

Teil 3

Einzelne handelsrechtliche Verträge

§ 11

Handelskauf

Literatur: Beckmann/Glose, Irrtumsanfechtung bei der Mängelrüge nach § 377 HGB, BB 1989, 857; Bernstein, Der Finanzierungs-Leasing-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung des privaten PKW-Leasing“, DB 1987, 1236; Canaris, „Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing“, AcP 190 (1990), 410; Ernst, Die Zurückweisung der Ware, NJW 1997, 896; Flume, Die Rechtsfigur des Finanzierungsleasing, DB 1991, 265; Hager, Rechtsfigur des Finanzierungsleasing von Hard- und Software, AcP 190 (1990), 324; Hönn, Positive Vertragsverletzung und kaufmännische Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, BB 1978, 685; Jagenburg, Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts im Jahre 1985: BGB-Vertrags und Verfahrensfragen, NJW 1986, 3179; Hüfer, Rechtsfragen des Handelskaufes (2. Teil), JA 1981, 145; Klammroth, Inhaltskontrolle von Finanzierungs-Leasing-Verträgen über bewegliche Gegenstände nach dem „Leitbild des Leasing-Vertrages“, BB 1982, 1949; Knöpfe, Aliud-Lieferung beim Gattungskauf – Nichterfüllungs- oder Gewährleistungsrecht?, NJW 1989, 871; ders., Subjektiver Fehlerbegriff und Gleichbehandlung von Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Gattungskauf, JZ 1979, 11; Koppensteiner, Rügeversäumnis und Käuferpflichten beim Handelskauf, BB 1971, 548; Lehmann, Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers in BGB und HGB, WM 1980, 1169; Lieb, Verbraucher kreditgesetz und Finanzierungsleasing, WM 1991, 1533; ders., Gewährleistung beim reinen Finanzierungsleasing, DB 1988, 2495; Liesecke, Die typischen Klauseln des internationalen Handelsverkehrs in der neueren Praxis, WM 1978, Beilage 3, S. 1; Mailänder, Die Lieferung falscher Mengen im Handelsrecht, ZHR 126 (1964), 89; Marburger, Die Sachmängelhaftung beim Handelskauf, JuS 1983, 1; ders., Technische Normen, Gattungsbegriff und Rügelast (§§ 377, 378 HGB) – BGH, NJW 1975, 2011, JuS 1976, 642; Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. I, 1991; Mössle, Verlustrisiko bei § 377 HGB, NJW 1988, 1190; Müller, Die Rügeobliegenheit des Kaufmanns, ZIP 1997, 661; Nagel, Schuldrechtliche Probleme bei Just-in-time-Lieferbeziehungen, DB 1991, 320; Neuner, Handelsrecht – Handelsgesetz – Grundgesetz, ZHR 157 (1993), 243; Oertmann, Der gewöhnliche Handelskauf, in: Endemanns Handbuch IV/2, 1918, §§ 45 ff; Padeck, Rechtsprobleme des sog. Streckengeschäftes, Jura 1987, 454; Peters, Die Preisberechnung nach Rügeversäumnis in den Fällen des § 378 HGB, AcP 164 (1964), 348; Peters/Wiechmann, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Abtretungsermächtigung beim echten Factoring, ZIP 1982, 1406; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965; Roth, Handels- und Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 1994; Saenger, Zum Beginn der Verjährungsfrist bei kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen, NJW 1997, 1945; Karsten Schmidt, Qualitätssicherungsvereinbarungen und ihr rechtlicher Rahmen, NJW 1991, 144; Stewing/Schütze, Irrtumsanfechtung bei der Mängelrüge nach § 377 HGB, BB 1989, 2130; Tiedtke, Zur Sachmängelhaftung des Leasinggebers, JZ 1991, 907; ders., Die Rügelast des Käufers bei Verletzung von Nebenpflichten durch den Käufer, NJW 1990, 14; Graf v. Westphalen, Exportfinanzierung, 3. Aufl., 1987; Wildemann, Das Just-In-Time-Konzept: Produktion und Zulieferung auf Abruf, 1988.

