</b> Eintritt in Firma eines Einzelkaufmanns D  Haftung nach <b>§ 28 HGB</b>	<b>III.</b> Eintritt in bestehende OHG/KG D  Haftung nach <b>§§ 130, 128 HGB</b> <b>§§ 173, 171 HGB</b>	<b>IV.</b> Erbschaft der Firma eines Einzelkaufmanns D  Haftung nach <b>§ 27 HGB</b>
§ 613 a BGB und § 75 AO beachten!			

### **3.3 Das Handelsregister**

#### **3.3.1 Die Bedeutung des Handelsregisters**

Zuverlässige Informationen über gegenwärtige oder künftige Geschäftspartner sind im Handelsverkehr Grundvoraussetzung für sachgerechte unternehmerische Entscheidungen. Das Handelsregister, welches bei den Amtsgerichten geführt wird, leistet Gewähr für die notwendige Transparenz im täglichen kaufmännischen Miteinander. Es bietet die Möglichkeit, sich Auskunft über die wichtigsten Rechtsverhältnisse eines Geschäftspartners zu verschaffen, z.B. über Firma, Firmensitz oder Vertretungsverhältnisse.



Die Einsicht ist jedermann, also nicht nur Kaufleuten gestattet (§ 9 HGB).

**Übersicht: Rechtsgrundlagen des Handelsregisters**

**Rechtsgrundlagen des Handelsregisters**

<b>§§ 8 –16 HGB</b>	<b>§§ 125 – 128 FGG</b>
<ul style="list-style-type: none"><li><input type="checkbox"/> Wer führt das HR?</li><li><input type="checkbox"/> Einsichtnahme?</li><li><input type="checkbox"/> Wie erfolgen Eintragungen und Bekanntmachungen?</li><li><input type="checkbox"/> Welche Rechtswirkungen haben die Eintragungen</li></ul>	<p>Verfahren bei:</p> <ul style="list-style-type: none"><li><input type="checkbox"/> Anmeldung</li><li><input type="checkbox"/> Eintragung</li><li><input type="checkbox"/> Bekanntmachung</li></ul>

### 3.3.2 Der Inhalt des Handelsregisters

Das Handelsregister besteht aus zwei Abteilungen:

- In Abteilung A werden Einzelkaufleute sowie die Handelsgesellschaften des HGB (OHG, KG) eingetragen.
- In Abteilung B werden die Kapitalgesellschaften (AG, GmbH u.s.w.) eingetragen.

Den Gegenstand der Eintragung bestimmt das Gesetz. Es unterscheidet zwischen „eintragungspflichtigen“ und „eintragungsfähigen“ Tatsachen.

Zu den „eintragungspflichtigen“ Tatsachen zählen insbesondere:



- Firma und Ort der Handelsniederlassung (§ 29 HGB)
- Änderung und Erlöschen der Firma und Änderungen
- bei den Inhabern und Verlegung der Niederlassung (§ 31 HGB)
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 32 HGB)
- Betrieb einer Handelsgesellschaft (§ 106 HGB, zu den einzelnen Angaben vgl. dort, vgl. § 162 HGB für die Kommanditgesellschaft)
- Auflösung einer Gesellschaft bzw. Ausscheiden einzelner Gesellschafter (§ 143 HGB)
- Erteilung bzw. Erlöschen der Prokura (§ 48 HGB, § 53 III HGB)

**Tipp:** Verweisen Sie sich im Gesetz an § 15 HGB die obengenannten Bestimmungen!

„Eintragungsfähig“ sind Umstände, deren Anmeldung zum Handelsregister im Belieben des Kaufmanns steht. Meistens knüpft das Handelsrecht aber an die Nichteintragung Nachteile für den Kaufmann (vgl. beispielsweise die eintragungsfähige Tatsache des Haftungsausschlusses zwischen Altinhaber und Firmenübernehmer gem. § 25 II HGB, der nur im Falle der Eintragung Rechtswirkung Dritten gegenüber erhält, s.o.).



**Übersicht: Erfordernis und Wirkung der Registereintragung**

**Erfordernis und Wirkung der Registereintragung**

(Beispiel: Kaufmannseigenschaft)

	<b>Istkauf- mann</b>	<b>Kannkauf- mann</b>	<b>Kaufm. kr. Eintr.</b>	<b>Formkauf- mann</b>
<b>Register- anmel- dung</b>	<b>obligato- risch</b>	<b>fakultativ</b>	<b>(-)</b>	<b>obligatorisch</b>
<b>Register- eintra- gung</b>	<b>deklarato- risch</b>	<b>konstitutiv</b>  - 33 -	<b>konstitu- tiv</b>	<b>konstitutiv</b>

### 3.3.3 Rechtswirkungen der Registereintragung – Publizitätswirkung der Registereintragung gem. § 15 HGB

Die Rechtswirkungen der Registereintragung zeigen sich vor allem in deren Publizitätswirkungen gem. § 15 HGB. § 15 HGB ist in der Formulierung wenig geglückt. Die Norm ist kompliziert gefasst und daher schwer verständlich.

Zum besseren Verständnis sollen zunächst drei Fragen vorangestellt werden:

- Kann ein Dritter behaupten, er habe eintragungspflichtige Umstände nicht gekannt, wenn dieselben ordnungsgemäß eingetragen und bekannt gemacht worden sind?
- Kann sich der Kaufmann Dritten gegenüber auf Umstände berufen, zu deren Eintragung er verpflichtet war, wenn Eintragung und Bekanntmachung unterblieben sind?
- Kann ein Dritter sich auf eingetragene und bekannt gemachte Tatsachen verlassen?

Die Antworten hierauf gibt § 15 HGB.

Den Grundsatz formuliert § 15 II HGB.

Ist die Tatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muss sie ein Dritter *gegen* sich gelten lassen. Ein Dritter kann sich beispielsweise nicht mehr darauf berufen, das Erlöschen der Prokura seines Verhandlungspartners nicht gekannt zu haben, wenn diese eingetragen und bekannt gemacht worden ist. Eine Ausnahme formuliert § 15 II 2 HGB. Nur wenn der Vertrag innerhalb von fünfzehn Tagen nach der Bekanntmachung abgeschlossen wird („Schonfrist“), kann der Dritte seine Unkenntnis einwenden, sofern er beweist, dass er die Tatsache weder kannte noch kennen musste. § 15 II HGB wirkt nur *gegen* Dritte. Auf die Frage, ob sich Dritte auf Eintragungen berufen können, gibt § 15 II HGB keine Antwort.

Beispiel:

Scheidet ein Gesellschafter aus einer OHG aus, so ist dies gem. § 143 II HGB im Handelsregister einzutragen. Geschieht dies ordnungsgemäß und schließt der ausgeschiedene Gesellschafter 2 Monate später einen Kaufvertrag namens der OHG mit

einem Dritten, so wird hierdurch die OHG nicht mehr gegenüber dem Dritten verpflichtet.

Während § 15 II HGB an die *erfolgte* Eintragung und Bekanntmachung anknüpft, behandelt § 15 I HGB die Rechtsfolge *fehlender* Eintragung oder Bekanntmachung („negative Publizität“). Das Schweigen des Handelsregisters bewirkt, dass sich derjenige, in dessen Interesse die Eintragung (falls sie erfolgt wäre) liegen würde, auf diese Tatsache nicht berufen kann.

*Beispiel:*

*Wurde das Ausscheiden des Komplementärs (OHG-Gesellschafter) nicht ordnungsgemäß eingetragen, so haftet er für Neuverbindlichkeiten gem. § 128 S. 1 HGB.*

Weder § 15 I noch § 15 II HGB schützen das Vertrauen, dass eingetragene Tatsachen *tatsächlich* vorliegen (sog. „positive Publizität“). Die positive Publizität ergibt sich aus § 15 III HGB. Wird eine einzutragende Tatsache unrichtig bekannt gegeben, so kann sich ein gutgläubiger Dritter auf die Falschbekanntmachung berufen. Die unrichtige Bekanntmachung schafft im Rechtsverkehr einen Vertrauenstatbestand, welcher von § 15 III HGB geschützt wird.

*Beispiel:*

*Wird statt des Ausscheidens des Komplementärs in obiger OHG dessen Eintritt versehentlich bekannt gemacht, so wird dieser „wie ein richtiger Komplementär“ neben der OHG bei Verbindlichkeiten derselben verpflichtet (§ 128 S. 1 HGB).*

**Übersicht: Wirkung der Registereintragung**

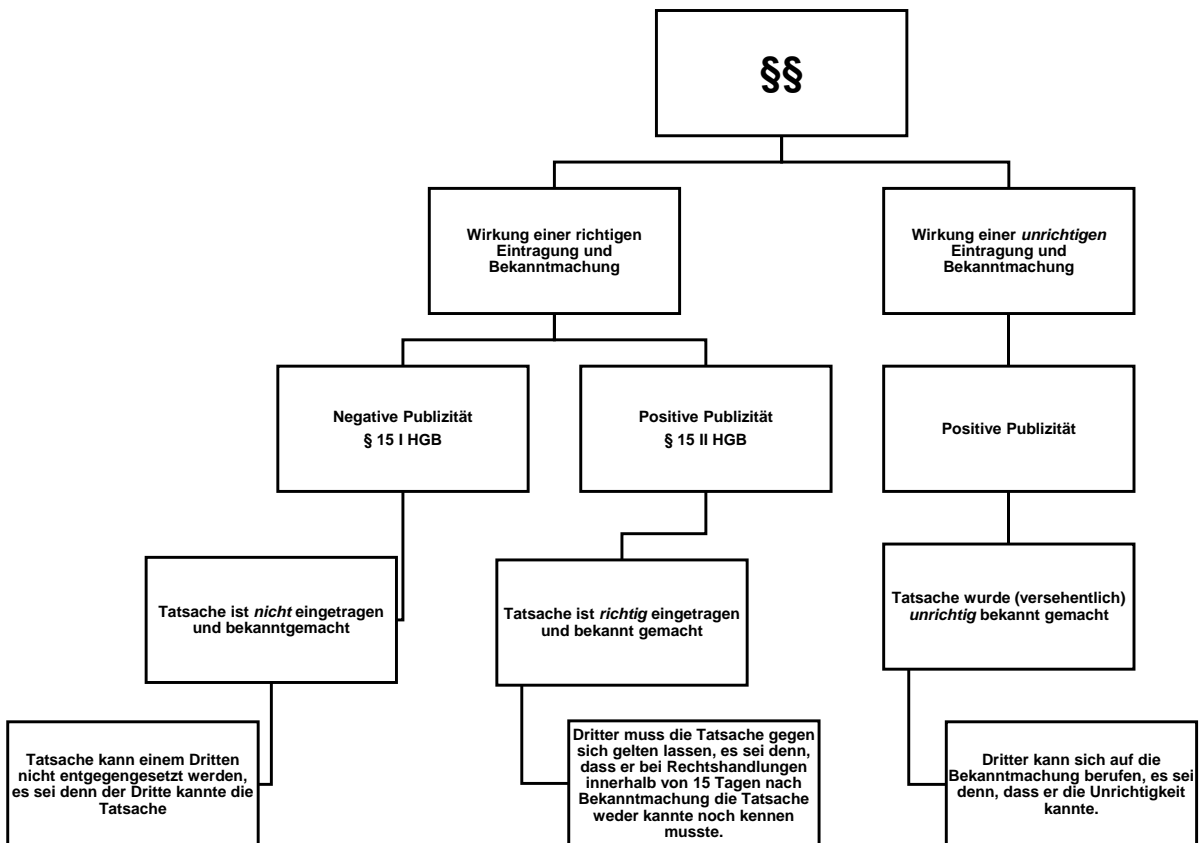
**Wirkung der Registereintragung**

<b>Eintragungen wirken</b>	
<b><i>konstitutiv, z.B.:</i></b>	<b><i>deklaratorisch, z.B.:</i></b>
<ul style="list-style-type: none"><li>□ eingetragenes Kleingewerbe, § 2 HGB</li><li>□ eingetragene Land- oder Forstwirtschaft, § 3 HGB</li><li>□ Haftungsausschlüsse, §§ 25 II, 28 II HGB</li><li>□ GmbH, § 11 GmbHG</li><li>□ AG, § 41 I AktG</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>□ Istkaufmann, § 1 HGB</li><li>□ Änderungen der Firma, § 31 HGB</li><li>□ Erteilung und Erlöschen der Prokura, § 53 I III HGB</li><li>□ Ausscheiden eines OHG- Gesellschafters, § 143 HGB</li></ul>

davon zu unterscheiden: Publizitätswirkung (§ 15 HGB)

## Übersicht: Publizität des Handelsregisters

### Publizität des Handelsregisters





### 3.3.4 Fall zum Handelsrecht: „Bauernhof in Not“:

#### Sachverhalt: Teil 1:

Am 01.06.2002 bestellt der **Bauer Alois Ameise**, Inhaber des Landwirtschaftsbetriebes „Ameisenhof“, zu dem eine große Molkerei gehört, im Handelsregister eingetragen unter der Firma "Ameisenhof: Inhaber Alois Ameise", bei dem **Chemieunternehmen Maus OHG** 100 Säcke Kunstdünger zum Preis von 4.800,-Euro. Er soll diese am 15.06. abholen, hat es sich jedoch mittlerweile anders überlegt und teilt der M-OHG auf deren Anfrage am 16.06. mit, im Augenblick könne er den Kunstdünger noch nicht gebrauchen, er komme evtl. später darauf zurück. Am 20.06. teilt ihm die Maus-OHG mit, sie werde die von Ameise bestellte Ware für ihn versteigern lassen, wenn er sie nicht bis zum 25.06. abgeholt habe. Am 27.06. wurde in der Versteigerung ein Preis von 4.000,- Euro erzielt. Die **Maus-OHG** verlangt nunmehr noch Zahlung von 1.180,- Euro, da ihr im Zusammenhang mit der Versteigerung Unkosten in Höhe von 380,- Euro entstanden seien.

#### Kann die Maus-OHG von Alois Ameise Zahlung von 1.180 Euro verlangen?

##### Teil 2:

In der Folgezeit verschlechtert sich die wirtschaftliche Situation des Hofes zunehmend. Ab Juli ist **Ameises Neffe Bruno Bär**, Jurastudent in München, für 3 Monate zu Besuch. Da für eine ordentliche Düngung der Felder ein größerer Einkauf erforderlich ist, Alois jedoch scheut, weitere Schulden zu machen, beschließt Bruno Bär, mit Jurakenntnissen gewappnet, die Sache in die Hand zu nehmen. Er begibt sich am 05.08. zu der **Chamäleon KG**, gibt sich als Mitinhaber des Ameisenhofes aus, behauptet als solcher im Handelsregister eingetragen zu sein und bestellt 500 Säcke Kunstdünger zu einem Preis von 22.500,- Euro. Nach Ziffer 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der **Chamäleon KG**, die dem Vertrag zugrunde liegen, soll die Lieferung "Preis freibleibend" innerhalb von zwei Monaten erfolgen.

Am 10.09. werden die Säcke geliefert und in einer großen Scheune gelagert. Die Rechnung lautete auf 24.000,- Euro mit dem Hinweis, dass ab 01.09. die Preise um je 3,00 Euro pro Sack gestiegen seien. Erst am 25.09. stellt Alois fest, dass nur 480 Säcke geliefert worden waren, teilt jedoch Bruno hiervon nichts mit. Am 12.10. erhält Bruno ein Mahnschreiben, bis zum 20.10. zu zahlen. Nach Rücksprache mit seinem Onkel überweist Bruno 21.600,- Euro mit der Begründung, wegen der zu geringen Lieferung sei der Kaufpreis auf diese Summe herabzusetzen. Sofern seine Rüge verspätet sei, fechte er sein Schweigen an, da er die rechtliche Bedeutung des Schweigens nicht

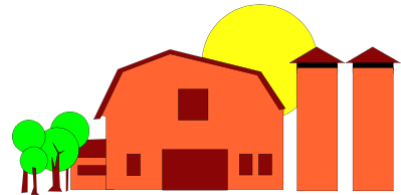
kannte. Die Preissteigerungen dagegen sei unzulässig, die AGB- Klausel verstoße gegen § 309 BGB. **Am 05.11. verlangt die Chamäleon KG von Bruno Zahlung von 2.400 Euro.**

Zu Recht?

### Teil 3:

Die **Firma Chamäleon** teilt Alois außerdem mit, Alois habe noch eine offen stehende Schuld von 33.000,-- Euro und droht, prozessuale Schritte einzuleiten. **Bruno** ruft daraufhin am 07.11. bei der **Chamäleon KG** an, meint die Zahlungsforderung vom 05.11. sei wohl unbegründet, doch verbürge er sich selbstschuldnerisch für die Forderung gegen seinen Onkel in Unkenntnis der Rechtslage meint Bruno, ihm könne nichts passieren.

In einem Gutachten ist zu klären, **ob die Chamäleon KG aus der Bürgschaft gegen Bruno vorgehen kann.** Hierbei ist davon auszugehen, dass der Ameisenhof nach Art und Umfang einen in kauf- männischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erforderte.



## **Lösungsskizze:**

### **Teil 1:**

**Kann die Maus-OHG von Alois Ameise Zahlung von 1.180 Euro verlangen kann?**

#### **1. Zahlungsanspruch der M-OHG gegen A gem. § 433 II BGB:**

Fraglich ist, ob die M-OHG gegen A einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von EUR 1180,- hat.

**1.1.** Abschluss des Kaufvertrages am 01.06. i.H.v. EUR 4.800,-.

**1.2.** Fraglich ist, ob der Anspruch z. T. durch Aufrechnung der M-OHG gegen einen Anspruch des A auf Herausgabe des Versteigerungserlöses gem. § 389 BGB wieder erloschen ist:

**1.2.1.** Aufrechnungslage:

**1.2.1.1.** Gegenseitigkeit der Ansprüche

**1.2.1.2.** Beide Ansprüche sind gleichartig

**1.2.1.3.** Die M-OHG hat eine fällige und einredefreie Aktivforderung i.H.v. EUR 4.800,-.

**1.2.1.4.** A müsste eine erfüllbare Passivforderung zustehen; sie könnte sich aus § 667 BGB i.V.m. § 373 HGB als einem Anspruch des A auf Herausgabe des Versteigerungserlöses ergeben.

**1.2.1.4.1.** Zu prüfen ist, ob ein wirksamer Selbsthilfeverkauf gem. § 373 HGB erfolgt ist.

Voraussetzung: Vorliegen eines Handelskaufes, zumindest auf Seiten einer Partei von einem Kaufmann geschlossen (§§ 343, 345 HGB).

Die M-OHG könnte eine Handelsgesellschaft i. S. v. § 105 I HGB sein, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt.

Voraussetzung:

- Gewerbe
- Kein Kleingewerbe (§§ 1, 2 HGB)
- Oder (konstitutiv) eingetragen (wird unterstellt)

gem. § 345 HGB kommt es somit auf die Kaufmannseigenschaft des A nicht an, dass § 373 HGB keinen beiderseitigen Handelskauf erfordert.

A musste im Annahmeverzug i.S.d. §§ 293 ff BGB gewesen sein: erfüllbarer Anspruch aus § 433 I BGB

Angebot der M-OHG

Hier: gem. § 296 BGB entbehrlich, da für die Abholung der 15.06. als Termin bestimmt; die M-OHG war zur Lieferung bereit



Studiengang: Betriebswirtschaft

und im Stande; A hat die Ware nicht angenommen; die M-OHG dürfte somit gem. § 373 II HGB die Ware nach vorheriger Androhung versteigern lassen. Im Unterschied zu § 383 BGB kann jede Ware (also auch eine hinterlegungsfähige) an jedem geeigneten Ort (also nicht nur am Leistungsort) verkauft werden. Zwar hätte gem. § 373 V HGB auch eine Benachrichtigung von Ort und Zeit der Versteigerung erfolgen müssen. Da dies jedoch keine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt, kann dieses Unterlassen allenfalls Schadensersatzansprüche des A gegen die M-OHG begründen, unwirksam wird die Versteigerung dadurch aber nicht. Gleiches gilt für die unverzügliche Benachrichtigung von der Durchführung.

1.2.1.4.2. Rechtsfolge:

- Liegt ein wirksamer Selbsthilfeverkauf vor, so hat nach h.M. der Verkäufer wie ein Beauftragter des Käufers gehandelt. Dies ergibt sich aus § 373 III HGB.
- Der Verkäufer ist somit gem. § 667 BGB zur Herausgabe des Erlöses verpflichtet (seine Lieferschuld ist damit erloschen).

Somit steht A eine erfüllbare Passivforderung zu, so dass eine Aufrechnungslage vorliegt.

1.2.2. Die Aufrechnung ist konkludent erklärt worden (§ 388 S. 1 BGB).

1.2.3. Somit ist die Kaufpreisforderung gem. § 389 BGB in Höhe von EUR 4.000,- erloschen.

1.3. Die M-OHG hat damit gem. § 433 II BGB noch einen Restanspruch in Höhe von EUR 800,-.

**2. Die M-OHG könnte außerdem einen Anspruch auf Erstattung der Versteigerungskosten gem. § 670 BGB haben:**

Da sie wie ein Beauftragter gehandelt hat, kann sie gem. § 670 BGB ihre Unkosten in Höhe von EUR 380,- als Aufwendung ersetzt verlangen.

**Teil 2:**

**Anspruch der C KG gegen B auf Zahlung von EUR 2.400**

**1. Anspruch auf Zahlung i.H.v. EUR 900,- (20 Säcke à EUR 45,-) gem. § 433 II BGB**

1.1. Der Anspruch ist durch Abschluss des Kaufvertrages am 05.08. i.H.v. EUR 22.500,- entstanden.

1.2. Der Anspruch ist durch die Überweisung des B i.H.v. EUR 21.600,- erloschen (§ 362 I BGB).

1.3. Fraglich ist, ob B bzgl. des Restes der EUR 900,- infolge der zu geringen Lieferung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages i.S.d. § 320 BGB gegenüber dem Zahlungsverlangen zusteht.

1.3.1. Geltung der §§ 320 ff BGB; **Achtung:** Änderung durch die Schuldrechtsreform: früher Lösung unter §§ 320 BGB, 377, 378 HGB; jetzt ist Zuweniglieferrung generell (nicht nur bei Handelsgeschäften) wie eine mangelhafte Lieferung zu behandeln. B könnte also Nacherfüllung (=hier Restlieferung) verlangen und bis zur Erfüllung § 320 BGB einwenden. Voraussetzung wäre aber als handelsrechtliche Besonderheit eine Rüge nach § 377 HGB.

1.3.2. Ausschluss gem. § 377 II HGB:

1.3.2.1. Hierfür müsste zunächst ein beiderseitige Handelsgeschäft vorliegen:

Die C-KG betreibt ein Handelsgewerbe

Fraglich ist die Kaufmannseigenschaft des B: Da B nicht Mitinhaber des Landwirtschaftsbetriebes ist und auch nicht im Handelsregister eingetragen ist, scheidet eine Kaufmannseigenschaft gem. §§ 3 bzw. 5 HGB aus. B könnte jedoch infolge seines Auftretens als sog. Scheinkaufmann anzusehen sein.

Wer im Rechtsverkehr als Inhaber oder Mitinhaber eines Kaufmannsunternehmer auftritt, muss sich nach Treue und Glauben im Geschäftsverkehr gegenüber Gutgläubigen so behandeln lassen als wäre er Kaufmann.

### **Voraussetzung hierfür ist:**

- Objektiver Rechtsscheintatbestand:

Hier ist B als Mitinhaber eines Landwirtschaftsbetriebes aufgetreten und hat behauptet, im Handelsregister eingetragen gewesen zu sein. Er könnte somit den Rechtsscheintatbestand eines Kannkaufmanns i.S.v. §§ 3 II i.V.m. 2 HGB gesetzt haben. Sofern seine Angaben zutrafen, wäre er Mitinhaber einer OHG (mehrere Personen betreiben ein Handelsgewerbe, hier Landwirtschaft, ins HRG eingetragen), also Komplementär und damit Kaufmann.

- Zurechenbarkeit des Rechtsscheintatbestandes:

Der gesetzte Rechtsschein ist dem zurechenbar, der ihn (durch Tun und Unterlassen) gesetzt hat. Hier hat B bewusst gehandelt.

Schutzbedürftigkeit des Dritten: setzt dessen Gutgläubigkeit voraus.

- Somit sind die Voraussetzungen eines Scheinkaufmanns erfüllt und folglich liegt ein beiderseitiges Handelsgeschäft vor.

- Ablieferung der Ware ist erfolgt.
- Mangelhaftigkeit der Kaufsache i.S.d. § 377 HGB:  
Nach der Schuldrechtsreform ist die Zuweniglieferung- oder aliud- Lieferung generell einem Mangel gleichzustellen.
- Kein Ausschluss der Rügeobliegenheit:  
Hier liegt keine Abbedingung vor.  
Ebensowenig entfällt die Rügeobliegenheit bei arglistigem Ver- schweigen (§ 377 V HGB). Auch dafür besteht hier kein Anhalt- spunkt.  
Somit ist die Rügeobliegenheit nicht ausgeschlossen.
- Verletzung der Rügeobliegenheit:  
Entscheidend für die Wahrung der Rechte des Käufer ist die unverzügliche Mängelanzeige. Für die Rechtzeitigkeit der Rüge ist zu un- terscheiden:

Sofort durch Untersuchung feststellbare Mängel sind unverzüg- lich nach der Ablieferung zur rügen

Nicht sofort feststellbare (versteckte) Mängel sind unverzüglich nach der Entdeckung zu rügen.

Hier hat B die Lieferung überhaupt nicht untersucht und daher auch nicht gerügt.

- Anfechtung der unterlassenen Rüge:  
Hier fehlt es an einem Anfechtungsgrund. Der Irrtum über die rechtliche Bedeutung, sog. Schlüssigkeitsirrtum, ist unbeachtlich.
- Rechtsfolge:  
Nach h.M. hat der Käufer infolgedessen auch den vollen Kaufpreis zu bezahlen.

Etwas anderes ist nach § 242 BGB nur dann geboten, wenn es sich um eine offene Minderlieferung handelt, die z. B. aus dem Lieferschein oder der Rechnung ersichtlich ist. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

1.4. Ergebnis: B hat somit keinen Anspruch auf eine Herabsetzung des Kaufpreises.  
Der Anspruch in Höhe von 900,- Euro ist begründet.

## **2. Anspruch auf Zahlung der 1.500,- EUR (Preissteigerung)**

Der Anspruch könnte sich aus § 433 II BGB i.V.m. Ziff. 5 d AGB ergeben.

2.1. Die Ziff. 5 der AGB beinhaltet gem. § 346 HGB einen Preisänderungsvorbe- halt.

2.2. Fraglich ist, ob eine wirksame Einigung über den Preisänderungsvorbehalt besteht.

2.2.1. Hinsichtlich der Einigung ist (hier durch Einbeziehung der AGB) zu beachten, dass § 305 II, III BGB nF gem. § 310 I BGB nF unter Unternehmer nicht zur Anwendung kommt.

Voraussetzung ist vielmehr eine rechtsgeschäftliche Einigung i.S.d. § 145 ff BGB, die allerdings auch ohne Beifügung der AGB möglich ist.

2.2.2. Fraglich ist die Wirksamkeit der Klausel aufgrund der Inhaltskontrolle gem. der §§ 307 ff BGB nF.

2.2.2.1. Eine Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 1 BGB scheidet aus, da § 309 BGB ebenfalls gem. § 310 I BGB nicht anwendbar ist. Ein Hinweis auf die AGB ist auch im unternehmerischen Verkehr erforderlich.

2.2.2.2. Die Klausel ist aber anhand der auch unter Kaufleuten geltenden Generalklausel des § 307 BGB nF zu prüfen. Eine solche Preissteigerungsklausel ist im Handelsverkehr gerade üblich und daher nicht gem. § 307 BGB unwirksam.

2.3. Ergebnis: C hat somit Anspruch auf Zahlung von 1.500,- EUR.

### **Teil 3:**

#### **Bürgschaftsverpflichtung des B gem. § 765 BGB:**

##### **1. Entstanden:**

1.1. Eine Einigung iSv. § 765 BGB liegt vor.

1.2. In Betracht kommt das Wirksamkeitshindernis gem. § 125 BGB, da die Schriftform nicht gewahrt wurde (§ 766 BGB)

Fraglich ist jedoch, ob die Vorschrift des § 766 BGB aufgrund der Kaufmannseigenschaft gem. § 350 HGB keine Anwendung findet.

Nach hM soll der Vertrauensschutz im Rechtsverkehr Vorrang haben, so dass § 350 HGB auch auf Scheinkaufleute Anwendung findet.

1.3. Die der Bürgschaft zugrundeliegende Forderung der gegen C gegen A i.H.v. 33.000,- EUR besteht ebenfalls.

##### **2. Kein Erlöschensgrund gem. §§ 767, 776, 777 BGB**

##### **3. Keine Einreden**

Wegen § 773 I Nr. 1 BGB besteht auch keine Einrede gem. § 771 BGB, somit kommt es auf die Anwendbarkeit des § 349 nicht an.

**4. Ergebnis: C kann somit gem. § 765 BGB von B Zahlung von 33.000,- Euro verlangen.**

## 4 Auffrischung: Willenserklärung und Rechtsgeschäft

### 4.1 Der Grundsatz der Vertragsfreiheit

Ausdruck der freien Persönlichkeitsentfaltung und der Handlungsfreiheit in Art. 2 GG im Bürgerlichen und im Handelsrecht der **Grundsatz der Vertragsfreiheit**. Sie ist das Hauptelement des Grundsatzes der **Privatautonomie**, d. h. jede natürliche und juristische Person kann ihre Rechtsbeziehungen zu einer anderen Person durch Abgabe von Erklärungen grundsätzlich frei regeln.



Die Vertragsfreiheit besteht aus der

#### **Abschlussfreiheit:**

also die freie Wahl, ob überhaupt und mit wem ein Vertrag geschlossen wird.

#### **Inhaltsfreiheit:**

über was ein Vertrag geschlossen wird.

#### **Formfreiheit:**

in welcher Art und Weise, also wie ein Vertrag geschlossen wird.

Da die **Vertragsfreiheit nicht grenzenlos** ist, gibt es ebenso Grenzen bei der

- **Abschlussfreiheit:**  
So unterliegen beispielsweise Monopolunternehmen (Bundesbahn, Post, Strom-, Wasserversorgungsunternehmen) und marktbeherrschende Unternehmen (Unternehmen mit mehr als 33 1/3 % Marktanteil) einem Abschlusszwang.
- **Inhaltsfreiheit:**  
Gewisse Vertragsinhalte lassen sich in unserer Rechtsordnung nicht wirksam vereinbaren. So ist z. B. der Tausch eines Menschen gegen eine Sache - wie es in anderen Rechtsordnungen möglich ist - unwirksam, da der Schutz der Menschenwürde des Betroffenen gegen einen derartigen Vertragsinhalt steht. Weiterhin schreiben gesetzliche Bestimmungen ganz bestimmte Vertragsinhalte vor, die einzuhalten sind, um den wirtschaftlich schwächeren Vertragspartner, wie z. B. den Abzahlungskäufer, den Wohnraummieter oder den Arbeitnehmer, zu schützen.

- Formfreiheit:

Grundsätzlich steht es den Vertragsparteien frei, in welcher Form sie einen Vertrag schließen wollen. Verträge können formlos, also mündlich geschlossen werden.

Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, z. B. Schriftform bei Abzahlungsverträgen, Berufsausbildungsverträgen, Kündigungen und Aufhebungsverträgen im Arbeitsrecht, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

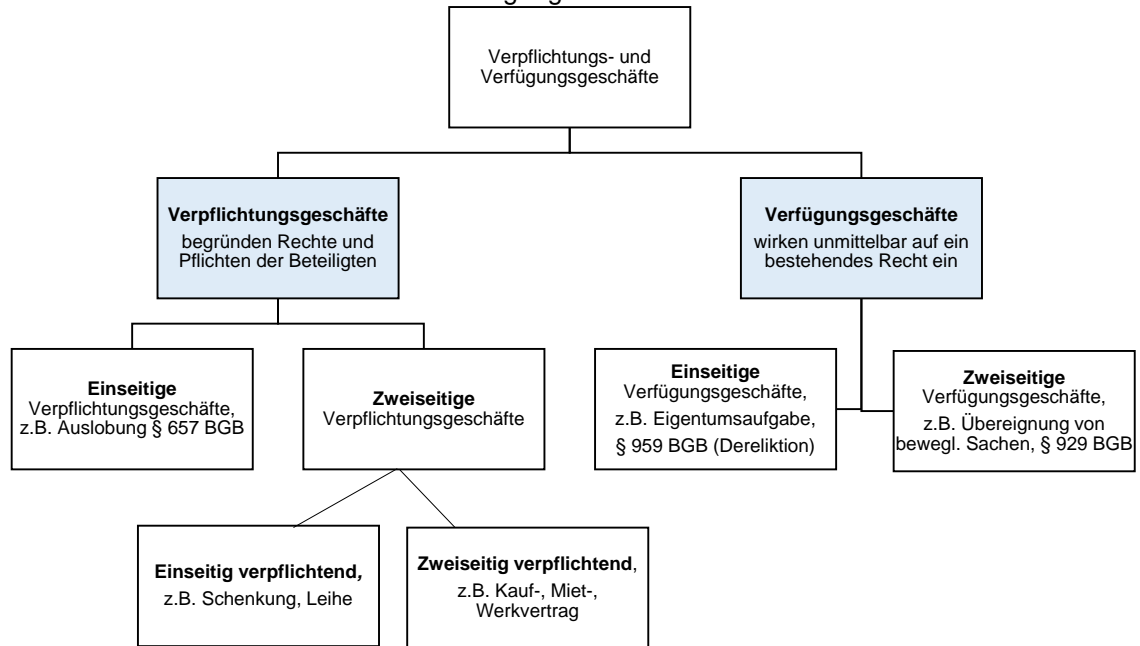
## 4.2 Rechtsgeschäfte

Das Mittel zur Realisierung dieser Privatautonomie ist das **Rechtsgeschäft**. Liegt ein Tatbestand vor, bei dem eine Rechtsfolge durch eine oder mehrere zweckgerichtete Willenserklärungen, sowie durch sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen herbeigeführt wird, dann spricht man von einem **Rechtsgeschäft**. Jedes Rechtsgeschäft besteht dabei aus mindestens einer, meist aber aus zwei oder mehreren Willenserklärungen, die eine Rechtsfolge herbeiführen, weil sie gewollt ist.

Man unterscheidet Rechtsgeschäfte nach verschiedenen Kriterien:

### Übersicht: Arten der Rechtsgeschäfte:

Technische Hochschule Deggendorf:  
Vorlesung Prof. Dr. Josef Scherer  
Studiengang: Betriebswirtschaft



#### 4.3 Willenserklärungen und kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Ein Vertrag kommt durch **zwei übereinstimmende Willenserklärungen** der Vertragsparteien zustande. Diese Willenserklärungen heißen in der Terminologie des BGB „**Antrag**“ bzw. „**Angebot**“ (§ 145 BGB) und „**Annahme**“ (§ 147 BGB). Grundvoraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrages ist die



Übereinstimmung von Antrag und Annahme, man spricht hierbei von „**Einigung**“.

##### Übersicht: Angebot und Annahme

Ein Angebot liegt nur vor, wenn es an eine bestimmte Person gerichtet und so genau ist, dass der potentielle Vertragspartner nur mit JA oder einem gleichbedeutenden Wort antworten könnte.

Annahme eines Angebots erfolgt durch JA oder ein gleiches Wort.

Die Willenserklärung kann ausdrücklich geschehen, aber auch durch schlüssiges („konkludentes“) Handeln, zum Beispiel durch Kopfnicken oder Münzeinwurf in einen Automaten. Ist der Inhalt der Erklärung nicht eindeutig, so muss sie ausgelegt werden. Hierbei ist der wirkliche Wille zu erforschen, und zwar so, wie der Empfänger der Willenserklärung sie verstehen durfte (Auslegung vom Empfängerhorizont).

Um die Qualität einer Willenserklärung zu erreichen, muss vom subjektiven Tatbestand her zunächst ein „Handlungswille“ vorliegen. Dieser fehlt z.B. bei Worten im Schlaf oder Hypnose. Des weiteren muss der die Willensäußerung Tätigende das

„Erklärungsbewusstsein“ haben, irgend etwas rechtlich Erhebliches zu erklären. Dies fehlt z.B. beim Handheben in einer Versteigerung, um einen Freund zu grüßen. In einem solchen Fall liegt bei Vorliegen eines potentiellen Erklärungsbewusstseins zwar eine Willenserklärung vor, diese ist jedoch u. U. anfechtbar. Nicht zwingend erforderlich ist der „Geschäftswille“, d.h. der Wille, eine ganz bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen. Stimmen Erklärung und Geschäftswille nicht überein, so liegt dennoch eine Willenserklärung vor. Der Erklärende kann aber unter den Voraussetzungen der §§ 119 ff. BGB u.U. die zunächst gültige Willenserklärung anfechten.



Kein Angebot ist die bloße „Aufforderung zum Angebot“ (invitatio ad offerendum).  
Hierbei wird kein bindendes Angebot abgegeben, vielmehr sollen andere zur Abgabe

entsprechender Angebote aufgefordert werden (z.B. Preislisten, Schaufensterdekorationen, Warenautomaten).

Der Anbietende ist an sein Angebot gebunden, es sei denn, er hat die Bindung der Erklärung ausgeschlossen (durch Klauseln wie „sine obligo“ o.ä.). Das Angebot erlischt mit der Ablehnung desselben (§ 146 BGB) oder wenn die Annahmefrist überschritten wird.



Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden:

- Wurde die Annahmefrist ausdrücklich bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb dieser Frist erfolgen (§ 148 BGB).
- Ein mündliches Angebot unter Anwesenden kann nur sofort angenommen werden (§ 147 I BGB).
- Ein Angebot unter Abwesenden kann nur so lange angenommen werden, wie der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte (§ 147 II BGB).

Eine Einigung liegt dann vor, wenn das Angebot ohne Modifizierungen angenommen wird. Eine verspätete Annahmeerklärung, Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gelten als Ablehnung verbunden mit einem neuen Angebot (§ 150 BGB).

Schweigen bedeutet im Rechtsverkehr weder Zustimmung noch Ablehnung („Schweigen als rechtliches nullum“). Zu diesem Grundsatz bestehen zahlreiche Ausnahmen, insbesondere im Handelsrecht. So genanntes „beredtes Schweigen“ liegt beispielsweise vor:

- Nach § 362 Handelsgesetzbuch (HGB), wonach Schweigen als Annahme gilt.
- Im Handelsverkehr besteht die Übung, bereits verbindliche Geschäfte durch „**kaufmännisches Bestätigungsschreiben**“ zu bestätigen. Bei abweichender Bestätigung gilt das Geschäft mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens, wenn der Empfänger nicht unverzüglich widerspricht.

### **Kaufmännisches Bestätigungsschreiben**

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben wiederholt aus Beweisgründen die wesentlichen Punkte eines bereits mündlich geschlossenen Vertrages.

### **Der Beweis des Zugangs einer Sendung**

Der Absender eines Bestätigungsschreibens muss allerdings in der Lage sein, den Beweis zu erbringen, dass der Empfänger das Schreiben auch wirklich erhalten hat. Einschreibesendungen sind nur bedingt geeignet. Holt der Empfänger eine Einschreibesendung erst gar nicht ab, gilt sie grundsätzlich als nicht zugegangen.

Besser eignet sich die Zustellung durch einen Zeugen. Wirft dieser den Brief in den Briefkasten des Empfängers, gilt der Inhalt des Schreibens zum Zeitpunkt der normalen Postzustellung als zugegangen.

Der Zeuge sollte eine Kopie des Schreibens und einen Vermerk, dass er das Original zugestellt hat durch Einwurf in den Briefkasten/Übergabe etc. anfertigen und mit Datum, Unterschrift und Angabe seiner Adresse unterzeichnen/dokumentieren!

#### *Beispiel*

*Wird ein Brief um 22 Uhr in den Briefkasten einer Firma eingeworfen, wird er so behandelt, als wäre er mit der Post des nächsten Tages zugestellt worden.*

**Übersicht: Kaufmännisches Bestätigungsschreiben – Auftragsbestätigung**

<b><u>Das Kaufmännische Bestätigungsschreiben (KBS)</u></b>	<b><u>Auftragsbestätigung</u></b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Empfänger ist Kaufmann oder nimmt zu- mindest wie ein solcher am Rechtsverkehr teil</li> <li>- bzgl. Absender geringere Anforderungen als Empfänger</li> <li>- Vorausgegangene (meist mündliche) <u>Vertragsverhandlungen</u> und <u>diesbezügliche Einigung!</u></li> <li>- Unmittelbar darauf abgeschicktes Bestäti- gungsschreiben (Schreiben enthält alle wesentlichen Punk- te des bereits mündlich geschlossenen Vertrages)</li> <li>- Zugang des Schreibens (Beweisproblem: Einschreiben nur bedingt geeignet!, besser Zustellung durch Zeugen, Uhrzeit!)</li> <li>- Genehmigungsfähigkeit des Inhalts</li> <li>- Redlichkeit des Absenders</li> <li>- Schweigen des Empfängers</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- In Praxis überwiegend als Reaktion auf bereits mündlich <u>geschlossenen Vertrag</u></li> <li>- Beweismittel</li> <li>- Möglich auch als schriftliche Annahme eines Angebots</li> </ul>

## **Die „Abgabe“ und der „Zugang“ der Willenserklärung (zur Wiederholung!)**

Jede Willenserklärung wird nicht schon mit ihrer Formulierung wirksam, sondern erst dann, wenn der Erklärende sie

- abgegeben hat und (bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen)
- sie dem Empfänger zugegangen ist.

Empfangsbedürftig sind alle Erklärungen, die an einen Empfänger gerichtet sind; dies ist die große Mehrzahl der Willenserklärungen (z.B. Angebot, Annahme, Anfechtungserklärung, Kündigung). Nur einige wenige Willenserklärungen sind nicht empfangsbedürftig, etwa die Auslobung (§ 657 BGB) oder die Eigentumsaufgabe (§ 959 BGB).

### Die Abgabe der Willenserklärung

Mit der Abgabe der Willenserklärung wird diese rechtlich existent. Von einer Abgabe spricht man dann, wenn die Erklärung vom Erklärenden willentlich so in den Verkehr gebracht wird, dass ohne sein weiteres Zutun der Zugang der Erklärung eintreten kann.

Beispiel:

V hat in seinem Büro für K ein längeres Kaufvertragsangebot ausformuliert. Am Abend legt er dieses Schreiben auf seinen Schreibtisch, um es am nächsten Tag noch mal in Ruhe zu überdenken, ehe er es dem K zur Unterschrift vorlegen will. V verlässt das Büro. Seine Putzfrau sieht das Schreiben und will dem V einen Gefallen tun, indem sie es an den K schickt. Ist der Vertrag zustande gekommen, wenn K erklärt, er sei „mit dem Angebot einverstanden“?