Übersicht

I. Begriff und Bedeutung des Handelskaufs	1	aa) Qualitätsmangel	63
1. Begriff	1	bb) Aliudlieferung	64
2. Geschichte und Bedeutung	5	cc) Quantitätsmangel	71
II. Allgemeines	9	dd) Scheinbar vorhandener Mangel	77
III. Sonderregeln außerhalb des Gewährleistungsrechtes	15	c) Mängelrüge bei der Einschaltung von Zwischenhändlern	78
1. Versandungskauf	15	2. Ausschluss der Rüge	89
2. Die Auslegungsregel des § 380 HGB	17	3. Ordnungsmäßigkeit der Rüge	94
3. Verkäuferrechte bei Annahmeverzug gemäß §§ 373 f HGB	18	a) Anzeige des Mangels	94
a) Voraussetzungen des Annahmeverzuges	18	b) Rechtzeitigkeit der Anzeige	101
b) Rechtsfolgen des Annahmeverzuges	19	aa) Bei offenen Mängeln	103
4. Bestimmungskauf	29	bb) Bei verborgenen Mängeln	105
5. Fixhandelskauf	35	4. Rechtsfolgen rechtzeitiger und ordnungsgemäßer Rüge	107
a) Voraussetzungen für das Vorliegen eines Fixhandelskaufs	35	a) Bei Vorliegen eines Sachmangels	108
b) Abgrenzung relatives/ absolutes Fixgeschäft	41	b) Bei Falschlieferung	109
c) Rechtsfolgen eines Fixhandelskaufs	42	aa) Gattungskauf	110
IV. Sachmängelgewährleistung beim Handelskauf	52	bb) Stückkauf	112
1. Grundlagen und Bedeutung der §§ 377, 378 HGB	52	c) Bei Quantitätsmängeln	113
a) Rechtliche Einordnung und Systematik	52	5. Rechtsfolgen nicht rechtzeitiger oder ordnungsgemäßer Rüge	115
b) Die verschiedenen Arten von Mängeln	63	6. Aufbewahrungspflicht und Notverkaufsrecht	123
		V. Exkurs: Leasing und Factoring	125
		1. Leasing	126
		2. Factoring	134

I. Begriff und Bedeutung des Handelskaufs

1. Begriff

1 Die §§ 373 ff HGB enthalten Bestimmungen über den Handelskauf, ohne ihn jedoch genau zu definieren. Eine **Begriffsbestimmung** läßt sich allerdings aus der systematischen Stellung der §§ 373 ff im dritten Buch des HGB herleiten:¹⁾

1) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 I 1.

Handelskauf ist danach jeder Kauf, der zu den Handelsgeschäften (§§ 343, 344 HGB) gehört und eine Ware (vgl. § 373 Abs. 1 und § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB) oder ein Wertpapier (§ 381 Abs. 1 HGB) zum Gegenstand hat.²⁾

Erforderlich für einen Handelskauf ist somit das **Vorliegen eines Warenumsatzes**. Liegt kein Warenumsatz vor, kommt auch das Recht des Handelskaufs nicht zur Anwendung.³⁾ Nicht als Handelskauf einzustufen sind demnach insbesondere der Grundstückskauf, der Kauf von nicht in Wertpapieren verbrieften Rechten sowie der Kauf eines Unternehmens im ganzen.⁴⁾

Beim Abschluß eines auf einen Handelskauf gerichteten Vertrages muß gemäß § 345 HGB zumindest auf einer Seite ein Kaufmann beteiligt sein, für den der Kauf zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Allerdings setzen lediglich die §§ 377–379 HGB, durch die dem Käufer besonders strenge Obliegenheiten auferlegt werden, ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraus.⁵⁾ Als Handelskauf ist somit jeder Kaufvertrag über Waren oder Wertpapiere zu qualifizieren, der **für wenigstens eine der Vertragsparteien ein Handelsgeschäft** darstellt.⁶⁾

Die Vorschriften über den Handelskauf finden gemäß § 381 Abs. 2 HGB auch auf einen **Werklieferungsvertrag** Anwendung, bei dem aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist. Daraus ergibt sich eine Mischung der anwendbaren Normen: Grundsätzlich kommt das Kaufrecht des BGB zur Anwendung, wobei allerdings an die Stelle von § 433, 446 Abs. 1 Satz 1, §§ 447, 459, 460, 462–464, 477–479 BGB Werkvertragsrecht tritt. Wird hingegen die Herstellung einer vertretbaren Sache geschuldet, unterliegt der Werklieferungsvertrag bereits gemäß § 651 Abs. 1 BGB dem Kaufrecht.

2. Geschichte und Bedeutung

Warenumsätze werden im Wirtschaftsleben täglich millionenfach getätigt, daher ist der Handelskauf das mit Abstand **wichtigste und häufigste Handelsgeschäft**. Gemessen an dieser überragenden Bedeutung ist der Umfang des

2) Hübner, § 7 I; v. Gierke/Sandrock, § 60 I 1; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 I 1; Staub/Koller, HGB, vor § 373 Rz. 1; Oertmann, § 46.

3) So ist beispielsweise die Einbringung von Sachen in eine Gesellschaft kein Umsatzgeschäft, obgleich auch in einem solchen Fall eine Sachmängelgewährleistung eingreift. Auch auf Leasingverträge ist § 377 HGB nicht anwendbar, soweit dies nicht gesondert vereinbart wurde; vgl. dazu BGH, Urt. v. 24. 1. 1990 – VIII ZR 22/89, ZIP 1990, 650, dazu EWiR 1990, 487 (v. Westphalen); Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 I 1 c.