Ein Vertrag kommt zustande durch zwei wirksame übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145, 147 BGB). Fraglich ist, ob V ein wirksames Angebot abgegeben hat. Die Abgabe setzt voraus, dass die Erklärung willentlich so in den Geschäftsverkehr gelangt ist, dass ohne Zutun des Abgebenden der Zugang der Erklärung eintreten kann. Dies ist vorliegend nicht der Fall, vielmehr liegt eine „abhanden gekommene“ Willenserklärung vor. Mangels Abgabe ist das Angebot somit nicht wirksam geworden, ein Vertrag ist somit nicht zustande gekommen.

### Der Zugang der Willenserklärung

Unter Anwesenden ist eine schriftliche Erklärung zugegangen, wenn der Erklärende dem Empfänger das Schriftstück übergibt, bei mündlichen Erklärungen unter Anwesenden (hierunter zählt auch telefonisch!) liegt Zugang vor, wenn der Erklärende damit rechnen durfte, dass der Empfänger sie in der zutreffenden Weise vernommen hat (vgl. § 130 BGB). Erklärungen unter Abwesenden sind dann zugegangen, wenn sie so in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt sind, dass dieser sich bei normaler Gestaltung der Lebensverhältnisse Kenntnis vom Erklärungsinhalt verschaffen kann, und die Kenntnisnahme nach den Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs auch zu erwarten ist (§ 130 I BGB).



Verhindert der Empfänger schuldhaft den Zugang (z.B. Zukleben des Briefkastens), so ist er so zu behandeln, als sei die Erklärung zugegangen.

#### 4.4 Problem Online-Verträge: Vertragsschluss und Zugang bei elektronischen Willenserklärungen

##### *Vertragsschluss*



Ein Vertrag kommt durch **zwei übereinstimmende Willenserklärungen** rechts- und geschäftsfähiger Rechtssubjekte zustande.

Willenserklärungen per E-mail oder Mausklick sind heute unstreitig als Erklärungen menschlichen Willens anerkannt. Die gilt nach herrschender Auffassung nicht nur, wenn der Computer lediglich zur technischen Übermittlung eingesetzt wird, sondern auch, wenn automatisierte Erklärungen abgegeben werden, die aufgrund einer entsprechenden Programmierung selbständig durch den Rechner erstellt und übermittelt werden. Da der Computer nur das ausführen kann, was durch menschlichen Willen einprogrammiert worden ist, wird der Wille zur Abgabe der Erklärung in der Programmierung gesehen.

Wann ein **Angebot** zum Vertragsschluss im Sinne von § 145 BGB und dessen **Annahme** gemäß § 147 BGB vorliegen, muss auch bei Internet-Geschäften im Einzelfall festgestellt werden. Ob das Anbieten von Leistungen auf einer Website schon ein Angebot zu einem Vertrag oder nur eine **invitatio ad offerendum**, also eine Aufforderung, ein Angebot zu machen, zu verstehen ist, hängt davon ab, ob der User den

Inhalt der Website nach Treu und Glauben so verstehen darf, dass der Anbieter ein rechtsverbindliches Angebot machen will oder nicht. Bei Warenofferten dürfte dies im Regelfall, ebenso wie bei Werbung, Schaufensterpräsentation und Warenauslagen in Geschäften nicht der Fall sein, da nach der Verkehrssitte davon ausgegangen werden muss, dass der Verkäufer sowohl seinen Warenbestand, als auch ggf. die Bonität des Kaufinteressenten erst überprüfen will. Anders sieht es bei Software oder Informationen aus Datenbanken aus, die zum Herunterladen gegen Entgelt angeboten werden. Hier muss der Verkäufer seinen Bestand nicht prüfen, weil die Leistungserbringung unbegrenzt möglich ist und die Bonität des Käufers muss nicht geprüft werden, weil i.d.R. bereits die Kreditkartennummer eingegeben oder eine andere elektronische Zahlung erfolgt ist.

Anders wiederum mag es bei **E-Mails** sein, die sich persönlich an einzelne Kunden richten. Hier wird es darauf ankommen, an wieviele Personen solche E-mails versendet wurden und ob der Eindruck vermittelt wurde, es werde ein konkretes verbindliches Angebot gemacht.

Da der **Vertragsschluss im Internet einer unter Abwesenden** ist - es sei denn, es findet eine interaktive Kommunikation in Realzeit statt, wie bei einer Videokonferenz oder einem Telefongespräch - kann gemäß § 147 Abs. 2 BGB die **Annahme** bis zu dem **Zeitpunkt** erfolgen, in welchem der Antragende den Eingang der **Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten** darf.



Diese Frist setzt sich zusammen aus der Zeit für die Übermittlung des Antrags an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie aus der Zeit für die Übermittlung der Antwort an den Antragenden. Da die Übermittlungszeit via Internet nur wenige Sekunden oder Minuten benötigt, verkürzt sich diese Frist gegenüber der herkömmlichen enorm. Während in der Rechtsprechung für Telexe noch vier Tage als ausreichend angesehen werden, kann bei Internet-Verträgen je nach den Umständen schon eine Annahme am nächsten Tag verspätet sein.

### *Zugang*

Angebot und Annahme müssen dem Erklärungsgegner auch **zugehen**, was unter Abwesenden dann der Fall ist, wenn sie so in den **Machtbereich** des anderen gelangt sind, dass mit der **Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Umständen gerechnet** werden kann.

Bei direkten elektronischen Übermittlungen gelangt die Erklärung mit Passieren der Schnittstelle der Anlage des Empfängers in dessen Machtbereich. **Technisch** besteht die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme rund um die Uhr. Bei **vollautomatischer Arbeitsweise** wird daher auch der Zugang **sofort** anzunehmen und nicht auf die üblichen Geschäftszeiten zu reduzieren sein. Sind **Personen** in die Abwicklung der Rechtsgeschäfte eingeschaltet, wird man den Zugang während der **üblichen Geschäftszeiten** annehmen, bei Absendung Freitag spät abends also erst Montag morgens. Während der üblichen Geschäftszeiten besteht für Kaufleute die Pflicht, regelmäßig in ihre Mailbox zu sehen, da Nachrichten jederzeit eintreffen können. Spätestens mit Geschäftsschluss wird man daher den Zugang bei Geschäftsleuten annehmen müssen.

Für **Privatleute** ist wohl, wie beim Briefkasten, anzunehmen, dass eine **einmalige** Kontrolle jeden Tag erwartet werden kann, daher geht ihnen die Erklärung spätestens am nächsten Tag zu. Wird die Erklärung über Dritte abgegeben, etwa über Provider, die die Nachricht zum Abruf bereithalten, ist für den Zugang erforderlich, dass die Erklärung auf dem Rechner des Providers gespeichert ist und für den Empfänger abrufbar ist. Bis zum Zugang trägt der Absender das Verlustrisiko, danach der Empfänger, der für das ordnungsgemäße Funktionieren seiner Hard- und Software verantwortlich ist.

## Unwirksamkeitsgründe

### *Allgemeine Schriftformerfordernisse i. S. d. § 126 BGB*

Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) genügen **elektronische** oder **elektronisch übermittelte Willenserklärungen nicht dem Schriftformerfordernis** des § 126 BGB, weil sie **keine „Urkunden“** im Sinne der Vorschrift darstellen und dem Erfordernis der eigenhändigen Unterzeichnung nicht nachgekommen werden kann. Eine eigenhändige Unterschrift liegt nämlich auch dann nicht vor, wenn sie von Papier eingescannt wird oder mittels eines Notepads in die Textdatei übertragen wird. Verlangt das BGB für bestimmte Rechtsgeschäfte die Schriftform, ist es bei Übermittlung durch das Internet wegen Nichteinhaltung des § 126 BGB gemäß § 125 BGB nichtig und zeitigt keine Wirkung. Dies stellt ein nicht unbeachtliches Hindernis für die Entwicklung des E-Commerce dar.

Artikel 9 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie verlangt daher auch, dass die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass ihr Rechtssystem den Abschluss von Verträgen auf elektronischen Wege ermöglicht und insbesondere dafür sorgen, dass die geltenden Rechtsvorschriften weder Hindernisse für die Verwendung elektronischer Verträge



bilden, noch dazu führen, dass sie wegen des elektronischen Vertragsschlusses keine rechtliche Wirksamkeit oder Gültigkeit haben. Diesem Ziel ist die Bundesregierung mit dem **Signaturgesetz** und insbesondere mit der Einführung der neuen Formvorschriften (§§ 126 Abs. 3, 126a, 126b, 127 BGB nF) nachgekommen.



**Zum einen** wird als **Option zur „Schriftform“** eine **„Elektronische Form“** ermöglicht, die als Substitut für die eigenhändige Unterschrift die elektronische Signierung des Dokuments erfordert. Dazu wird das Dokument mit einer **qualifizierten elektro- nischen Signatur nach dem neuen Signaturgesetz (2001)** versehen.

**Zum anderen** wird die **„Textform“** als verkehrsfähige Form in den Allgemeinen Teil des BGB eingestellt, die den Rechtsgedanken der unterschriftslosen Erklärung aus bislang verstreuten Einzelschriften zusammenfasst. Die Textform, die in geeigneten Fällen die eigenhändige Unterschrift entbehrlich macht und somit den Rechtsverkehr vereinfachen kann, ist sowohl für die Übermittlung als herkömmliches Papierdokument als auch auf elektronischem Wege geeignet. Ergänzend eröffnen prozessrechtliche Vorschriften den Parteien und anderen Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, Schriftsätze und Erklärungen als elektronische Dokumente einzureichen.

**Übersicht: Wichtige neue Formvorschriften im BGB**

<p>§ 126 (3): Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.</p>	<p>§ 126a: (1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.</p> <p>(2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.</p>	<p>§ 126b: Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.</p>
--	---	--

Lediglich Verträge, die Rechte an Immobilien mit Ausnahme von Mietrechten begründen oder übertragen, Verträge, bei denen die Mitwirkung von Gerichten, Behörden oder öffentliche Befugnisse ausübenden Berufen gesetzlich vorgeschrieben ist, Bürgschaftsverträge und andere Verträge über Sicherheiten von Privatpersonen sowie Verträge im Bereich des Familien- und des Erbrechts können von den Mitgliedstaaten ausgenommen werden (Art. 9 Abs. 2 E-Commerce-Richtlinie). So kann etwa auch nach der neuen Gesetzeslage eine Bürgschaft ausdrücklich nicht durch „elektronische Form“ wirksam abgeschlossen werden (§ 766 S. 2 BGB nF). Weitere Ausnahmen sind z.B. die Kündigung von Arbeitsverhältnissen (§ 623 BGB nF) sowie das Schuldversprechen (§ 780 S. 2 BGB nF) bzw. das Schuldanerkennen (§ 781 S. 2 BGB nF).

## 5 Vollmachen des Handelsgesetzbuches

### Literatur:

Die Aufgaben, die der Inhaber eines Handelsgeschäfts auf seine Vertreter übertragen kann, bedürfen einer mehr oder weniger weitreichenden Vertretungsmacht. Dritte müssen also mit dem Vertreter des Kaufmanns Geschäfte genauso sicher und schnell abschließen können, wie mit dem Inhaber des Handelsgeschäftes selbst.

In den §§ 48-58 HGB sind die für den kaufmännischen Verkehr besonderen Vollmachten enthalten:

**Prokura (§§ 48 ff HGB), Handlungsvollmacht (§§ 54 ff HGB) und die Laden-vollmacht (§§ 56 HGB).**

**Die Vorschriften des BGB über Vertretung (§§ 164-181 BGB, sind auch für die speziellen Vorschriften im HGB grundlegend.** Vertretung ist rechtsgeschäftliches Handeln im fremden Namen mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen.

Vollmacht ist ein durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, § 166 II BGB. Inhalt und Umfang der Vollmacht richten sich nach der Art der Bevollmächtigung, die meist durch Auftrag erteilt wird.

### Übersicht: Kaufmännische Hilfspersonen

#### **Kaufmännische Hilfspersonen**

<b>unselbständige Hilfspersonen</b>	<b>selbständige Hilfspersonen</b>
<ul style="list-style-type: none"><li><input type="checkbox"/> <b>handelnd als nicht bevollmächtigte Arbeitnehmer</b></li><li><input type="checkbox"/> Handlungsgehilfe</li><li><input type="checkbox"/> Ladenangestellter</li> <li><input type="checkbox"/> <b>handelnd als bevollmächtigte Arbeitnehmer</b></li><li><input type="checkbox"/> Prokurist</li><li><input type="checkbox"/> Handlungsbevollmächtigter</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li><input type="checkbox"/> <b>im fremden Namen handelnd</b></li><li><input type="checkbox"/> Handelsvertreter</li><li><input type="checkbox"/> Handelsmakler</li> <li><input type="checkbox"/> <b>im eigenen Namen handelnd</b></li><li><input type="checkbox"/> Kommissionär</li><li><input type="checkbox"/> <b>(Spediteur)</b></li><li><input type="checkbox"/> <b>(Lagerhalter)</b></li><li><input type="checkbox"/> <b>(Frachtführer)</b></li></ul>



## 5.1 Die Prokura („ppa“), §§ 48 ff. HGB

Wirkung: ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb *irgendeines* Handelsgewerbes mit sich bringt.

Keine Ermächtigung liegt vor für:

- die Veräußerung und Belastung von Grundstücken
- Unterzeichnung von Bilanzen
- Prokuraerteilung
- Anmeldung zum Handelsregister
- Unterschreiben von Steuererklärungen

Erteilung der Prokura:

- Durch Rechtsgeschäft (Erklärung gegenüber dem Prokuristen oder Dritten oder der Öffentlichkeit (z. B. Handelsregister) )
- Nur Vollkaufleute können Prokura erteilen (persönlich durch Inhaber)
- Prokurist muss eine natürliche, zumindest beschränkt geschäftsfähige Person sein
- Die Erteilung der Prokura ist zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden

Erlöschen der Prokura:

- Jederzeit formlos widerrufbar durch Geschäftsinhaber, § 52 I HGB
- Durch Eintragung im Handelsregister und Bekanntmachung, § 53 III i.V.m. I HGB
- Bei Einstellung oder Veräußerung des Handelsgeschäfts
- Bei Tod des Prokuristen (wegen Unübertragbarkeit, § 52 II HGB)
- Wenn der Prokurist zum Inhaber des Handelsgeschäfts wird

## 5.2 Die Handlungsvollmacht („i.V.“), § 54 HGB

Wirkung:

- ermächtigt zu allen Rechtshandlungen, die der Betrieb des *jeweiligen* Handelsgewerbes von Art und Umfang mit sich bringt
- Kann verschiedenen Inhalt haben
- Vertretungsmacht im Rahmen des vom Vollmachtgeber bestimmten Umfangs

Keine Ermächtigung für:

#### Erteilung der Handlungsvollmacht:

- Jeder Kaufmann kann formlos Handlungsvollmacht erteilen
- Ausdrücklich oder konkludent

### 5.3 Die Ladenvollmacht

Wer in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, gilt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen, als ermächtigt. Es muss sich nicht unbedingt um Angestellte im arbeitstechnischen Sinn handeln. Bevollmächtigt ist jeder, der mit Wissen und Wollen des Inhabers die genannten Verrichtungen vornimmt, also auch aushilfsweise tätige Familienmitglieder. Während die Handlungsvollmacht grundsätzlich ausdrücklich erteilt werden muss, wird die Ladenvollmacht in diesen bestimmten Situationen einfach angenommen. Ein Angestellter ist also z. B. zur Entgegennahme von Mängelanzeigen, Vornahme eines Umtausches, zur üblichen Zahlung und Entgegennahme von Geldbeträgen ermächtigt.

#### Übersicht: Umfang der Vertretungsmacht

Prokura	Handlungsvollmacht	BGB-Vollmacht
<input type="checkbox"/> Vermutung eines gesetzlichen Mindestinhalts (§ 49 Abs. 1 HGB)  <input type="checkbox"/> Umfang <i>nicht</i> nach außen beschränkbar (§ 50 Abs. 1 HGB)	<input type="checkbox"/> Vermutung eines gesetzlichen Mindestinhalts (§ 54 Abs. 1 HGB)  <input type="checkbox"/> Umfang nach außen beschränkbar, aber Gutgläubensschutz (§ 54 Abs. 3 HGB)	<input type="checkbox"/> <i>Keine</i> Vermutung eines gesetzlichen Mindestinhalts  <input type="checkbox"/> Umfang nach außen beschränkbar, jedoch <i>kein</i> Gutgläubensschutz

#### 5.4 Besprechungsfall: „Elektrohandel Vogel“ (Teil 2)

(nach Münchhausen, Handelsrecht, 1996: "Umsatzrückgang nach Geschäftsübernahme")

**Veronika Vogel**, ist Inhaberin des im Handelsregister unter der Firma, "Elektrohandel Vogel" im Handelsregister eingetragenen Elektroartikel-Geschäftes. Ab 01.02.2002 verpachtet sie das Geschäft an **Paul Panter**, der es unter der gleichen Firma weiterführt. Diese Änderung der Firmeninhaberschaft wurde zu diesem Zeitpunkt weder im Handelsregister eingetragen, noch bekannt gemacht.

Im April wurde in der Nähe von Panter ein Konkurrenzunternehmen eröffnet und in Kürze nahm der Umsatz drastisch ab, der Geschäftsumfang verringerte sich, das gesamte Personal musste entlassen werden und Panter führte schließlich alle Arbeiten alleine aus.

Als er deshalb am 01.06.02 für einen Monat in Erholungsurlaub geht, wird er von seiner Freundin, **Gabriele Grünspecht**, vertreten, der er dazu Prokura erteilt hat. Am 15.06.02 nimmt **Gabriele** im Namen der Firma "Elektrohandel Vogel" ein Darlehen in Höhe von 50.000,- € bei der K-Bank mit der der Betrieb seit langem in Geschäftsverbindung steht, auf, wobei sie den Darlehensvertrag mit Firmenstempel und Unterschriften als Prokurist versieht. Am 21.06.02 wird die Änderung der Firmeninhaberschaft eingetragen und bekannt gemacht. Nach Panters Rückkehr am 07.07.02 wird **Grünspecht** entlassen. Verärgert nimmt sie am 08.07.02 bei der **K-Bank** ein weiteres Darlehen in Höhe von 20.000,- € im Namen der Firma "Elektrohandel Vogel" auf, behält jedoch das Geld für sich, da sie die Summe als Abfindung angebracht findet.

**Von wem kann die K-Bank die 50.000,- € und 20.000,- € zurückverlangen?**

Es ist davon auszugehen, dass im Handelsregister keine außer die Firma betreffenden Eintragungen erfolgten.

## Lösungsskizze:

### 1. Ansprüche der K-Bank bezüglich des ersten Darlehens in Höhe von € 50.000-

#### 1.1. Rückzahlungsanspruch der K-Bank gegen V (frühere Inhaberin) bzgl. der € 50.000,- aus § 488 I 2 BGB:

Der Rückzahlungsanspruch könnte sich aus § 488 I 2 BGB ergeben, falls zwischen V und der K-Bank ein Darlehensvertrag i. S. d. § 488 BGB nF zustande gekommen ist. Da V nicht selbst aufgetreten ist, könnte ein Vertrag gem. § 164 I BGB aufgrund des Handelns der G mit Wirkung für und gegen V zustande gekommen sein, falls die Voraussetzungen der Vertretung gem. §§ 164 ff BGB vorliegen:

1.1.1. Die §§ 164 ff. BGB sind anwendbar, da die Sonderregelungen der §§ 48 ff. HGB die Vertretungsvorschriften der BGB nur ergänzen.

1.1.2. Die Stellvertretung ist zulässig

1.1.3. Eigene WE

1.1.4. Fraglich ist, ob G **im Namen** der V aufgetreten ist:

1.1.4.1. Erklärungen im Namen einer Firma gelten als **sog. unternehmensbezogene Geschäfte** nach h.M. **im Zweifel im Namen des jeweiligen Inhabers** abgegeben, also im Namen desjenigen, der das Geschäft betreibt.

Die Erklärung gilt also im Namen des jeweiligen Inhabers des Gewerbebetriebes. Dies ist hier allerdings nicht der Verpächter V, sondern Pächter P, da der Betrieb des Geschäfts auf dessen Rechnung und Risiko erfolgt.

1.1.4.2. Etwas anderes könnte sich gem. § 15 I HGB daraus ergeben, dass V noch im Handelsregister als Geschäftsinhaberin eingetragen ist.

1.1.4.2.1. Eintragungspflichtige Tatsache:

Änderungen der Firma oder ihres Inhabers sind gem. § 31 I HGB eintragungspflichtige Tatsachen.

1.1.4.2.2. Fehlende Eintragung und Bekanntmachung; Unerheblich ist dabei, ob dies verschuldet oder veranlasst wurde.

1.1.4.2.3. Guter Glaube des Dritten:

Der Dritte darf keine positive Kenntnis von der eintragungspflichtigen Tatsache haben.

1.1.4.2.4. Geschäftsverkehr:

1.1.4.2.4.1. Der Schutz des § 15 HGB gilt nur im sog. Geschäftsverkehr, nicht dagegen im sog. Unrechtsverkehr (also im deliktischen Bereich)

1.1.4.2.4.2. Hier: Aufnahme eines Darlehens, somit Geschäftsverkehr

1.1.4.3. Zwischenergebnis: G handelte, falls sich die K-Bank gem. § 15 HGB darauf beruft **im Namen der V!**



1.1.5. G müsste mit Vertretungsmacht von P (da V nur über § 15 I hineingezogen wird) gehandelt haben:

1.1.5.1. Bestand der Prokura:

1.1.5.1.1. Gemäß § 48 I HGB muss die Prokura ausdrücklich erteilt werden.

1.1.5.1.2. Gemäß § 53 I HGB müsste die Erteilung der Prokura im HR eingetragen werden (Eintragung jedoch nur deklaratorisch).

1.1.5.1.3. Prokura kann nur von einem Kaufmann erteilt werden. Hier könnte nach dem festgestellten Umsatzrückgang ein Kleingewerbetreibender P erfordert werden, nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten, Gewerbebetrieb (§§ 1 II, 2 HGB).

Zur kaufmännischen Einrichtung gehört alles, was zur ordentlichen Abwicklung des Gewerbebetriebs erforderlich ist (z.B. Buchführung, kaufmännische Angestellte, Firmenname). Ob eine solche Einrichtung erforderlich ist, muss im Einzelfall aufgrund aller Umstände ermittelt werden.

Somit war P zum Zeitpunkt der Prokuraerteilung Kleingewerbetreibender.

### PROBLEM:

P war aber Inhaber des Unternehmens, dessen Firma ins HR eingetragen war: Zwingend Kaufmann als eingetragener Kleingewerbetreibender? Sehr strittig! Ansicht (hM.): Hier nein, da die Eintragung ursprünglich nicht freiwillig, sondern aufgrund der Verpflichtung zur Eintragung für Kaufleute erfolgte (§§ 29, 14 HGB). Die Eintragung eines Kleingewerbetreibenden ist dagegen freiwillig (§ 2 HGB).

1.1.5.1.4. Grundsätzlich kann eine unwirksame Prokuraerteilung in die Erteilung einer Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) umgedeutet werden (§ 140 BGB).

Dies würde im vorliegenden Fall aber nicht helfen, da ein Handlungsbevollmächtigter gem. § 54 II ohne ausdrückliche Befugnis kein Darlehen aufnehmen darf.

1.1.6. Die Unanwendbarkeit der Prokuravorschriften wegen des Herabsinkens zum Kleingewerbe könnte jedoch gem. § 5 HGB entfallen.

1.1.6.1. Hier ist eine Firma im HR eingetragen (+) P betreibt ein Gewerbe.

1.1.6.2. Entgegen dem Wortlaut des § 5 HGB ist eine Berufung auf die Eintragung nicht erforderlich.

1.1.6.3. Somit wird P für die Dauer der Eintragung unwiderlegbar als Kaufmann behandelt, unabhängig vom guten Glauben der Bank.

*Hinweis: Dies ist einer der wenigen Anwendungsbereiche des § 5 HGB nach der Neufassung des § 2 HGB in 1998.*

Somit hat P wirksam Prokura erteilt; G handelte mit Vertretungsmacht.

#### 1.1.7. Umfang der Prokura:

Vollmacht gilt für alle Geschäfte "die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt".

Ausgenommen sind (nicht im Gesetz):

- 1.1.7.1. Sog. Grundlagengeschäfte, die den Betrieb des Handelsgewerbes als solchen betreffen (wie z.B. Einstellung oder Veräußerung des Handelsgeschäftes, Änderung der Firma, Aufnahme von Gesellschaftern);
- 1.1.7.2. Sog. reine Inhabergeschäfte (z.B. Erteilung der Prokura);
- 1.1.7.3. Geschäfte, die das Privatvermögen des Kaufmanns betreffen;

G handelte somit bei der Aufnahme des ersten Darlehens aufgrund ihrer Prokura mit Vertretungsmacht.

Der Anspruch der K-Bank gegen V (wegen § 15 HGB) bzgl. der EUR 5.000 ist mithin gegeben.

#### 1.2. Rückzahlungsanspruch der K-Bank gegen P bzgl. der € 50.000,-

Ein Anspruch könnte sich aus § 488 I 2 BGB ergeben. Dazu müsste G den P wirksam vertreten haben, §§ 164 ff BGB.

1.2.1. Die Stellvertretung ist zulässig; G hat auch eine eigene WE abgegeben.

1.2.2. Fraglich ist, ob G im Namen des P gehandelt hat: G hat im Namen der Firma gehandelt.

1.2.2.1. Diese Erklärung gilt als im Namen des P abgegeben da er tatsächlich Firmeninhaber ist, s.o.

1.2.2.2. Der Gläubiger hat ein Wahlrecht, ob er sich auf § 15 I HGB beruft oder die wahre Rechtslage gegen sich gelten lässt.

Soweit sich die K-Bank nicht auf § 15 I HGB beruft, hat sie gegen P einen Anspruch auf Rückzahlung in Höhe von € 50.000,-.

## 2. Anspruch bzgl. des zweiten Darlehens in Höhe von € 20.000,-

### 2.1. Rückzahlungsanspruch gegen V gem. § 488 I 2:

Die K-Bank könnte bezüglich der € 20.000,- einen Anspruch gegen V gem. § 488 I 2 BGB haben, wenn G sie gem. §§ 164 ff. wirksam vertreten hätte:

2.1.1. Die §§ 164 ff. sind anwendbar, die Stellvertretung ist zulässig und G hat eine eigene WE abgegeben.

**2.1.2. Fraglich ist, ob dies auch beim zweiten Darlehen im Namen der V geschehen ist:**

Mittlerweile ist vor Aufnahme des zweiten Darlehens von € 20.000,- die Änderung der Firmeninhaberschaft eingetragen worden, so dass die K-Bank dies gem. § 15 II 1 HGB gegen sich gelten lassen muss. Der Einwand unverschuldeter Unkenntnis gem. § 15 II 2 HGB ist hier nicht möglich, da die Schonfrist von 15 Tagen abgelaufen ist.

Ein Anspruch der K-Bank gegen V bzgl. der € 20.000, scheidet daher aus.

**2.2. Rückzahlungsanspruch gegen P gem. § 488 I 2 BGB:**

Der Anspruch könnte sich aus § 488 I 2 BGB ergeben, sofern den P wirksam gem. §§ 164 ff. BGB vertreten hat:

2.2.1. Die Stellvertretung war zulässig: G hat eine eigene W abgegeben und im Namen des P gehandelt, s.o.

2.2.2. Fraglich ist, ob G Vertretungsmacht hatte:

2.2.2.1. Die Prokuraerteilung gem. § 167 BGB, § 48 I HGB ist erfolgt (s.o.)

2.2.2.2. Fraglich ist, ob die Prokura am 07.07. noch bestand

2.2.2.2.1. Gem. § 52 I HGB ist die Prokura jederzeit widerruflich. Ein solcher Widerruf liegt hier jedoch nicht vor.

2.2.2.2.2. Auch erlischt die Prokura gem. § 168 I BGB mit Beendigung des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts, also mit Ende des Geschäftsführungsauftrages (z.B. auch bei Kündigung des Anstellungsvertrages). P hat hier den Auftrag nur für die Dauer seiner Abwesenheit erteilt.

Somit ist die Prokura mit seiner Rückkehr erloschen

2.2.2.3. Fraglich ist jedoch, ob sich P wegen § 15 I HGB auf das Erlöschen der Prokura berufen darf:

2.2.2.3.1. Es müsste eine eintragungspflichtige Tatsache vorliegen:

2.2.2.3.1.1. Gem. § 53 III ist das Erlöschen der Prokura im HR einzutragen.

2.2.2.3.1.2. Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn wie hier - die Erteilung der Prokura schon nicht eingetragen wurde.

Nach hM jedoch gilt § 15 I HGB auch für solche Tatsachen, deren gebotene Voreintragung fehlt. Ein unter Umständen außerhalb des HR geschaffener Vertrauenstatbestand soll beseitigt werden.

2.2.2.3.2. Das Erlöschen der Prokura wurde nicht eingetragen.

2.2.2.3.3. Die K-Bank hatte keine Kenntnis vom Erlöschen der Prokura.

Somit handelte G auch bei der Aufnahme des zweiten Darlehens über § 15 I HGB mit Vertretungsmacht.

Somit hat die K-Bank einen Anspruch gegen P aus § 488 I 2 BGB auf Rückzahlung des Darlehens iHv. € 20.000-.

### **3. Zahlungsanspruch der K-Bank gegen G gem. § 179 BGB:**

K könnte G als Vertreter ohne Vertretungsmacht gem. § 179 I BGB in Anspruch nehmen.

3.1. Fraglich ist die Inanspruchnahme des Vertreters, wenn sich die Vertretungsmacht lediglich aus Rechtsscheinsgründen herleitet:

Im Fall der HR-Publizität gem. § 15 HGB ist dagegen nach hM dem Dritten nicht verwehrt, statt des Rechtsscheins die wahre Rechtslage geltend zu machen (Wahlrecht).

3.2. G müsste als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt haben:

3.2.1. Gem. § 168 BGB war die Prokura schon erloschen (s.o.)

3.2.2. G könnte sich somit nur auf die nicht erfolgte Löschung im HR gem. §§ 15 I, 53 III HGB berufen. § 15 HGB ist eine echte Vertrauensschutznorm, die nur zugunsten gutgläubiger Dritter greift, nicht jedoch hier zugunsten der G.

3.2.3. Sofern die K-Bank sich nicht auf § 15 I HGB beruft, handelt G beim zweiten Darlehen als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Die K-Bank könnte also auch aus § 179 BGB gegen G vorgehen.

## 6 Das besondere Handelsgeschäft „Handelskauf“ gem. § 373 ff HGB

Wichtigstes und häufigstes Handelsgeschäft ist der Handelskauf gem. §§ 373 ff. HGB.

Ein Handelskauf liegt vor, wenn

- ein Kaufvertrag iSd. § 433 BGB vorliegt,
- dessen Gegenstand Waren oder Wertpapiere (§ 373 HGB) sind,
- und *zumindest eine* Partei Kaufmann ist, für den der Vertrag zum
- Betriebe seines Handelsgewerbes gehört (lesen und notieren Sie sich neben
- § 373 HGB die §§ 343, 344 HGB).



Beispiel:

Ein Handelskauf liegt vor, wenn ein Schüler mit Genehmigung der Eltern im Computergeschäft eines Kaufmanns einen Drucker erwirbt. Ebenfalls liegt ein Handelskauf vor, wenn der Käufer seinerseits ein Kaufmann ist.

Die Sonderregeln der §§ 377 – 379 HGB über die *Mängelrüge* und die *Aufbewahrungspflicht* gelten dagegen ausweislich ihres eindeutigen Wortlautes (lesen!) nur für den *beiderseitigen* Handelskauf, d.h. sowohl Käufer als auch Verkäufer müssen Kaufleute sein und für beide muss der Kauf zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehören.

Die Vorschriften über den Handelskauf dienen einer schnellen und einfachen Abwicklung der Geschäfte. Dies geschieht durch eine Stärkung der Rechtsstellung des Verkäufers.

Die §§ 373 ff. HGB regeln vornehmlich die Probleme, die bei Verzögerungen der Leistung und bei Mangelhaftigkeit der Ware auftreten. Daneben wird die Frage behandelt, ob das Brutto- oder Nettogewicht der Ware für den Kaufpreis maßgebend ist, wenn dieser sich nach dem Gewicht richten soll (vgl. § 380 HGB).

Waren i.S.d. § 373 HGB sind nur bewegliche Sachen, ein Handelskauf liegt also nicht vor beim Kauf von Grundstücken, Forderungen oder sonstiger Rechte.



## **6.1 Verzögerungen beim Handelskauf (§§ 373 f. HGB)**

Nimmt der Käufer die gekaufte Ware nicht an, so kommt er nach den allgemeinen Regeln der §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug. Insofern enthält das HGB keine Besonderheiten. Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen des Annahmeverzuges gelten beim Handelskauf die Vorschriften des BGB (vgl. § 374 HGB). Jedoch erweitert § 373 HGB bei Vorliegen eines Handelskaufes das Recht des Verkäufers zur „Hinterlegung“ und wahlweise zum „Selbsthilfeverkauf“ für „Rechnung des Käufers“.

## **6.2 Besonderheiten der Mängelhaftung beim Handelskauf (§ 377 HGB) – die kaufmännische „Untersuchungs- und Rügeobliegenheit“**

Besonders wichtig beim Handelskauf ist die gegenüber dem „gewöhnlichen Kauf“ bestehende Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des § 377 HGB. Die dem Käufer gelieferte Ware kann mit einem Sachmangel (Qualitäts-



mangel) behaftet sein. Nach §§ 377 HGB ist für den Handelskauf im Interesse des Verkäufers eine rechtzeitige Rüge des Mangels durch den Käufer Voraussetzung. Der Verkäufer soll möglichst schnell Gewissheit darüber erlangen, ob seine Lieferung beanstandet wird und ihm deshalb Ansprüche des Käufers drohen oder ob die Lieferung vom Käufer als ordnungsgemäß angesehen wird.

Unterlässt der Käufer eine rechtzeitige Rüge, gilt die Ware als genehmigt (vgl. § 184 BGB) und der Käufer verliert er seine Gewährleistungsansprüche (vgl. § 377 II HGB).

Nach § 377 HGB besteht diese Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, wenn

- ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt;
- die Ware „abgeliefert“ worden ist. Dies ist bei tatsächlicher Übergabe der Ware der Fall, nicht schon bei Übergabe der Transportpapiere;
- die Ware einen Mangel aufweist.
- die Rügelast nicht kraft Gesetz oder kraft vertraglicher Vereinbarung ausgeschlossen ist; ob der Ausschluss der Rügeobliegenheit z.B. in Allgemeinen Einkaufsbedingungen überhaupt zulässig ist, ist umstritten. Auf alle Fälle sollte in den Einkaufsbedingungen dem Verkäufer die Verpflichtung zu einer Warenendkontrolle und zum Ausschluss einer umfangreichen Qualitätssicherungsvereinbarung auferlegt werden.



Umfang und Intensität der Untersuchungspflicht richten sich nach den Umständen des Einzelfalls. Bei Lieferungen größerer Warenmengen genügt die Entnahme repräsentativer Stichproben in regelmäßigen Abständen (z. B. erachtete der BGH die Stichprobe von 5 aus 2400 gelieferten Konservendosen für ausreichend).

Ebenfalls mit einzubeziehen in das erforderliche Maß der Untersuchungspflicht sind Art und Menge der Ware, Handelsbräuche (§ 346 HGB), der mit einer etwaigen Beschädigung verbundene Wertverlust und die Gefahren, die von beschädigter Ware ausgehen.

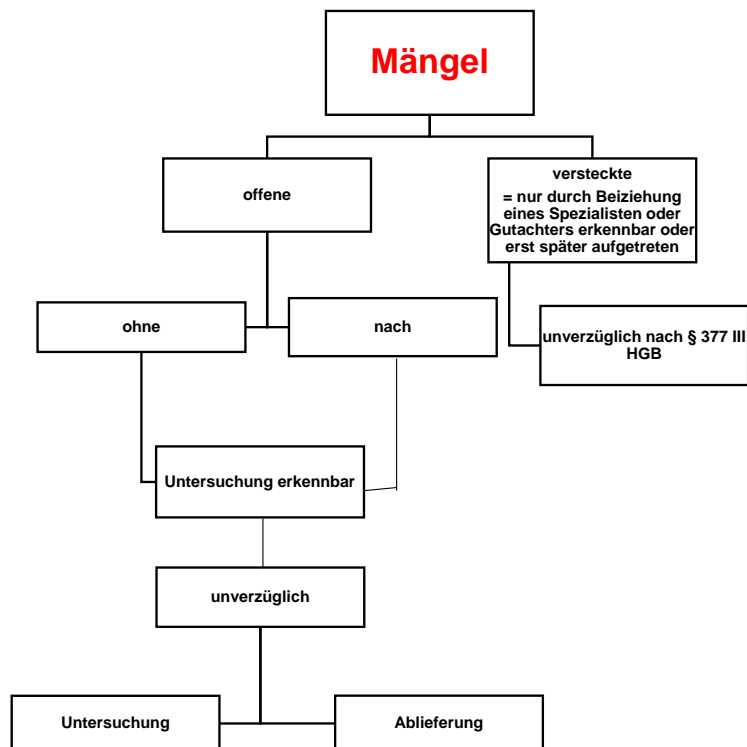
Wird ein Mangel der beschriebenen Art vom Käufer entdeckt, muss ihn dieser unverzüglich (vgl. § 377 I HGB) anzeigen. Unterlässt dies der Käufer, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, dass es sich um einen nicht erkennbaren Mangel handelt (§ 377 II HGB). Zeigt sich später ein derartiger „versteckter Mangel“, muss die Anzeige unverzüglich nachgeholt werden, andernfalls gilt die Ware als genehmigt (§ 377 III HGB). Im Übrigen genügt eine ordnungsgemäße Rüge, auch wenn die Ware vorher nicht untersucht wurde. Eine Rüge „ins Blaue“, die aber der Tatsache entspricht, genügt den Erfordernissen der § 377 HGB.

Bei arglistigem Verschweigen des Mangels seitens des Verkäufers entfällt die Untersuchungs- und Rügepflicht (§ 377 V HGB).

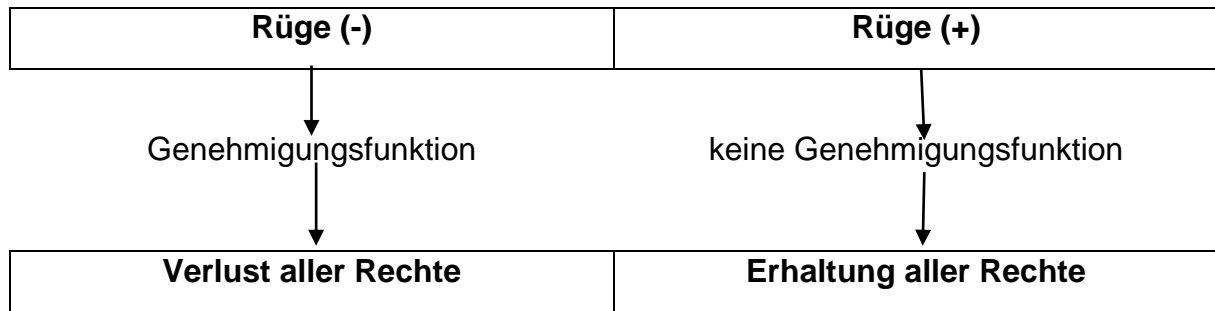
**Wichtig:** Da nach der Schuldrechtsreform auch Mindermengen oder aliud-Lieferungen auch außerhalb des Handelskaufs einen Mangel darstellen, besteht die Rügeobliegenheit im kaufmännischen Verkehr auch in diesen Fällen. § 378 HGB konnte deshalb aufgehoben werden.



## Übersicht: Rügeobliegenheit bei Mängeln



**Übersicht: Rechtsfolgen bei Unterlassen der Rügepflicht – ordnungsgemäße Rüge**



**wertvolleres aliud:**

höherer Kaufpreis

**minderwertiges aliud:**

vereinbarter Kaufpreis

**Zuviellieferung:**

Mehrpreis

**Zuweniglieferrung:**

keine Nachlieferung, Minderung oder Wandelung

**in allen Fällen:**

- Zurückweisung (§ 266 BGB) und vollständige Erfüllung i.V.m. Einrede des nicht erfüllten Vertrages

**oder**

- spezielle Sachmängelhaftung nach §§ 434 ff. BGB nF

### 6.3 Kaufmann und Internet – Besprechungsfall: „Software-Rückgabe eines Kaufmanns“

**Sachverhalt (Nach Jung, Handelsrecht 1997, S. 52 ff.):**

Der Student **Bruno Bär** finanziert sein Studium an der FH Deggendorf zum Teil durch den Verkauf von Spezialsoftware. **Bär** entwickelt die Programme an seinem heimischen Computer. Die von ihm in einer bestimmten Programmiersprache codierten Programme speichert er auf Datenträger ab, um sie anschließend in dieser Weise fixiert an seine Abnehmer zu verkaufen. **Bär** ist nicht im Handelsregister eingetragen.

Nachdem **Bär** in einer Zeitungsanzeige gelesen hat, dass das bekannte Software-Unternehmen "**Chamäleon GmbH**" kommerziellen Abnehmern einige interessante Computer-Programme zu günstigen Preisen "online" über das Internet anbietet, meldet er sich auf einem Anmeldeformular per Post als potentieller Kunde der "**Chamäleon GmbH**" an. Unter der Rubrik "Firma" trägt er die Bezeichnung "Computer-Fachhandel Bruno Bär & Co-OHG" ein. Als "Geschäftskonto" gibt er sein Privatkonto bei der B-Bank an. **Bär** erhält daraufhin eine Anmeldebestätigung mit seinem User- namen und Passwort. Wenig später lädt er sich das zum Preis von 2500,- € angebotene und für seine Softwareentwicklung nützliche Standardprogramm "XXL-Maxi" unter Angabe von Username und Passwort vom Server der "**Chamäleon GmbH**" über das Internet auf seinen Computer herunter. Der Rechnungsbetrag wird von seinem Konto abgebucht.

**Bär**, der zunächst noch mit Prüfungen beschäftigt ist und sich anschließend in Australien erholt, kommt erst nach fünf Wochen dazu, das Programm "XXLMaxi" zu benutzen. Dabei bemerkt er sofort mehrere offensichtliche Mängel der heruntergeladenen Software. **Bär** wendet sich daraufhin an die "**Chamäleon GmbH**". Da die **C-GmbH** dem mit einer Fristsetzung verbundenen Nachbesserungsanspruch des B nicht nachkommt, verlangt **Bär** die Rückzahlung des Kaufpreises gegen "Rückgabe" des Programms. Ihm wird jedoch entgegengehalten, dass er die Mängel des Programms früher hätte mitteilen müssen. Schließlich habe das günstige Angebot für kommerzielle Abnehmer seinen Grund gerade auch in der unter Kaufleuten üblichen schnellen Geschäftsabwicklung gehabt. **Bär** fragt seine Kommilitonen, ob er mit Erfolg Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises erheben kann.

**Wie ist die Rechtslage?**

Bearbeitervermerk:

Die Lösung ist unter zugrundelegung der Rechtslage nach der Schuldrechtsmodernisierung zu erstellen!

## **Lösung:**

B verlangt die Rückgewähr des von ihm gezahlten Kaufpreises in Höhe von € 2500,-.

### **Anmerkung:+**

*Ist die Kaufsache mit einem Mangel behaftet, so hat der Käufer gemäß §§ 437 ff BGB nF folgende abgestufte Rechte:*

*vorrangig muss er Nacherfüllung verlangen, §§ 437 Nr. 1, 439 BGB nF Nachrangig, d. h. grds. erst nach erfolglosem Ablauf einer dem Verkäufer zur Nacherfüllung gesetzten Frist stehen ihm weitere Rechte zu.*

- *Er kann nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V entweder vom Kaufvertrag zurücktreten oder nach §§ 437 Nr. 2, 441 den Kaufpreis mindern*

### **Und (!)**

- *Er kann gemäß §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311 a Schadensersatz oder gemäß § 284 Ersatz der vergeblichen Aufwendungen verlangen, wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat, wobei dieses vermutet wird, § 280 I 2 BGB. Für die Rechte des Käufers wird nicht danach unterschieden, ob ein Sachmangel i.S.d. § 434 oder ein Rechtsmangel i.S.d. §§ 435, 436 vorliegt. Die Vorschrift des § 437 spricht allgemein von einer „mangelhaften“ Sache und erfasst daher beide Arten von Mängeln.*

B könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Computerprogrammes gem. §§ 346 I, 323 I, 437 Nr. 2 1. Alt., 434 I 2 Nr. 2 BGB nF erheben. (Anmerkung zur Schuldrechtsreform: Dieses Recht ist an die Stelle der bisherigen Wandelung (§ 346 S.1 i.V.m. §§ 465, 462, 459 I BGB aF) getreten.) Im Vordergrund der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte steht jedoch der Nacherfüllungsanspruch des § 347 Nr. 1 BGB nF. Die weiteren Rechte des Käufers-Rücktritt oder Minderung und Schadensersatz kann er grds. erst geltend machen, wenn zuvor eine dem Verkäufer zur Nacherfüllung gesetzte angemessene Frist ergebnislos verstrichen ist.

### **Exkurs: Aufbauschema zur Prüfung des Nacherfüllungsanspruches:**

#### 1. Voraussetzungen: Wirksamer Kaufvertrag

Die Kaufsache muss bei Gefahrübergang mit einem Sachmangel, § 434 oder Rechtsmangel, § 435, behaftet sein.

2. Die Gewährleistung darf nicht ausgeschlossen sein.

3. Rechtsfolge: nach § 439 hat der Käufer bei der Nacherfüllung das Wahlrecht, ob er Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt.

Dies gilt nicht, wenn die gewählte Art der Nacherfüllung unmöglich ist oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist, § 439 III.

4. Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs, § 438.

### Anspruchsvoraussetzung

1.1. Erforderlich ist zunächst der Abschluss eines wirksamen Vertrages (§§ 145 ff BGB), in dessen Rahmen die kaufvertragliche Mängelgewährleistung zur Anwendung gelangen kann.

#### 1.1.1. Wirksamer Vertragsschluss

Das Zeitungsinserat der C-GmbH und die Anmeldung des Bär als potenzieller Kunde sind noch nicht als verbindliche Vertragsangebote zu qualifizieren. Die C-GmbH wollte sich durch die Anzeige noch nicht rechtlich binden, es liegt eine sog. „invitatio ad offerendum“ (= Aufforderung zur Abgabe eines Angebots) vor. Vielmehr wurde das Programm „XXLMaxi“ von der C-GmbH erst dadurch dem Kreis der mit einem Username und Passwort ausgestatteten Kunden verbindlich angeboten, dass es vom Internet-Server zum Preis von € 2500,- abrufbar war. Dieses Angebot hat B angenommen, indem er sich das Programm zu den genannten Bedingungen auf seinen Computer heruntergeladen hat.

#### 1.1.2. Die Kaufsache muss bei Gefahrübergang mit einem Mangel (Sachmangel / Rechtsmangel) behaftet sein, §§ 434, 435 BGB nF

Die Kaufsache ist mangelhaft, wenn sie bei Gefahrübergang nicht die **vereinbarte Beschaffenheit** hat, §§ 434 I 1 BGB nF.

1.1.2.1. Problematisch war nach alter Rechtslage die Anwendbarkeit der Gewährleistungsvorschriften:

Die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften setzt voraus, dass ein Kaufvertrag über eine **Sache** zustande gekommen ist. **Problematisch** ist hier jedoch, ob es sich beim **Erwerb des Computerprogrammes** um einen **Sachkauf** handelt. Dies ist fraglich. Zwar wird beim dauerhaften Erwerb einer wie hier vorgefertigten und auf einem Datenträger gespeicherten **Standardsoftware** von der Rechtsprechung und h. L. das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft als Kauf einer vertretbaren Sache und nicht etwa als Kauf eines Nutzungsrechts i.S. v. § 31 UrhG, als Werkvertrag über eine geistige Schöpfung, als Werklieferungsvertrag über die Herstellung einer unvertretbaren Sache oder als Vertrag sui generis mit lizenzvertraglichen Elementen angesehen. Doch wird in diesem Zusammenhang ganz maßgeblich auf die Verkörperung der Programmkopie auf einem Datenträger abgestellt. Daran fehlt es aber gerade beim Herunterladen der Software über das Internet.

Dennoch wird man zumindest die entsprechende Anwendung des funktional am besten passenden Sachmängelgewährleistungsrechts auf den vom BGB-Gesetzgeber planwidrig nicht geregelten Erwerb mangelhafter Standard-Software über das Internet befürworten können (vgl. *Mehrings*, NJW 1993, 3102, 3105; Kort, DB 1994, 1505, 1506 f.). Denn unabhängig von der fraglichen Sacheigenschaft der nur auf den Festplatten der beteiligten Computer fassbaren Software ist die direkte Installierung der gekauften Standardsoftware im Computer des B im wirtschaftlichen Ergebnis mit der Überspielung auf dem Umweg über einen in das Eigentum und den Besitz des B überwechselnden Datenträger vergleichbar (vgl. *BGH NJW 1990, 320, 321 und König*, NJW 1989, 2604, 2605).

**Nach der Neuregelung werden Sach- und Rechtsmängel bzgl. der Rechtsfolgen grds. gleich behandelt. Der Begriff des Sachmangels ist in § 434 definiert und eine Regelung über den Rechtsmangel findet sich in § 435 BGB nF.**

#### 1.1.2.2. Fehlerhaftigkeit des Programmes

Alle Gewährleistungsvorschriften des Käufers, also Nacherfüllung, Rücktritt oder Minderung und Schadensersatz oder Aufwendungsersatz setzen entweder einen **Sach- oder Rechtsmangel** voraus.

Zu denken ist an einen Sachmangel nach § 434 I 1 BGB nF (vgl. oben). Die C-GmbH und B haben bei Vertragsschluss eine bestimmte Beschaffenheit des Programmes nicht vereinbart. Das bereitgestellte Programm war aber im Zeitpunkt des Herunterladens auf den Compu-

Studiengang: Betriebswirtschaft  
ter des B (Gefahrübergang) mit Fehlern behaftet, die den Wert und die Tauglichkeit des Programmes zu dem vorausgesetzten Gebrauch nicht nur unerheblich minderten, § 434 I 2 Nr. 2 BGB nF.

### 1.1.3. Erfolgloser Ablauf einer dem Verkäufer vom Käufer gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung (hier (+))

### 1.1.4. Das Rücktrittsrecht darf nicht ausgeschlossen sein.

Das Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Gewährleistung insgesamt ausgeschlossen ist. Spezielle Ausschlussgründe für das Rücktrittsrecht sind §§ 323 V 2 und 323 VI BGB nF.

- Ausschluss gemäß § 323 V 2 BGB nF: Bei einem **unerheblichen Mangel** ist das Rücktrittsrecht ausgeschlossen, nicht aber die Minderung. Hier aber (-).
- Ausschluss gemäß § 323 VI:  
Alleinige oder weit überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers für den Rücktrittsgrund? (-)  
Annahmeverzug des Gläubigers bei Eintritt des Rücktrittsgrundes? (-)
- Kein Haftungsausschluss nach § 442 BGB nF (+)  
B hatte weder Kenntnis von dem Mangel noch beruhte seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit.

### 1.1.5. Erklärung des Rücktritts, §349 BGB nF (+)

Der Rücktritt ist ein **Gestaltungsrecht**. Er wird durch einseitige Gestaltungserklärung des Käufers ausgeübt.

Mit dem Zugang der Willenserklärung beim Verkäufer wird die Erklärung wirksam (§ 130 BGB). Der Käufer kann also einseitig die Rechtsfolgen von Rücktritt und Minderung ohne Einverständnis des Verkäufers herbeiführen.

### 1.1.6. Die Rechtsfolgen des Rücktritts, §§ 346 ff BGB

Der Rücktritt führt zum **Erlöschen der noch nicht erfüllten vertraglichen Primärleistungspflichten**. Soweit die Leistungen bereits erbracht sind, begründet der Rücktritt die **Pflicht zur Rückgewähr, § 346 BGB**. Die empfangenen Leistungen sind in Natur zurückzugeben.

### 1.1.7. Unwirksamkeit des Rücktritts, §§ 438 IV, 218 BGB nF (-)

Der **Rücktritt ist unwirksam**, wenn der **Anspruch auf Nacherfüllung verjährt** ist, §§ 438 IV 1, 218 BGB nF.



**Anmerkung:** Es ist eine Sonderregelung für den Rücktritt erforderlich, denn das Rücktrittsrecht ist kein Anspruch, sondern nur ein Gestaltungsrecht. **Gestaltungsrechte verjähren nicht, sondern nur Ansprüche**, § 194 BGB. Gemäß § 218 ist der Rücktritt unwirksam, wenn der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist. Der Nachlieferungsanspruch verjährt jedoch erst **2 Jahre** nach Übergabe der Ware, wäre hier also noch nicht verjährt!

#### 1.1.8. Anspruch untergegangen nach § 377 HGB (-)

In Betracht kommt ein **Erlöschen** des Anspruchs gemäß § 377 HGB. Dies wäre der Fall, wenn B und die "C-GmbH" einen beiderseitigen Handelskauf abgeschlossen hätten und B die mangelhafte Ware nicht unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer untersucht und den offenen Mangel gegenüber den redlichen Mitarbeitern der "C-GmbH" gerügt hätte.

##### 1.1.8.1. Beiderseitiger Handelskauf (+), § 343 HGB

§ 377 HGB ist nur anwendbar, wenn der Kaufvertrag für beide Seiten ein Handelsgeschäft darstellt (§ 377 Abs. 1 HGB: "für beide Teile").

##### 1.1.8.1.1. Softwarebestellung als 'Kauf- bzw. Werklieferungsvertrag i.S.v. § 377 HGB (+)

Im Rahmen von § 377 Abs. 1 HGB kommt es damit erneut auf die rechtliche Qualifizierung der Softwarebestellung als Kauf- bzw. Werk- lieferungsvertrag über eine bewegliche Sache (Ware) an. Das Ergebnis der Erörterung kann hier nicht anders ausfallen als dasjenige im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Gewährleistungsvorschriften. Es ist daher ebenfalls zumindest eine (analoge Anwendung des § 377 HGB zu befürworten (vgl. auch *BGH NJW 1993, 2436, 2437*).

##### 1.1.8.1.2. Handelsgeschäft für die "C-GmbH" (+)

###### 1.1.8.1.2.1. Betrieb eines Handelsgewerbes

Dies setzt zunächst den Betrieb eines Gewerbes durch B voraus. Unter einem Gewerbe versteht die h. M. eine selbständige Tätigkeit, die nach außen erkennbar und auf Dauer angelegt ist sowie in erlaubter Weise mit Gewinnerzielungsabsicht und nicht als freier Beruf betrieben wird. **Problematisch** ist hier allein das **Merkmal der fehlenden Freiberuflichkeit**. Dabei ist es bei Berufen, die

Studiengang: Betriebswirtschaft

sich wie der des Softwareentwicklers erst in neuerer Zeit herausgebildet haben, sehr schwer eine Entscheidung über die traditionell nicht vorgeprägte Zuordnung der Berufsgruppe zur freiberuflichen oder nicht freiberuflichen Tätigkeit zu treffen. Es fehlt hierzu nicht nur an einer subsumtionsfähigen Definition der Freiberuflichkeit, sondern auch an sicheren Abgrenzungskriterien. **In der jüngst vom Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 PartGG vorgenommenen Aufzählung der freien Berufe i.S.d. PartGG ist der Softwareentwickler überdies ebenso wenig erwähnt wie in den älteren Katalogen des § 18 Abs. 1 Nr. 1 ESTG und des § 6 GewO.** Maßgeblich ist daher die Verkehrsanschauung im Hinblick auf eine Vergleichbarkeit mit den vermeintlichen Wesenszügen der "klassischen" freien Berufe (Ärzte, Rechtsanwälte etc.). Danach wird man den Softwareentwickler nicht zu den freien Berufen zählen können. Denn er übt keine besonders personenbezogene Tätigkeit aus und unterliegt auch keinem Standesrecht, das ihm etwa Werbemaßnahmen verbieten würde (vgl. *Maier, NJW-1986,1909 ff.*) (strittig!)

Da die Firma des B nicht im Handelsregister eingetragen ist, kann sein Gewerbebetrieb nur bei Vorliegen eines Grundhandelsgewerbes nach § 1 HGB dem Bär Kaufmannseigenschaft verleihen. Die C- "GmbH" ist nach § 13 Abs. 3 GmbHG unabhängig von ihrer Gewerbetätigkeit eine Handelsgesellschaft und damit nach § 6 Abs. 1 HGB Kaufmann kraft bloßer Gesellschaftsform. Der Abschluss des Softwarelieferungsvertrags mit B stellte für die "C-GmbH" auch ein Rechtsgeschäft dar, das zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehörte.

#### 1.1.8.1.2.2. Handelsgeschäft für B

Da B weder nach §§ 2, 3, 5 HGB noch nach § 6 HGB Kaufmann ist, muss geprüft werden, ob er als Betreiber eines Handelsgewerbes den tätigkeitsbezogenen Grundtatbestand der Kaufmannseigenschaft erfüllt. B müsste einen nach Art oder Umfang in Kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb haben. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

#### 1.1.8.1.2.3. Scheinkaufmannseigenschaft des B(+)

Da die Anwendung des § 377 HGB aber auch durch eine Schein- kaufmannseigenschaft auf Seiten des Käufers begründet werden kann, bleibt zu prüfen, ob sich der Nichtkaufmann B gegenüber der "C-GmbH" als Scheinkaufmann behandeln lassen muss.

Dazu müsste B zunächst den Rechtsschein seiner Kaufmannseigen- schaft hervorgerufen haben. Dies ist durch seine Angaben auf dem Anmeldeformular geschehen. Denn die mit der Bearbeitung der An- meldung des Bär befassten Mitarbeiter der "C-GmbH" durften angesichts der eine bestimmte Größe suggerierenden Firma , der Angabe zweier "Geschäftskonten" und des OHG-Zusatzes von einem voll- kaufmännisch betriebenen Gewerbe ausgehen.

Der Rechtsschein ist B zurechenbar, da er ihn selbst gesetzt hat und es auf ein Verschulden des B insoweit nicht ankommt.

Die zuständigen Mitarbeiter der "C-GmbH" hatten weder Kenntnis von der Nichtkaufmannseigenschaft des B noch beruhte ihre diesbezügliche Unkenntnis auf Fahrlässigkeit. Obwohl es sich um einen erstmaligen geschäftlichen Kontakt mit B gehandelt hat, mussten auf Seiten der Verkäuferin keine Nachfor- schungen über die Richtigkeit der Angaben des als kommerzieller Abnehmer auftretenden B getätigt werden. Die Gutgläubigkeit ihrer leitenden Mitarbeiter ist der "C-GmbH" über § 166 Abs. 1 BGB analog zuzurechnen.

Die erforderliche kausale Vertrauensbetätigung auf Seiten der "C-GmbH" ist in der Angabe des Usernames und des Passwortes zu sehen. Denn nur dadurch erhielt B überhaupt die Möglichkeit, das ihm als Inhaber eines Usernames und Passwortes über das Internet ge- machte Verkaufsangebot anzunehmen. Da sich die Angebote der "C-GmbH" nur an kommerzielle Abnehmer richten und diese auch nur einen Username und ein Passwort erhalten sollen, war die Schein- kaufmannseigenschaft des B auch kausal für diese Vertrauensbetäti- gung.

Das Verhalten des B erfüllt damit die Voraussetzungen der Lehre vom Scheinkaufmann. Die Bestellung des Programms bildete auch für ihn ein Handelsgeschäft i.S.v. § 343 Abs. 1 HGB, da es sich angesichts der Nützlichkeit des Programms für sein auf die Softwareentwicklung gerichtetes Scheinhandelsgewerbe um ein betriebsbezogenes Geschäft handelte.

#### 1.1.8.1.3. Zwischenergebnis

Die Bestellung des Programms ist als **beiderseitiger Handelskauf i.S.v. § 377 HGB** anzusehen.

#### 1.1.8.2. Ablieferung einer nicht ordnungsgemäßen Ware

Mit dem Herunterladen des Programms vom Server der "C-GmbH" über das Internet auf den Computer des Bitter war die mangelhafte Software (*siehe oben*) derart in den Machtbereich des B gelangt, dass dieser die tatsächliche Möglichkeit zu ihrer Untersuchung hatte (Ablieferung).

#### 1.1.8.3. Versäumung einer ordnungsgemäßen Rüge

Nach § 377 Abs. 1 HGB muss der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsgemäßigem Geschäftsgange tunlich ist, untersuchen und einen etwaigen Mangel dem Verkäufer unverzüglich anzeigen. B hat die Fehler des Programms erst nach sechs Wochen gerügt. Da ihm bei einer unverzüglichen, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. 121 Abs. 1 S. 1 BGB) durchgeführten Untersuchung die erkennbaren Mängel bereits viel früher aufgefallen wären und damit eine frühzeitigere Rüge hätte erfolgen können, hat B nicht ordnungsgemäß gerügt.

#### 1.1.8.4. Redlichkeit des Verkäufers

Der Sachverhalt gibt keinen Hinweis darauf, dass die zuständigen leitenden Mitarbeiter der "C-GmbH" ein arglistiges Verhalten i.S.v. § 377 Abs. 5 HGB, das der GmbH als Verkäuferin nach § 166 Abs. 1 HGB analog zugerechnet werden müsste, gezeigt hätten.

#### 1.1.8.5. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 377 HGB sind erfüllt.

## 2. Endergebnis

Eine Klage des B auf Rückzahlung des Kaufpreises hätte keine Aussichten auf Erfolg.

## **7 Wiederholungsaufgaben zu Kapitel 1-6**



**Fragen:**

Frage 1:

Nennen Sie fünf Kaufmannsarten des HGB bzw. der Rechtsprechung!

Frage 2:

Wann spricht man von einem „Handelsgewerbe“?

Frage 3:

Was ist die Definition des „Gewerbes“?

Frage 4:

Wie unterscheiden sich „Gewerbe“ und „Kleingewerbe“?

Frage 5:

Nennen Sie Abgrenzungskriterien für die Unterscheidung „Gewerbe“ – „Kleingewerbe“!

Frage 6:

Können auch „Kleingewerbetreibende“ die Kaufmannseigenschaft erlangen?

Frage 7:

Nennen Sie die Voraussetzungen für den „Scheinkaufmann“ gem. § 242 BGB.

Frage 8:

Nennen Sie die „Firmengrundsätze“!

Frage 9:

Welche Norm schützt den öffentlichen Glauben des Handelsregisters?

Frage 10:

Beschreiben sie die Begriffe „positive Publizität“ und „negative Publizität“!

Frage 11:

Wann liegt ein „Handelskauf“ vor?

Frage 12:

Welche Pflichten treffen den Käufer einer Ware grundsätzlich beim Handelskauf?

## Antworten

Antwort 1:

Istkaufmann (§ 1 HGB), Kannkaufmann (§§ 2, 3 HGB), Kaufmann kraft Eintragung (§ 5 HGB), Formkaufmann (§ 6 HGB), Kaufmann kraft Rechtsschein (§§ 5 HGB analog i.V.m. 242 BGB).

Antwort 2:

Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb mit Ausnahme solcher Unternehmen, die einen nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordern (§ 1 II HGB).

Antwort 3:

Gewerbe ist jede äußerlich erkennbare, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer, zum Zwecke der Gewinnerzielung ausgeübte Tätigkeit, die nicht „freier Beruf“ ist.

Antwort 4:

Ein Kleingewerbe erfordert im Gegensatz zum Gewerbe keinen nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb.

Antwort 5:

Komplexität der Geschäftsvorgänge, Vielfalt des Geschäftsgegenstandes, Bilanzierung, Art der betrieblichen Organisation, Umfang der Geschäftskorrespondenz, Inanspruchnahme von Kreditzahlungen, Teilnahme an Scheck-/ Wechselverkehr, Anzahl der Beschäftigten, Jahresumsatz, Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens, Anzahl der Betriebsstätten, Größe der Betriebsstätten (...).

Antwort 6:

Kleingewerbetreibende können freiwillig kraft „konstitutiver“ Eintragung ins Handelsregister Kaufmannseigenschaft erlangen („Kannkaufmann“).



Antwort 7:

Person erweckt in zurechenbarer Weise gegenüber einem gutgläubigen Dritten den Rechtsschein seiner in Wahrheit nicht vorhandenen Kaufmannseigenschaft.

Antwort 8:

Firmenunterscheidbarkeit, Firmenwahrheit, Firmenbeständigkeit, Firmeneinheit, Firmenöffentlichkeit.

Antwort 9:

§ 15 HGB

Antwort 10:

Positive Publizität: Wird eine einzutragende Tatsache unrichtig bekannt gegeben so kann sich ein gutgläubiger Dritter auf die Falschbekanntmachung berufen (§ 15 III HGB).

Negative Publizität: Das Schweigen des Handelsregisters bewirkt, dass sich derjenige, in dessen Interesse die Eintragung (falls sie erfolgt wäre) liegen würde, auf diese Tatsache nicht berufen kann (§ 15 I HGB).

Antwort 11:

Ein Handelskauf liegt vor, wenn ein Kaufvertrag (§ 433 BGB) vorliegt, dessen Gegenstand Waren oder Wertpapiere sind (§ 373 HGB) und zumindest eine Partei Kaufmann ist, für den der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört.

Antwort 12:

Grundsätzlich: Untersuchungs- und Rügepflicht nach Ablieferung der Ware, außer bei Arglist des Verkäufers oder vertraglichem Ausschluss der Untersuchungs- und Rügepflicht. Rüge hat unverzüglich zu erfolgen nach Ablieferung (bei offenen Mängeln) bzw. nach Erkennbarkeit (bei versteckten Mängeln).

## 8 Absatzorganisation durch selbstständige Hilfspersonen

Im Rahmen der Absatzorganisation im Unternehmen spielen Vertriebsformen eine erhebliche Rolle, bei denen **selbständige Kaufleute als Hilfspersonen** tätig werden (vgl. Führich S. 265 ff).

Die wichtigsten sog. **Umsatzmittler** sollen hier im Überblick dargestellt werden:

### 8.1 Handelsvertreter



Handelsvertreter sind selbständige Gewerbetreibende, die ständig damit betraut sind, einem anderen Unternehmer (muss kein Kaufmann sein) oder mehreren Unternehmern, Geschäfte zu vermitteln oder im Namen der Unternehmer abzuschließen. Sie sind also Vermittlungsvertreter oder Abschlussvertreter. Der Unterschied zum kaufmännischen Angestellten besteht in der Selbständigkeit des Handelsvertreters. Das bedeutet, dass der Handelsvertreter seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit frei einteilen kann. Rechtliche Regelungen enthält das Handelsgesetzbuch (§ 84 HGB bis § 92c HGB).

### 8.2 Der Handelsmakler

Der Handelsmakler übernimmt gegen eine Vermittlungsprovision der **gewerbsmäßige Vermittlung** von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs, **ohne ständig damit betraut** zu sein. Er ist **selbständiger Kaufmann**. Rechtliche Vorschriften zum Handelsmakler befinden sich in §§ 93 ff HGB, 652 ff BGB).

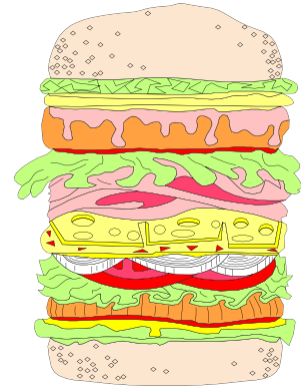
### 8.3 Der Kommissionär

Kommissionsgeschäfte haben eine besonders große Bedeutung im Effektengeschäft. Im Außenhandel sind Kommissionsgeschäfte vor allem dann üblich, wenn es sich um Waren handelt, deren Verkaufschancen von vornherein nicht allzu hoch sind. Bei einem Kommissionsgeschäft handelt es sich um die geschäftliche Betätigung eines Kaufmanns im eigenen Namen für fremde Rechnung. Das Kommissionsgeschäft ist im HGB geregelt (§§ 383-406 HGB). Rechtlich gesehen ist das Kommis-

sionsgeschäft ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter gegenseitiger Vertrag (§ 675 BGB).

## 8.4 Franchising

Franchise wird häufig als Vertriebsform eingesetzt. Der Franchise-nehmer übernimmt den Vertrieb der Produkte des Franchisegebers in eigener Regie mit eigenem Kapital und Risiko. Dafür ist er an Richtlinien, die im Franchisevertrag festgehalten werden, gebunden und muss dem Franchisegeber eine Franchisegebühr erstatten. Dadurch kommt es zur schnellen Expansion des Franchisegebers mit Hilfe des Franchise-nehmers. Besonders hilfreich ist das Franchise für Existenzgründer, da sie weniger Kapital benötigen und das Risiko durch die bekannte Marke vermindert ist.



Beispiele: Mc Donald`s, Hotelketten: Hilton, Holiday Inn etc.

## 9 Finanzierungs- und Kreditgeschäfte

Der Begriff der **Finanzierung** umfasst alle Aktivitäten der Kapitalbeschaffung, die letztlich der Durchführung und Aufrechterhaltung betrieblicher Abläufe dienen. Dabei wird zwischen der Beschaffung von Eigenkapital und der von Fremdkapital unterschieden. Die Finanzierung von außen kann in Form von Geld, Gütern oder Wertpapieren erfolgen. Unter das Stichwort Finanzierung fällt somit auch die Gestaltung der finanziellen Beziehungen zwischen dem Unternehmen und seinen Kapitalgebern. Neben einer zu geringen Eigenkapitalausstattung ist falsche Finanzierung einer der Hauptgründe für Insolvenzen von Unternehmen. Die richtige Finanzierung ist eng mit einer vorausschauenden Finanzplanung verbunden.

Das Darlehen ist der Grundfall aller **Kreditgeschäfte**, auf welches hier nicht näher eingegangen werden soll.

### 9.1 Finanzierungsgeschäfte und Verbraucherschutz

Um geschäftsunerfahrene Verbraucher (Kreditnehmer und Käufer) davor zu bewahren, unüberlegt und unter psychischem Druck eines aggressiven Verkaufsgesprächs sich mit einer langfristigen Verpflichtung zu belasten und, entwickelte man Vorschriften, die es dem Verbraucher ermöglichen, nach Vertragsabschluss einen Vertrag nochmals zu überdenken und Vergleiche über Vertragsbedingungen und Preise anzustellen. Verbraucherkredite unterliegen also einem besonderen Schutz. Zu diesem Zweck sind bestimmte Angaben und das Einhalten gewisser Formalien vorgeschrieben. Dem Konsument steht außerdem innerhalb bestimmter Fristen ein allgemeines Widerrufsrecht zur.

Verbraucherkredite unterliegen ab dem 01. Januar 1991 dem besonderen Schutz des sogenannten **Verbraucherkreditgesetzes**. Es gilt für Kredite ab 200,00 EUR. Im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, das zum 01.01.2002 in Kraft trat, wurden die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes mit geringfügigen Änderungen in das BGB integriert. **lesen Sie die Vorschriften der §§ 491 ff BGB nF im Überblick durch!**

#### ***Exkurs: Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr***

Die Vorschriften für **Verbraucherschutz** (früher VerbrKrG) kommen zur Anwendung, wenn jemand in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit ei-

nen Kredit an eine Person gewährt oder vermittelt, die diesen nicht für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit verwendet (§ 491 I BGB nF, früher: § 1 VerbrKrG).

Unter **Kreditverträge** fallen entgeltliche Darlehen, Zahlungsaufschübe oder sonstige Finanzierungshilfen, deren Nettokreditbetrag mindestens 200 € beträgt (§ 491 II BGB nF, früher: § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerbrKrG). Auch Leasingverträge sowie die häufig anzutreffenden Ratenzahlungsverträge fallen darunter.

Gemäß § 492 BGB nF (früher: § 4 VerbrKrG) bedarf ein solcher Kreditvertrag der **Schriftform**, anderenfalls ist er unwirksam. Wie oben dargestellt, stellen elektronisch abgegebene Willenserklärungen keine Urkunden dar und erfüllen daher nicht das Schriftformerfordernis des § 126 BGB, **auch nach der neuen Gesetzeslage** ist die **elektronische Form ausdrücklich ausgeschlossen**. Für die Erklärung des Kreditgebers genügt zwar gemäß § 492 BGB nF (früher: § 4 Abs. 1 S. 2 VerbrKrG) eine automatische Erstellung ohne Unterschrift, der Kreditnehmer (Verbraucher) muss jedoch seine eigenhändig zu unterzeichnende Erklärung mit den obligatorischen Angaben auf herkömmlichem Weg übermitteln. Auch die Belehrung über das Widerrufsrecht muss unterschrieben werden, sonst beginnt die Widerrufsfrist von einer Woche nicht zu laufen. Dazu **genügt nach bisheriger Rechtsprechung eine digitale Signatur nicht**. Die Folge ist, dass der Verbraucher den Kreditvertrag bis zur beiderseitigen vollständigen Erbringung der Leistung (spätestens jedoch innerhalb eines Jahres) widerrufen kann.

### ***Exkurs: Widerrufsrecht gemäß §§ 355 ff. BGB nF***

Liegt ein **Haustür-, Verbraucherdarlehens- oder Fernabsatzvertrag** vor, so ist der Vertrag zunächst schwebend unwirksam, aber frei widerrufbar, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB nF. Für die Form des Widerrufs ist nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB die **Textform** gemäß der neuen Formvorschrift des § 126b BGB nF vorgesehen. Die Widerrufsfrist beträgt 2 Wochen und beginnt nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB nF, wenn ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht **belehrt** wurde. Diese muss wiederum in Textform (§ 126b BGB nF) erfolgen und einen Hinweis auf die Frist und die Form der Quittung enthalten. Der Verbraucher hat die Belehrung gemäß § 355 Abs. 2 S. 2 BGB schriftlich oder durch qualifizierte elektronische Signatur zu **quittieren**.

Bei Haustürgeschäften muss die Belehrung wegen § 312 Abs. 2 BGB nF auch eine Belehrung über die **Folgen des Widerrufs** enthalten, bei Fernabsatzverträgen **Informationen nach § 312d Abs. 2 i.V.m. § 312c Abs. 2 BGB nF, § 1 Abs. 2, 3 BGB-InfoV** sowie bei E-Commerce-Verträgen **Informationen nach § 312e Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 1 BGB nF, § 3 BGB-InfoV**, widrigenfalls die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt.

Nach der Regelung des § 355 Abs. 3 S. 1 BGB **erlischt** das Widerrufsrecht der Verbrauchers grundsätzlich **6 Monate nach Vertragsschluss**. Der EuGH hat in der sog. **Heininger-Entscheidung**, der sich der BGH angeschlossen hat, den Ausschluss des Widerrufsrechts wegen eines Haustürgeschäfts für europarechtswidrig erklärt, ebenfalls die generelle Befristung des Widerrufsrechts im alten HWiG für den Fall der nicht ordnungsgemäßen Belehrung über das Widerrufsrecht (§ 2 HWiG aF bzw. § 355 Abs. 3 BGB aF). Auf Grund dieser Entscheidung wurden Änderungen im Bereich der Verbraucherverträge erforderlich. Ziemlich versteckt durch eine Regelung in dem Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten (**OLGVertrÄndG**) vom 23.7.2002, in Kraft getreten zum 1.8.2002, wurde § 355 Abs. 3 BGB wie folgt gefasst:

### Übersicht: Änderung des § 355 Abs. 3 BGB

§ 355 (3): Das Widerrufsrecht erlischt spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss. Bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist nicht vor dem Tag des Eingangs beim Empfänger. Abweichend von Satz 1 erlischt das Widerrufsrecht nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist.

Zu beachten ist, dass nach dem neu angefügten Satz 3 bei unzureichender Belehrung keine Höchstfrist für den Widerruf gilt, was in der Praxis der Regelfall sein wird, im Gesetz aber als Ausnahme statuiert ist. Hingegen wird der im Gesetz den Regelfall bildende Fall der Höchstfrist in Satz 1 nur noch ausnahmsweise Anwendung finden.

Nach **Art. 229 § 8 EGBGB** ist § 355 Abs. 3 BGB in der seit dem 1.8.2002 geltenden Fassung auf **nach dem 31.12.2001 abgeschlossene Haustürgeschäfte** anzuwenden sowie auf **andere Schuldverhältnisse**, wenn diese **nach dem 1.11.2002 entstanden** sind.

Das sog. Versandhandelsprivileg der §§ 502 II, 358 BGB nF (früher § 8 VerbrKrG) ist nach bisher herrschender Meinung nicht auf Angebote im Internet anwendbar. Danach ist die Schriftform nicht erforderlich, wenn die Bestellung aufgrund eines Verkaufsprospekts mit bestimmten Angaben erfolgte und der Verbraucher diesen Prospekt eingehend zur Kenntnis nehmen konnte. Auch die Notwendigkeit der eigenhändig unterschriebenen Widerrufsbelehrung entfällt danach, wenn ein einwöchiges uneingeschränktes Rückgaberecht eingeräumt wird. Unter einem Verkaufsprospekt wird jedoch bisher nur ein Druckerzeugnis verstanden, welches dem Verbraucher

dauerhaft zur Verfügung steht und das der Verkäufer einseitig nicht mehr ändern kann. Dies ist bei Webseiten nicht der Fall.

## 9.2 Finanzierungsleasing

**Leasing** erlangt immer größere Bedeutung und wird häufig als eine Form der Kreditfinanzierung in Anspruch genommen. Vor allem bei der Beschaffung von Investitionsgütern spielt Leasing in der betrieblichen Finanzierungspraxis eine immer größere Rolle.

### **Operating-Leasing:**

Leasing ( englisch „to lease“ = mieten, pachten) bezeichnet eine besondere Form der Vermietung oder Verpachtung sowohl von Investitionsgütern (z. B. Maschinen, Gebäuden, Kraftfahrzeugen, Anlagen) als auch von Konsumgütern (z.B. Fernsehgeräten). Das Grundmuster des Leasingvertrages ist dies:

Der Leasinggeber überlässt dem Leasingnehmer ein Wirtschaftsgut für eine Zeit entgeltlich zum Gebrauch, wobei das Entgelt in Raten zu zahlen ist. Bei diesen Gütern kann es sich um bewegliche oder unbewegliche Wirtschaftsgüter (z. B. Immobilien) handeln. Auf dieses sog. **Operating-Leasing** ist alleine Mietrecht anwendbar. Anders als beim Mietverhältnis agiert aber in Deutschland zwischen den Parteien häufig eine Leasinggesellschaft. Die Haftung für die Instandhaltung der Sache oder für Sachmängel, die Gefahr des Untergangs oder der Beschädigung trifft den Leasingnehmer, wenn der Leasinggeber seine entsprechenden Ansprüche gegenüber dem Hersteller oder Lieferanten dem Leasingnehmer übertragen hat.

Leasing führt zu höheren Betriebsausgaben und mindert somit die Ertragssteuer. Da die Betriebsausgaben in die Grundmietzeit vorverlegt werden, wenn der gesamte Investitionsaufwand während der Grundmietzeit gezahlt wird, und diese kürzer als die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Leasinggegenstandes ist, ergibt sich hinsichtlich der Liquidität und Rentabilität ein Vorteil durch Steueraufschub.

### **Finanzierungsleasing („echter Leasingvertrag):**

Durch den sog. „echten Leasingvertrag“ bewirken drei Beteiligte eine Finanzierung eines Wirtschaftsgutes ohne Kreditgewährung:

Der Hersteller verkauft das Wirtschaftsgut an den Leasinggeber und der Leasingnehmer erhält den Besitz des Leasinggutes im Wege des Leasingvertrages. Dadurch ist dem Leasingnehmer eine wirtschaftliche Nutzung des Gutes möglich.

**Hinweis:** Zur Abgrenzung der diversen Leasingvertragsarten: Scherer/Mayer: Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Leasingverträge.

### 9.3 Factoring

Factoring nennt man den Verkauf von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen vor deren Fälligkeit an eine Factoring-Bank (Factor). Diese übernimmt je nach Vertrag unterschiedliche Funktionen für das Unternehmen (Klient):

Der Factor sichert die Liquidität des Klienten, indem er ihm die offenen Forderungen sofort nach Rechnungsstellung gutschreibt. Dieser Service ist umsonst. Zusätzlich zu den banküblichen Zinsen fallen Gebühren in Höhe von 1 % der Kreditsumme an. Factoring lohnt sich bei großen und risikogemischten Forderungsbeständen in der Größenordnung von über 1,5 Mio. Euro und bei langen Zahlungszielen.



## 10 Kreditsicherheiten



Die folgenden Seiten befassen sich mit dem Kreditsicherungsrecht, also den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die einem Kreditnehmer (= Sicherungsgeber) offen stehen, um den oder die Kreditgeber (= Sicherungsnehmer) zu sichern. Diesem Gebiet des Sachenrechts kommt im heutigen Wirtschaftsleben erhebliche Bedeutung zu. Neben den bei jedem Unternehmen vorkommenden Darlehensverträgen mit Kreditinstitutionen werden immer mehr Güter „auf Pump“ gekauft, sei es Konsumgüter des alltäglichen Gebrauchs, PKWs oder Häuser. Darüber hinaus sind auch sonstige Sachverhalte, in denen ein Vertragspartner eine Vorleistung erbringt, ein Anlass, sich durch Kreditsicherheiten abzusichern: Beispielsweise im Falle des Bauhandwerkes, der erst nach Fertigstellung seinen Werklohn erhält. Oder Waren- und Rohstofflieferanten, die nicht gegen Vorkasse liefern. Für die Kreditgeber ist es regelmäßig wichtig, für die gewährten Darlehen Sicherheiten bestellt zu bekommen, auf die sie Zugriff nehmen können, wenn die Rückzahlungen des Kreditnehmers ins Stocken geraten oder dieser gar dem Insolvenzverfahren anheim fällt.

Zu den Forderungsabsicherungsmöglichkeiten gehören Kreditsicherungsmittel wie Sicherungszession, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung, Grundschuld, Hypothek, Pfandrechtsbestellung an beweglichen Sachen und Forderungen sowie Bürgschaft, Schuldbeitritt, Patronatserklärung und Garantieerklärungen.

Man **unterscheidet** zunächst **zwischen „persönlichen“ und „dinglichen“ Sicherheiten**. Während die **persönlichen Sicherheiten** (z. B. Bürgschaft gem. § 765 BGB oder Schuldbeitritt oder Patronatserklärung gem. §§ 311, 241 BGB = Vertrag sui generis) dem Gläubiger die **Möglichkeit bieten, auf das gesamte Vermögen des Verpflichteten in Höhe der Verpflichtung Zugriff** zu nehmen, ermöglicht dem Gläubiger eine **dingliche Sicherheit** (z. B. Sicherungseigentum gem. §§ 930, 868 BGB) die **Verwertung eines bestimmten Vermögensgegenstandes**.

## **Übersicht: Persönliche und Dingliche Sicherheiten**

<b>Persönliche Sicherheiten:</b>	<b>Dingliche Sicherheiten:</b>
Bürgschaft	Hypothek
Schuldbeitritt	Grundschild
Patronatserklärung	Verpfändung von Sachen und Rechten
Garantieerklärung	Eigentumsvorbehalt
	Sicherungszession
	Sicherungsübereignung

Weiterhin ist zwischen „**akzessorischen**“ und „**nicht – akzessorischen**“ Sicherheiten zu unterscheiden.

„Akzessorische“ Sicherheiten sind abhängig vom Bestand einer zu sichernden Forderung. Kommt die abzusichernde Forderung gar nicht erst zur Entstehung (z. B. wegen Wuchers gem. § 138 BGB) oder erlischt sie später (z. B. wegen Erfüllung, § 398 BGB), so teilt die bestellte Sicherheit dieses Schicksal. Akzessorische Sicherheiten sind beispielsweise die Bürgschaft (§ 765 BGB), die Hypothek (§ 1113 BGB) und das Pfandrecht (§ 1204 BGB). Werden die abzusichernden Forderungen gem. § 398 BGB übertragen, so „folgen“ die akzessorischen Sicherheiten „automatisch“ (§§ 412, 401 BGB).

„Nicht – akzessorische“ Sicherheiten sind hingegen unabhängig von der zu sichernden Forderung. Beispiel für nicht – akzessorische Sicherheiten sind die Grundschild (§§ 1191 ff. BGB) oder die Sicherungsübereignung (§§ 929, 939, 868 BGB).

Hilfreich für das Verständnis der Akzessorietät ist die Vorstellung eines Wanderers mit einem Rucksack: Der Wanderer steht für die Forderung, während der Rucksack die Sicherheit symbolisiert. Bei akzessorischen Sicherheiten kann der Rucksack nur zusammen mit dem Wanderer existieren. Fällt der Wanderer, so fällt mit ihm der Rucksack. Existiert kein Wanderer, so gibt es keinen Träger für den Rucksack.

### **10.1 Eigentumsvorbehalt**

*Beispiel: Unternehmer U kauft beim Lieferanten L zehn Schweißgeräte. Den Kaufpreis in Höhe von 9.000 EUR soll U in 10 Monatsraten à 920 EUR begleichen. Fer-*

*ner wurde vereinbart, dass sich L das Eigentum an den Geräten bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehält. Wie ist dies rechtlich zu beurteilen?*

Bei vielen Kaufgeschäften im Wirtschaftsleben, insbesondere bei Ratenkäufen und bei Handelsgeschäften zwischen Kaufleuten, erfolgen Übergabe der Kaufsache und Bezahlung des Kaufpreises nicht „Zug um Zug“. Üblich sind vielmehr Zielgeschäfte mit mehr oder weniger langen Zahlungsfristen. Typisch etwa ist die Zahlungsvereinbarung „zahlbar innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Ware“. Würde keine besondere Absprache getroffen, so ginge das Eigentum mit Übergabe der Ware über. Da aber die Zahlungswilligkeit des Kunden nicht immer gewiss ist, hat der Lieferant ein Interesse daran, „möglichst lange“ selbst Eigentümer der Ware zu bleiben, auch wenn die Sache bereits übergeben ist. Um dies zu erreichen, bietet sich ein „Eigentumsvorbehalt“ an.

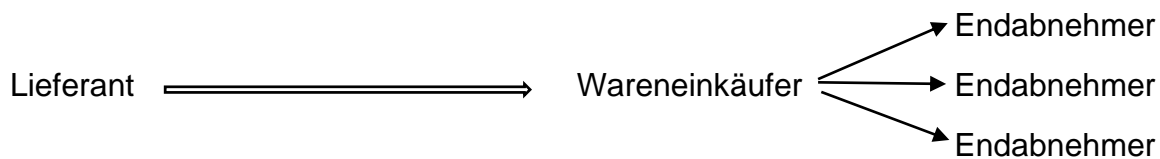
Die vom Lieferanten erwünschte Absicherung erfolgt dadurch, dass die **Einigung** gem. § 929 S. 1 BGB unter die **aufschiebende Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung** (§ 158 I BGB) gestellt wird. Bis zur Zahlung des gesamten Kaufpreises bleibt der Verkäufer der Eigentümer der Sache. Wird die letzte Rate erbracht, so tritt die Bedingung ein und das Eigentum kann ohne weiteres Zutun übergehen. Schuldrechtlich hat der Eigentumsvorbehalt die Wirkung, dass der Lieferant / Verkäufer ein gesetzliches Rücktrittsrecht eingeräumt bekommt, wenn sich der Käufer im Verzug befindet (§ 455 BGB).

Sachenrechtlich wird beim Eigentumsvorbehalt der unmittelbare Besitz durch Übergabe (§ 854 BGB) sofort übertragen, daneben erhält der Käufer ein „Anwartschaftsrecht“ auf das künftige Eigentum. Das Anwartschaftsrecht ist „wesensgleiches Minus“ zum Volleigentum. Zwar ist der Käufer bis zur Zahlung des gesamten Kaufpreises gerade noch nicht Volleigentümer der Sache, der Verkäufer kann den Eigentumserwerb des Käufers aber auch nicht mehr einseitig verhindern. Anderweitige Verfügungen des Verkäufers sind nach § 161 I BGB unwirksam. Das Anwartschaftsrecht wird wie Eigentum übertragen (z.B. nach § 929 S. 1 BGB) und wie Eigentum geschützt (Herausgabeanspruch entsprechend § 985 BGB).

Im Beispiel ist der eben beschriebene Eigentumsvorbehalt vereinbart worden. Die endgültige Übereignung steht unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung. Der Erwerb des Eigentums auf Seiten von U kann von L nicht mehr einseitig verhindert werden. Zahlt U pünktlich die Raten, so erstarkt das Anwartschaftsrecht an den Schweißgeräten im Zeitpunkt der letzten Ratenzahlung zum Vollrecht Eigentum.

Solange der Erwerber der unter Eigentumsvorbehalt veräußerten Sache noch nicht Eigentümer ist, hat er grundsätzlich auch nicht die Berechtigung, die Sache zu veräußern. Dies kann wie oben (unter 4.1.2. und 4.1.3.) dargestellt, nur der Eigentümer oder der hierzu vom Eigentümer Ermächtigte (§ 185 BGB). Es besteht jedoch im Wirtschaftsleben häufig ein Bedürfnis dafür, dass der Wareneinkäufer diese verarbeiten und weiterverkaufen kann, um Mittel für die Bezahlung des Lieferanten zu bekommen. Hier hilft ein „**verlängerter**“ Eigentumsvorbehalt, der an Stelle des verlorenen Eigentums andere Sicherheiten bietet. Der Wareneinkäufer wird ermächtigt, die Waren (u.U. nach Verarbeitung gem. § 950 BGB) an die Endabnehmer weiterzuveräußern. Gleichzeitig wird zwischen Lieferant und Wareneinkäufer eine Vorausabtretung der Forderungen gegen die Endabnehmer vereinbart (§ 398 BGB), die aus dem Verkauf der Vorbehaltsware entstehen (Sicherungsabtretung). Der Wareneinkäufer wird regelmäßig ermächtigt, die Forderungen für den Lieferanten einzuziehen; den erzielten Kaufpreis leitet er dann an diesen weiter.

### Übersicht: Verlängerter Eigentumsvorbehalt



- Kaufvertrag gem. § 433 BGB
- Eigentumsvorbehalt (§§ 929, 158 I BGB)
- Kaufverträge gem. §§ 433 BGB
- Genehmigung zum Weiterverkauf (§ 185 BGB) und Forderungseinzug
- Vorausabtretung aller künftigen Forderungen gegen die Endabnehmer (§§ 398, 433 II BGB)

### **Unwirksamkeitsprobleme beim Eigentumsvorbehalt**

Eine Variante des erweiterten Eigentumsvorbehalts wäre der früher in der Praxis geäußerte **Konzernvorbehalt**, also eine Bedingung, dass das Eigentum erst übergeben soll, wenn sämtliche offene Forderungen gegenüber dem Käuferunternehmen, oder einem anderen, dem gleichen Konzern zugehörigen Unternehmens, getilgt sind. Dieser Konzernvorbehalt ist seit 01.1.1999 jedoch **nicht mehr zulässig**. Eine solche Vorbehaltsvereinbarung wäre damit **unwirksam**.

Als weiteres Unwirksamkeitsproblem zu nennen wäre noch die Möglichkeit, dass der Eigentumsvorbehalt, insbesondere der verlängerte Eigentumsvorbehalt aufgrund einer **Übersicherung** unwirksam ist: Wenn beispielsweise der Vorbehaltsverkäufer im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts sich sämtliche Kundenforderungen aus der Weiterveräußerung abtreten lässt, **ohne die Höhe entsprechend dem Wert der gelieferten Materialien zu beschränken**, so könnte wie auch bei sonstigen Sicherungszessionen eine Übersicherung vorliegen. Der Bundesgerichtshof hat sich diesbezüglich jedoch nicht immer einheitlich geäußert.

Wenn ein Rohstofflieferant mit dem Unternehmer einen verlängerten Eigentumsvorbehalt, also auch die Abtretung der aus der Weiterveräußerung der Ware entstehenden Kundenforderung vereinbart hat und zugleich die Hausbank sich diese Kundenforderungen zur Absicherung ihrer Darlehen im Rahmen einer Globalzession hat abtreten lassen, besteht ein weiteres

Problem:

Da eine Forderung nur einmal abgetreten werden kann und ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich ist stellt sich die Frage, wem denn bei dieser Kollision letztendlich die Forderungen zustehen?

Dies wiederum hängt davon ab, was zeitlich zuerst vereinbart wurde, es gilt also hier der **Prioritätsgrundsatz**. Wurde der verlängerte Eigentumsvorbehalt zuerst vereinbart, so hat die Bank im Rahmen der Globalzession eben die vom verlängerten Eigentumsvorbehalt getroffenen Forderungen nicht erworben.

Hat dagegen die Bank zeitlich zuerst die Globalzession mit dem Unternehmer vereinbart, so wäre die Globalzession an sich vorrangig. Gleichwohl ist noch zu prüfen, ob diese Globalzession nicht wegen Verleitung zum Vertragsbruch selbst sittenwidrig und damit insgesamt unwirksam ist.

## 10.2 Sicherungsübereignung

Beispiel:

Unternehmer U möchte auf seinem Firmengelände eine neue Lagerhalle errichten. Hierzu benötigt er einen Kredit in Höhe von 700.000,- €. Die B-Bank ist bereit, den Kredit zu gewähren, verlangt jedoch von U Sicherheiten. U bietet als Sicherheit seinen Fuhrpark im Wert von 700.000,- € an. Er hat jedoch ein großes Interesse daran, den Fuhrpark weiterhin zu nutzen. Ist dies möglich?



Will der Eigentümer einer beweglichen Sache diese veräußern, aber weiterhin den unmittelbaren Besitz behalten, so kann er nach § 930 BGB mit dem neuen Eigentümer statt der Übergabe gem. § 854 BGB ein Besitzmittelungsverhältnis gem. § 868 BGB vereinbaren. Hauptanwendungsgebiet des Besitzmittelungsverhältnisses ist die Sicherungsübereignung. Sie ist aus dem Bedürfnis der Wirtschaftsunternehmen entstanden, Kredite durch Sicherheitsleistung in Form beweglicher Sachen aus dem Betriebsvermögen zu erlangen, die nicht als Pfand an den Kreditgeber übergeben werden können, weil sie für die Betriebsfortführung unentbehrlich sind (z. B. das Warenlager oder der Fuhrpark) und der Kreditgeber kein Interesse daran hat, für die Lagerung aufzukommen.

Nach Eintritt der Fälligkeit der gesicherten Forderung hat der Darlehensgeber das Recht, die Sache vom Darlehensnehmer heraus zu verlangen und sie entsprechend den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung des zu Grunde liegenden Sicherungsvertrages zu verwerten. Der Sicherungsnehmer (hier: die Bank) wird also Volleigentümer des Sicherungsgutes, ist aber schuldrechtlich durch den Sicherungsvertrag gebunden. Im Falle der Insolvenz des Kreditnehmers hat der Sicherungsnehmer im Übrigen ein Absonderungsrecht gem. § 51 Nr. 1 Insolvenzordnung (InsO).

Im Beispielsfall empfiehlt es sich also für U, mit der B-Bank eine Sicherungsübereignung zu vereinbaren. Hierzu bedarf es zunächst eines (schuldrechtlichen) Sicherungsvertrages, welcher die Verwertungsbefugnis der B im Falle der Kreditfälligkeit und der Nichtrückzahlung regelt, sowie den Rückgabeanspruch von U für den Fall, dass er den Kredit vollständig getilgt hat. Daneben ist eine Sicherungsübereignung gem. §§ 930, 868 BGB zu vereinbaren. Elemente der Sicherungsübereignung sind eine „Einigung“ über den Übergang des Eigentums an den (genau zu bezeichnenden) Fahrzeugen. Weiter bedarf es einer Vereinbarung eines „Übergabesurrogates“ gem. §§ 930, 868 BGB. „Einigsein“ im Zeitpunkt des Übergabesurrogates und „Be-

rectigung“ des U zur Eigentumsübertragung müssen selbstverständlich ebenfalls gegeben sein.

## Übersicht: Rechtsbeziehungen bei der Sicherungsübereignung:



Kreditnehmer (U)  
(Bank)

- Darlehensvertrag
- Sicherungsvertrag

Kreditgeber

Unmittelbarer Besitzer

- Einigung über Eigentumsübergang gem. § 930 BGB
- Vereinbarung eines Besitzmittelungsverhältnisses (§ 868 BGB)

Eigentümer und  
mittelbarer Besitzer

## **Unwirksamkeitsprobleme bei der Sicherungsübereignung:**

Bei der Sicherungsübereignung ist hinsichtlich Unwirksamkeitsproblemen zum einen an den **Verstoß gegen den Bestimmtheits- oder auch Spezialitätsgrundsatz** zu denken, aber auch an das Problem der **Übersicherung**.

Zunächst zum **Bestimmtheitsgrundsatz**: Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass bei Übereignungen klar erkennbar ist, **auf welche Sachen** sich die Übereignung bezieht. Es kann also beispielsweise nicht das „halbe Warenlager“ übereignet werden. Dem Bestimmtheitsgrundsatz ist natürlich genügt, wenn die einzelnen Gegenstände, die übereignet werden sollen, dezidiert aufgeführt sind, beispielsweise aufgrund einer Inventurliste.

**Probleme** können sich ergeben, **wenn** ganze **Sachgesamtheiten** übereignet werden, wie beispielsweise angesprochen der gesamte Fuhrpark oder ein gemischtes Warenlager oder ein Warenlager mit ständig wechselnden Bestand. Es muss klar und eindeutig sein, auf welche einzelnen Gegenstände aus der Sachgesamtheit sich die Übereignung beziehen soll.



**Der Bundesgerichtshof** stellt hierbei strenge Anforderungen. Es muss für jeden Außenstehenden, der die Parteiabreden durchliest, ohne weiteres erkennbar sein, welche bestimmten Sachen übereignet werden sollten. Die Wirtschaftspraxis hat hier zwei vom Bundesgerichtshof anerkannte Abgrenzungsmethoden entwickelt: Zum einen **Markierungsverträge**, wo die zu übereigneten Gegenstände speziell markiert oder durch die Angabe spezieller Merkmale genau umschrieben werden. Die andere Möglichkeit besteht in der Vereinbarung eines sogenannten **Raumsicherungsvertrages**. Bei diesem Raumsicherungsübereignungsvertrag werden alle Gegenstände übereignet, die sich in diesem speziell bezeichneten Raum befinden. Dabei ist darauf zu achten, dass sich wirklich nur Gegenstände in dem Raum befinden, die auch wirklich übereignet werden sollen.

Ist aufgrund der Abfassung des Sicherungsübereignungsvertrages wegen des Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nicht erkennbar, welche Stücke übereignet werden sollten und welche nicht, schlägt die Übereignung fehl.

Das heißt, dass der Sicherheitennehmer die Sicherheit gar nicht bekommen hätte und im Zweifelsfall die Gegenstände nicht verwerten dürfte.

Ein ebenso häufig vorkommendes Problem ist die **Übersicherung**.

**Übersicherung** heißt, dass sich der Darlehensgeber zur Absicherung der Darlehensschuld Sicherheiten gewähren lässt, die den Wert des Darlehens in hohem Maße übersteigen. Dabei ist eine **ursprüngliche Übersicherung**, also eine Übersicherung, die bereits bei Vertragsschluss vorliegt, unwirksam. Diese wird nämlich als **sittenwidrig** angesehen.

Bei der Sicherungsübereignung von **Sicherheiten, die im Bestand ständig wechseln**, wie beispielsweise das Warenlager oder Vorräte oder auch Fuhrpark besteht auch die Möglichkeit einer sogenannten **nachträglichen Übersicherung**.

Nachträglich heißt, dass zwar zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Sicherungsvertrages keine unangemessene Übersicherung vorlag, jedoch aufgrund beispielsweise des Zuwachses des Warenlagers oder des Abbaus der gesicherten Forderung im nachhinein eine Übersicherungssituation entstand.

Man nennt diese Sicherheiten mit wechselndem Wert auch „**revolvierende Sicherheiten**“. Diesbezüglich hat der **Große Senat des Bundesgerichtshofs** entschieden, dass eine nachträgliche Übersicherung nicht mehr zur Unwirksamkeit des Sicherungsvertrages führt. Vielmehr hat hier der Sicherheitengeber gegen den Sicherungsnehmer, beispielsweise die Bank, einen **Freigabeanspruch**. Er kann also die Herausgabe von nicht benötigten Sicherheiten verlangen.

### 10.3 Sicherungszession (= Sicherungsabtretung)

Die Sicherungszession hat insbesondere bei der „Globalzession“ (Abtretung aller bestehenden und künftigen Forderungen, oft im Zusammenhang mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt, s.o.) praktische Bedeutung. Gegenüber der Verpfändung von Forderungen hat die Sicherungszession den Vorteil, dass eine Mitteilung an den Schuldner unterbleiben kann. Die Bestellung eines Pfandrechts ist hingegen gem. § 1280 BGB anzuzeigen.

Die Sicherungszession ist der Sicherungsübereignung sehr ähnlich. Wiederum liegt ein Sicherungsvertrag (§ 311 BGB nF) zu Grunde, in dem Gläubiger (Zessionar) und Schuldner (Zedent) ihre Rechte und Pflichten vereinbaren. Insbesondere wird regelmäßig die Verpflichtung des Gläubigers vereinbart, von dem übertragenen Recht nur zum Zwecke der Verwertung bei Nichterfüllung der gesicherten Forderung Gebrauch zu machen. Der Gläubiger verpflichtet sich zur Zurückübertragung der Forderungen auf den Schuldner, sobald seine Ansprüche erfüllt sind, wegen denen die Sicherungszession vereinbart worden ist. Neben bestehenden Forderungen ist auch die Abtretung künftiger Forderungen möglich, vorausgesetzt die „Bestimmbarkeit“ ist gewährleistet. Das ist gewährleistet, wenn im Zeitpunkt der Abtretung der Entstehungsgrund der Forderung und der Umfang der erfassten Forderung feststehen. Nicht feststehen muss die genaue Höhe der Forderungen.

*Beispiel:*

*Eine Abtretung mit dem Inhalt „Hiermit trete ich alle künftigen Forderungen an X ab“ ist zu unbestimmt. Bestimmbarkeit liegt jedoch im folgenden Fall vor: „Hiermit trete ich alle künftigen Forderungen gegen meine Schuldner mit den Anfangsbuchstaben A – Z aus dem Zeitraum vom 1.1.2003 bis zum 31.12.2003 an X ab.“*

### Unwirksamkeitsprobleme bei Sicherungszessionen:

Bei der **Sicherungszession** oder auch Sicherungsforderungsabtretung werden nicht Sachen zur Sicherheit übereignet. Vielmehr werden Forderungen, beispielsweise

Kundenforderungen des Unternehmers, an die Bank zur Absicherung eines Darlehens übertragen.

Die Konstellation ist ähnlich wie bei der Sicherungsübereignung. Auch hier besteht zwischen Kreditnehmer und Kreditgeber eine Forderung, die abgesichert werden soll. Statt beweglichen Sachen dienen hier die Kundenforderungen des Kreditnehmers als Sicherheit. Der Kreditnehmer überträgt diese Forderungen an den Kreditgeber, also an die Bank.

Aufgrund eines **Sicherungsvertrages** darf die Bank diese Forderungen nur verwerten, wenn der **Sicherungsfall** eingetreten ist, also der Unternehmer die Darlehen nicht zurückzahlen kann.

Auch hier bestehen wieder Probleme bezüglich der Wirksamkeit eines solchen Sicherungsvertrages:

Wie bei der Sicherungsübereignung ist auch hier an eine **Übersicherung** zu denken, wobei die gleichen Grundsätze wie vorher dargelegt gelten: Die **ursprüngliche Übersicherung** führt zur Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit.

Bei der **nachträglichen Übersicherung** besteht nur ein Freigabeanspruch des Sicherungsgebers.

Zur Nichtigkeit des Sicherungsvertrages kann jedoch auch die Sittenwidrigkeit wegen Verleitung zum Vertragsbruch **führen**.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass in **Branchen**, in denen es **üblich** ist, dass die Lieferanten sich zur Absicherung ihrer Waren- oder Rohstofflieferungen ebenfalls Kundenforderungen des Unternehmers abtreten lassen, die Bank sittenwidrig handelt, wenn sie sich sämtliche dieser Kundenforderungen vom Unternehmer abtreten lässt. Da die Abtretung von Forderungen nur einmal möglich ist, kommt der Unternehmer in eine Bredouille:

Hat er seine jetzigen und künftigen Kundenforderungen bereits der Bank zur Absicherung von Darlehen abgetreten, so könnte er den Waren- und Rohstofflieferanten keine Sicherheiten in Form von abtretbaren Kundenforderungen mehr geben. Ohne Sicherheiten besteht jedoch die Gefahr, dass er auch keine Waren oder Rohstoffe von seinen Zulieferern bekommt. Deshalb kann es sein, dass er ihnen gegenüber die vorherige Abtretung an die Bank verschweigt und damit vertragsbrüchig ist, weil er eine nicht mehr existierende Sicherheit vortäuscht.

## 10.4 Hypothek

Unter Hypothek versteht man die Belastung eines Grundstücks in der Weise, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Hypothek bestellt worden ist, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderungen aus dem Grundstück zu zahlen ist. In Entstehung und Bestand ist die Hypothek zwingend abhängig (akzessorisch) von der zu Grunde liegenden Forderung. Die Hypothek erlischt insbesondere durch Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück bzw. dessen Zubehör (durch Zwangsvollstreckung).



Der Ersterwerb einer Hypothek ist mit folgendem Prüfungsschema abzuhandeln:

- Bestand der zu sichernden Geldleistungsforderung (z.B. wirksamer Darlehensvertrag)
- Einigung gem. §§ 873 I iVm. §§ 1113 ff. BGB
- Publizitätsakt „Eintragung ins Grundbuch“ gem. § 1115 BGB bei Buchhypothek oder Briefübergabe gem. § 1117 I BGB oder Briefübergabesurrogat gem. § 1117 II BGB bei Briefhypothek
- Einigsein im Zeitpunkt des Publizitätsaktes
- Berechtigung

Das belastete Grundstück haftet somit für die gesicherte Forderung in der Weise, dass der Grundstückseigentümer die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung dulden muss (§ 1147 BGB).

Der gesetzliche Regelfall ist die „Briefhypothek“. Bei dieser wird für die Hypothek ein Hypothekenbrief erteilt (§ 1116 I BGB). Dieser gibt Auskunft über das Bestehen des Hypothekenrechts und erhöht damit die Verkehrsfähigkeit (Übertragbarkeit) der Hy-

pothek. Zur Geltendmachung der Hypothek ist besagter Brief vorzulegen (§§ 1160, 1161 BGB).

Neben dem Regelfall der Briefhypothek kennt das deutsche Recht die „Buchhypothek“, die „Verkehrshypothek“, die „Sicherungshypothek“, die „Höchstbetragshypothek“, die „Einzelhypothek“, die „Gesamthypothek“, die „Tilgungshypothek“ und „Eigentümerhypothek“. Im einzelnen hierzu Danne / Keil S. 230, 231.

## 10.5 Grundschild

Ganz ähnlich der Hypothek ist die in den §§ 1191 ff. BGB geregelte Grundschild. Die Vergleichbarkeit mit der Hypothek zeigt sich aus dem Verweis des § 1192 I BGB auf die Vorschriften der Hypothek. Ausgenommen sind die Hypothekvorschriften, die sich auf der strengen Akzessorietät zwischen Forderung und Hypothek begründen. Hierin liegt nämlich der Unterschied zwischen Hypothek und Grundschild. Letztere ist nicht – akzessorisch, d. h. in Entstehung und Bestand unabhängig von der zu Grunde liegenden Forderung. Dadurch ist sie für den Gläubiger attraktiver. Gleichwohl wird in der Praxis die Grundschild häufig als „Sicherungsgrundschild“ bestellt. Diese ist eine „normale“ Grundschild, bei der zwischen Forderung und Grundschild durch einen zusätzlichen schuldrechtlichen Sicherungsvertrag zwischen Eigentümer und Gläubiger eine Verknüpfung hergestellt wird, die faktisch der Akzessorietät der Hypothek gleich kommt. Der Gläubiger darf also nur entsprechend dem Sicherungsvertrag von der Grundschild Gebrauch machen.

Die Grundschild kann als Brief- oder Buchgrundschild bestellt werden. Sie kann auch durch den Grundstückseigentümer selbst für sich als „Eigentümergrundschild“ bestellt werden; hierdurch sichert sich dieser die günstige Rangstelle im Grundbuch. Die Prüfung des Ersterwerbs einer Grundschild folgt dem Schema:

- Einigung über die Grundbuchbestellung gem. § 873 I i.V.m. § 1191
- Publizitätsakt „Eintragung ins Grundbuch“ gem. §§ 1192 I, 1115 BGB bei Buchhypothek oder Briefübergabe gem. §§ 1192 I, 1117 I BGB oder Briefübergabesurrogat gem. §§ 1192 I, 1117 II BGB bei Briefhypothek
- Einigsein im Zeitpunkt des Publizitätsaktes
- Berechtigung
- (Bestand der zu Grunde liegenden Forderung ist hier gerade *nicht* erforderlich)

## 10.6 Pfandrechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen und Forderungen

Im Folgenden soll kurz auf die Pfandrechte eingegangen werden. Das Pfandrecht ist ein beschränkt dingliches Recht, das zur Sicherung einer Forderung in der Weise

bestellt wird, dass dem Gläubiger das Recht eingeräumt wird, Befriedigung aus der Sache zu suchen (§ 1204 BGB). Das Pfandrecht ein akzessorisches Sicherungsmittel. Der Bestand und die Durchsetzung des Pfandrechts ist also immer vom „Schicksal“ der gesicherten Forderung abhängig.

Bei den Pfandrechten sind insbesondere folgende Arten zu unterscheiden:

Zum einen nach dem Gegenstand des Pfandrechts. Pfandrechte können bestehen an beweglichen Sachen (§§ 1204 ff. BGB) oder an Rechten (§ 1274 ff. BGB). Eine eigene Kategorie bilden noch die Grundpfandrechte.

Zum anderen kann nach der Art der Pfandrechtsbegründung unterschieden werden. Sie können rechtsgeschäftlich begründet werden (§§ 1204 ff. BGB) oder gesetzlich. Beispiele für gesetzliche Pfandrechte sind das Pfandrecht des Gastwirts (§ 704 BGB), das Vermieterpfandrecht (§ 559 BGB) und das Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB). Auf die genannten gesetzlichen Pfandrechte finden gem. § 1257 BGB die Vorschriften für die rechtsgeschäftlichen Pfandrechte weitgehende Anwendung.

Das Entstehen eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts an einer beweglichen Sache ist folgendermaßen abzu prüfen:

- Bestand der zu sichernden Forderung (z. B. Darlehen)
- Einigung über Entstehen des Pfandrechts gem. § 1205 I BGB
- Publizitätsakt der Übergabe der verpfändeten Sache an den Pfandrechtsgläubiger (§ 1205 I, II, 1206 BGB)
- Einigsein im Zeitpunkt des Publizitätsaktes
- Berechtigung

Insbesondere die Übergabe der Pfandsache hat in der Praxis zur weitgehenden Verdrängung der Pfandrechte an Sachen durch die Sicherungsübereignung (4.2.2.) geführt. Dadurch, dass der Pfandgläubiger unmittelbarer Besitzer wird, hat dieser für die ordnungsgemäße Lagerung und u. U. Pflege zu sorgen und der Verpfänder kann die Sache nicht wirtschaftlich nutzen. Das Pfandrecht geht mit der Übertragung der gesicherten Forderung gem. § 398 BGB auf einen neuen Gläubiger über (§§ 1250, 401 BGB). Es erlischt insbesondere durch das Erlöschen der Forderung (§ 1252 BGB), durch Aufhebung (§ 1255 BGB) oder Rückgabe (§ 1253 BGB). Die Verwertung gepfändeter Gegenstände erfolgt durch deren Verkauf (§ 1228 BGB) oder öffentliche Versteigerung (§ 1235 BGB). Der Erlös aus Verkauf oder Versteigerung dient dann der Befriedigung des Gläubigers.

Auch an Forderungen des Schuldners gegenüber einem Dritten kann ein Pfandrecht bestellt werden. Die Pfandrechtsbestellung an einer Forderung richtet sich gem. § 1274 I BGB nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften (= §§ 398 ff. BGB). Neben den vorrangigen Spezialvorschriften für das Pfandrecht an Forderungen gem. §§ 1274 – 1296 BGB gelten die Vorschriften über die Verpfändung beweglicher Sachen (mit Ausnahmen) entsprechend (§ 1273 II BGB).

Als Prüfungsschema für die Bestellung eines Pfandrechts an einer Forderung empfiehlt sich:

- Bestand der zu sichernden Forderung
- Wirksame Einigung gem. §§ 398, 1274 I 1 BGB
- Kein Ausschluss der Verpfändbarkeit gem. § 1274 II iVm. §§ 399, 400 BGB
- Berechtigung des Schuldners zur Bestellung eines Pfandrechts an einer Forderung, d.h. er muss wiederum Inhaber einer Forderung gegen einen Dritten sein.
- Publizitätsakt der Anzeige gem. § 1280 BGB

### **§ 647 BGB Werkunternehmerpfandrecht**



Der Werkunternehmer hat gemäß § 647 BGB ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Auftraggebers, wenn die Sachen bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in den Besitz des Auftragnehmers gelangten. Diese Vorschrift spielt im Bauwesen keine große Rolle, da es sich bei Bauwerken um unbewegliche Sachen handelt. Darüber hinaus sind die vom Bauunternehmer angeschafften Baumaterialien nach der Verarbeitung untrennbar mit dem Grundstück verbunden und daher Eigentum des Grundstückseigentümers. Ein geringer Anwendungsspielraum ergibt sich, wenn der Bauherr selbst die Baumaterialien beschafft hat und diese noch nicht verbaut sind. Dann können Sicherungsansprüche nach § 647 BGB an diesen Materialien bestehen und diese Sicherheit dann neben den Sicherheiten nach § 648 BGB durchgesetzt werden, falls keine Übersicherung vorliegt.

## **10.7 Die Bürgschaft**

**Literatur:** Danne / Keil S. 177 f.; Führich S. 295 ff.

Die Bürgschaft (§ 765 BGB) ist ein einseitig verpflichtender Vertrag. Mit dem Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der „Bürge“ gegenüber dem „Gläubiger“ einer Forderung gegen einen Dritten (genannt „Hauptschuldner“), für besagte Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen. Der Bürge übernimmt somit die Pflicht, im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners selbst zu zahlen.

Wegen der weitreichenden Folgen besteht gem. § 766 S. 1 BGB das Schriftformerfordernis (beachte jedoch die Heilung des Formmangels im Falle freiwilliger Erfüllung, § 766 S. 2 BGB). Das Bürgschaftsversprechen eines Kaufmanns ist formfrei (§ 350 HGB).

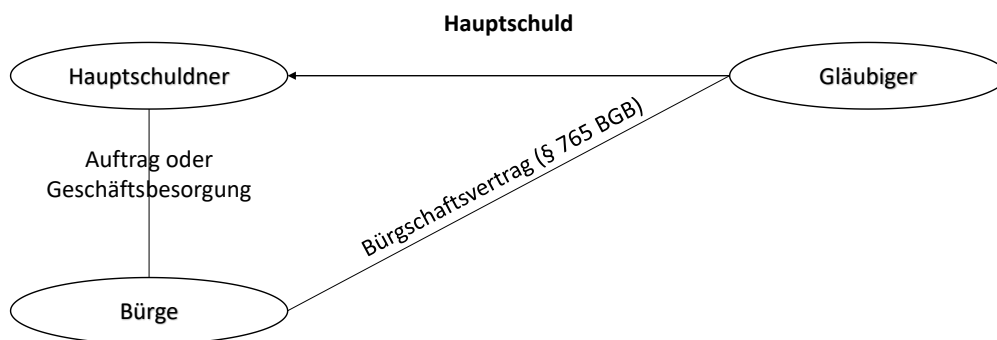
Die Bürgschaft ist akzessorisch zur gesicherten Forderung. Der Bürge kann dem Gläubiger zunächst Einwendungen und Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag selbst entgegenhalten. Darüber hinaus kann er auch die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen (§ 768 BGB). Der Bürge kann weiter die Befriedigung des Gläubigers so lange verweigern, wie dem Hauptschuldner ein Anfechtungsrecht des verbürgten Rechtsgeschäfts zusteht (§ 770 I BGB), dem Gläubiger die Aufrechnungsmöglichkeit gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners zusteht (§ 770 II BGB) oder der Gläubiger nicht vorher die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner versucht hat (Einrede der Vorausklage, § 771 BGB).

In der Praxis haben sich verschiedene Spielarten der Bürgschaft durchgesetzt, insbesondere:

- die eben erwähnte selbstschuldnerische Bürgschaft (§§ 771, 772, 773 Nr. 1 BGB): Hier kann der Gläubiger ohne vorherigen Zwangsvollstreckungsversuch sofort gegen den Bürgen vorgehen.
- die Ausfallbürgschaft (§ 771 BGB): Hier haftet der Bürge nur für den Betrag, der nicht durch Zwangsvollstreckung oder Verwertung anderer Sicherheiten beim Hauptschuldner eingetrieben werden konnte.

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner samt aller Sicherungsrechte kraft Gesetzes auf ihn über (vgl. §§ 714, 412, 401 BGB). Der Bürge kann dann in Folge dessen beim Hauptschuldner in der Höhe seiner Inanspruchnahme Rückgriff nehmen, was bei dem zumeist finanziell wenig potenten Hauptschuldner oft erfolglos bleibt.

### Übersicht: Bürgschaft





### Unwirksamkeitsprobleme bei Bürgschaften:

Bei der Bürgschaft wäre zunächst die Problematik der **Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger** zu nennen.

Häufig kommt es vor, dass Eltern **finanziell noch unselbständige Kinder** veranlassen, eine ihre Leistungsfähigkeit übersteigende Bürgschaft zu übernehmen, um für ihr Unternehmen ein Darlehen absichern zu können. Ebenso ergibt sich die Problematik bei der **Verbürgung durch den Ehegatten**.

Diese **familiären Bindungen** zu dem Hauptschuldner beeinträchtigen oft aufgrund eines **moralischen Drucks** die eigenen Entscheidungsfreiheit. Wenn dann aufgrund dieser moralischen Verpflichtung ein **außergewöhnlich hohes Haftungsrisiko in Anbetracht der bescheidenen, eigenen, wirtschaftlichen Verhältnisse** übernommen wird und die Absehbarkeit einer **lebenslangen Beschwer durch die Schuldenlast** für den Bürgen besteht, kann unter Umständen **Sittenwidrigkeit** und damit Nichtigkeit der Bürgschaftserklärung angenommen werden.

Als weitere Unwirksamkeitsproblematik bei Bürgschaften wäre noch die „**Anlassrechtsprechung**“ des Bundesgerichtshofs zu erwähnen: Sichert beispielsweise eine Person, die nicht Geschäftsführer des darlehensnehmenden Unternehmens ist, ein Darlehen durch eine Bürgschaft ab, die „für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners“ gelten soll, so ist hinsichtlich des Teils „künftige Verbindlichkeiten“ die Bürgschaft unwirksam, da dieser Teil nicht Anlass für die Übernahme der Bürgschaft war.

Eine Bürgschaftserklärung kann unter Umständen auch unwirksam sein, weil sie gegen die Bestimmungen des **Haustürwiderrufgesetzes** oder des **Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (jetzt geregelt in §§ 305 ff BGB nF!) verstößt. Auch das **Verbraucherkreditgesetz** (jetzt geregelt in §§ 491 ff BGB nF!) kann ein Wirksamkeitshindernis für Bürgschaftserklärungen darstellen.

## 10.8 Schuldbeitritt

In der Praxis weit verbreitet ist der Schuldbeitritt (Vertrag „sui generis“, § 311 BGB nF). Mit dem Schuldbeitritt verpflichtet sich eine weitere Person, neben dem Schuldner für dessen Schuld einzustehen. Der Gläubiger hat dann die Wahl, gegen den ursprünglichen Alleinschuldner vorzugehen, oder gegen den selbstständig daneben haftenden Schuldbeitretenden. Zwischen beiden Schuldnern besteht ein „Gesamtschuldverhältnis“ (§ 421 BGB), d.h. jeder haftet aufs Ganze, nicht nur anteilmäßig. Im Gegensatz zur Bürgschaft ist der Schuldbeitritt formlos wirksam. Allerdings bedarf der Schuldbeitritt eines „Verbrauchers“ zu einem Kreditvertrag nach der Rechtsprechung der Schriftform (in entsprechender Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes (jetzt geregelt in §§ 491 ff BGB nF!)). Der Unterschied zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt besteht darin, dass letzterer nicht-akzessorisch ist.



## 10.9 Patronatserklärung

In einer Patronatserklärung verspricht meist (aber nicht nur) die Muttergesellschaft im Rahmen eines Konzerns gegenüber dem Gläubiger einer Tochter- oder Enkelgesellschaft ein bestimmtes Verhalten, das die Aussicht auf die Vertragserfüllung durch den Schuldner, z.B. auf Rückzahlung eines Darlehens, verbessert. Der Inhalt des Versprechens kann von einer unverbindlichen good-will-Erklärung („weiche Patronatserklärung“) bis zu einer rechtlichen Verpflichtung garantieähnlicher Art oder zur Schadensersatzleistung wegen Nichterfüllung der gesicherten Forderung reichen („harte Patronatserklärung“). Im Falle einer harten Patronatserklärung haftet bei Insolvenz des Schuldners der Patron neben diesem als Gesamtschuldner. Aus einer weichen Patronatserklärung lassen sich mangels Rechtsbindungswillen vertragliche oder vertragsähnliche Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche nicht herleiten. Welche von beiden Patronatserklärungen vorliegt, ist mangels einer ausdrücklichen Regelung in der Erklärung durch Auslegung anhand des objektiven Empfängerhorizonts (§§ 133, 157, 242 BGB) zu ermitteln.

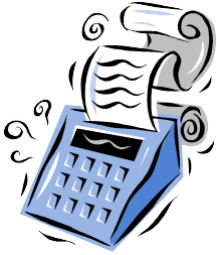


## 10.10 Garantievertrag

Weitere Sicherungsmöglichkeit für eine Forderung ist der Garantievertrag (Vertrag

„sui generis“, § 311 BGB). Im Gegensatz zur Bürgschaft ist der Garantievertrag nicht-akzessorisch. Der Garantievertrag kann also auch dann bestehen, wenn die zu sichernde Forderung erloschen, einredebehaftet oder nie zur Entstehung gelangt ist. Mit dem Garantievertrag übernimmt der Garant die Gewähr dafür, dass eine bestimmte Forderung unbedingt und in jedem Fall beglichen wird. Die Haftung ist somit ungleich schärfer als die der Bürgschaft.

### **Kreditversicherungen**



Der Forderungsausfall aufgrund von Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist versicherbar. Die Versicherung tritt ein, wenn der Schuldner des Versicherungsnehmers zahlungsunfähig ist, insbesondere, wenn über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels

Masse abgelehnt ist, die Annahme eines Schuldenbereinigungsplanes vom Gericht festgestellt oder mit allen Gläubigern ein Vergleich abgeschlossen wurde oder die Zwangsvollstreckung keinen Erfolg brachte. Der Forderungsausfall wird aber nicht in voller Höhe getragen, sondern je nach vertraglicher Vereinbarung abzüglich einer Selbstbeteiligung des Versicherungsnehmers. Die Höhe der Selbstbeteiligung hat auf die Versicherungsprämie Einfluss. Eine derartige Kreditversicherung kostet monatlich zwischen 1 und 2,5 Prozent der monatlichen Außenstände. Die Höhe des Beitrags hängt von der jeweiligen Branche, dem Umsatz, der Höhe der Außenstände, der Höhe der früheren Forderungsausfälle und der Erfahrungen über Zahlungsmoral der Kunden des Unternehmens ab. Die Versicherung prüft die Kreditwürdigkeit der Kunden und warnt bei Bonitätsverschlechterung. Für den Unternehmer wird durch die Kreditversicherung das Ausfallrisiko kalkulierbar.

### **10.11 Kontrollfragen zu Kapitel 11**



Frage 1:

Was ist der Unterschied zwischen einer „akzessorischen“ und einer „nicht – akzessorischen“ Sicherheit? Nennen Sie Beispiele!

Frage 2:

Wie wird rechtstechnisch ein „Eigentumsvorbehalt“ vereinbart?

Frage 3:

Welchen Zweck erfüllt der „Eigentumsvorbehalt“?

Frage 4:

Wie wird rechtstechnisch ein „verlängerter“ Eigentumsvorbehalt vereinbart?

Frage 5:

Welchen Zweck erfüllt der „verlängerte“ Eigentumsvorbehalt?

Frage 6:

Was ist das Wesen einer „Sicherungsübereignung“ an beweglichen Sachen gem. §§ 930, 868 BGB? Weshalb ist diese „populärer“ als das Pfandrecht an beweglichen Sachen gem. § 1204 BGB?

Frage 7:

Was muss bei der Abtretung künftiger Forderungen insbesondere gewährleistet sein?

Frage 8:

Wodurch unterscheiden sich Hypothek und Grundschuld?

Frage 9:

Wie können Pfandrechte entstehen? Nennen Sie Beispiele!

Frage 10:

Welche Personen sind bei einer Bürgschaft beteiligt? Zwischen welchen Personen wird das Bürgschaftsversprechen abgegeben?

Frage 11:

Ist die Bürgschaft akzessorisch oder nicht – akzessorisch?

Frage 12:

Wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt, was geschieht dann mit der gesicherten Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner?

Frage 13:

Welche Arten von „Patronatserklärungen“ gibt es?

## 10.12 Antworten

Antwort 1:

Akzessorisch: Bestand der Sicherheit hängt ab von Bestand der gesicherten Forderung (Beispiel: Hypothek, Bürgschaft, Pfandrecht);

Nicht – akzessorisch: Sicherheit ist unabhängig von Bestand der gesicherten Forderung (Beispiel: Garantievertrag, Schuldbeitritt, Grundschuld).

Antwort 2:

Durch Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB) im Rahmen der dinglichen Einigung (§ 929 S. 1 BGB). Aufschiebende Bedingung ist die vollständige Kaufpreiszahlung.

Antwort 3:

Durch den Eigentumsvorbehalt bleibt der Veräußerer über den Zeitpunkt der Übergabe der Sache hinaus Eigentümer. Ihm wird zudem ein gesetzliches Rücktrittsrecht (§ 455 BGB) eingeräumt, wenn der Käufer in Verzug mit der Zahlung gerät. Somit ist die Position des Veräußernden wesentlich stärker als bei einer sofortigen vollständigen Übertragung des Eigentums.

Antwort 4:

Ein „verlängerter Eigentumsvorbehalt“ wird vereinbart durch eine „Genehmigung“ des Veräußerers (§ 185 BGB) zur Weiterveräußerung seitens des Erwerbers an die Endabnehmer noch vor der vollständigen Kaufpreiszahlung.

Antwort 5:

Hierdurch wird dem Erwerber einer Sache die Möglichkeit eröffnet, noch vor dem vollständigen Eigentumserwerb über die Sache zu verfügen und Gewinne zu erzielen. Insofern wird die Verkehrsfähigkeit des Vorbehaltsgutes erhöht.

Antwort 6:

Bei einer Sicherungsübereignung wird das Eigentum übertragen, der unmittelbare Besitz bleibt jedoch beim Alteigentümer. Dieser kann das Sicherungsgut somit weiter wirtschaftlich nutzen, der Neueigentümer (mittelbarer Besitzer, § 868 BGB) muss nicht für die Aufbewahrung desselben sorgen. Zu Grunde liegt ein Sicherungsvertrag

(§ 311 BGB nF), der die Rechte und Pflichten von Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber regelt.

Beim Pfandrecht ist regelmäßig eine Übergabe der Sache (§ 1205 ff BGB) nötig, was häufig weder im Sinne des Sicherungsnehmers noch im Sinne des Sicherungsgebers ist.

Antwort 7:

Die „Bestimmbarkeit“

Antwort 8:

Hypothek ist akzessorisch, Grundschuld ist nicht – akzessorisch

Antwort 9:

Pfandrecht kraft Gesetzes: Pfandrecht des Gastwirts (§ 704 BGB), Vermieterpfandrecht (§ 559 BGB), Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB).

Pfandrecht kraft Rechtsgeschäft: § 1204 BGB an beweglichen Sachen, § 1273 BGB an Forderungen.

Antwort 10:

Hauptschuldner, Bürge, Gläubiger.

Bürgschaftsvertrag zwischen Bürge und Gläubiger (§ 765 BGB).

Antwort 11:

Bürgschaftsvertrag ist akzessorisch.

Antwort 12:

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner samt aller Sicherungsrechte kraft Gesetzes auf ihn über (§§ 714, 412, 401 BGB).

Antwort 13:

Welche Patronatserklärung: Good – will Erklärung (meist) einer Muttergesellschaft gegenüber Gläubigern einer Tochtergesellschaft.



Harte Patronatserklärung: Rechtliche Verpflichtungserklärung der Muttergesellschaft mit Garantie und Schadensersatzverpflichtung im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer Tochtergesellschaft.