4) Roth, § 31 I, S. 327.

5) BGH, Urt. v. 16. 9. 1987 – VIII ZR 334/87, NJW 1988, 52, 53.

6) Staub/Koller, HGB, vor § 373 Rz. 1; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 I 1 a.

kaufmännischen Sonderrechts, wie es in den §§ 373–382 HGB seinen Niederschlag gefunden hat, ausgesprochen gering.⁷⁾

- 6 Die **verhältnismäßig geringe Reglementierung** des Handelskaufs durch das HGB hat historische Gründe: Im traditionellen Kaufmannsrecht steht der Wapunkt von Handelsrecht und Bürgerlichem Recht. Aus diesem Grund hat sich der Kaufleute“ regelndes Handelsgesetzbuch notwendig oder doch zumindest nützlich ist. Anfangs mußte das ADHGB aufgrund der zum damaligen Zeitpunkt in Deutschland herrschenden Rechtszersplitterung zum Teil auch allgemeines Schuldrecht substituieren, daher war dort das Recht des Handelskaufs noch sehr eingehend geregelt (vgl. Art. 337 ff ADHGB). Durch das Inkrafttreten des BGB wurde jedoch eine derart umfassende Regelung im HGB überflüssig, und es wurden daher nur solche Regelungen des ADHGB übernommen, die in Abweichung vom BGB besonders zur Beschleunigung der Vertragsabwicklung beitragen können.⁹⁾
- 7 Das Recht des Handelskaufs baut somit gleichsam auf dem Kaufrecht des BGB auf und verlangt dessen **subsidiäre Anwendung**. Aus diesem Grund ist es notwendig, die Grundprinzipien des bürgerlichen Rechts mit den für den Handelskauf geltenden Sonderregeln in Beziehung zu setzen.
- 8 Bei **internationalen Handelskäufen** ist darüber hinaus zu beachten, daß möglicherweise und dann vorrangig das einheitliche UN-Kaufrecht¹⁰⁾ anwendbar ist. Dessen Vorschriften über den Vertragsschluß sowie die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien gelten unter bestimmten Voraussetzungen im grenzüberschreitenden Kaufgeschäft und überlagern dann das Vertrags- und Kaufrecht des BGB und HGB.¹¹⁾

II. Allgemeines

- 9 Die wenigen zusammenhanglosen **Vorschriften im HGB (§§ 373–382)** bieten kein geschlossenes Bild des Handelskaufs, sondern ergänzen oder modifizieren im wesentlichen das Leistungsstörungs- und Gewährleistungsrecht des BGB (vgl. Art. 2 Abs. 1 EGHGB).

7) Roth, § 31 I, S. 327.

8) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 I 2 a; Raisch, S. 51 f m. w. N.

9) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 I 2 a.

10) Vgl. dazu unten Piltz, § 12 Rz. 45 ff.

11) Roth, § 31 I, S. 327 f.

Maßgeblichen Einfluß auf die Rechtsgestaltung des Handelskaufs nehmen daneben insbesondere **typisierte Vertragsgestaltungen**, die sich weitgehend in allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen¹²⁾ sowie in spezifischen, abgekürzt formulierten Handelsklauseln¹³⁾ ausgeprägt haben, deren Bedeutungsgehalt wiederum weitgehend zum Handelsbrauch erstarkt ist.

Der **Charakter der handelsrechtlichen Sonderregelungen** läßt sich dahingehend kennzeichnen, daß grundsätzlich der Verkäufer, welcher entweder selbst Kaufmann ist (beiderseitiges Handelsgeschäft) oder zumindest einem solchen gegenübersteht (einseitiges Handelsgeschäft), begünstigt wird. Die Vorschriften über den Handelskauf dienen somit einer schnellen und einfachen Abwicklung der Geschäfte im Interesse des Verkäufers.¹⁴⁾

Bisweilen wird die **Einbeziehung einseitiger Rechtsgeschäfte in das Recht des Handelskaufs** als rechtspolitisch mißlungen betrachtet, da sich die Bevorzugung der Verkäuferinteressen beim Handelskauf aus heutiger Sicht nur bei Rechtsgeschäften rechtfertigt, die auf beiden Seiten Unternehmensgeschäfte sind, während die einseitigen Rechtsgeschäfte in den Bereich des Konsumentenschutzes gehören.¹⁵⁾ Dieser Ansicht ist zu folgen, da beim Handelsverkehr mit Nichtkaufleuten deren Konsumentenschutz Vorrang vor der durch das HGB bezweckten Besserstellung des Verkäufers verdient.

Vor der näheren Erörterung der §§ 373 ff HGB ist darauf hinzuweisen, daß es sich um **drei einander überlagernde Ebenen von Vorschriften** handelt: Ergänzend zu §§ 373 ff HGB greifen die §§ 343 ff HGB ein, wobei die §§ 433 ff BGB sowie die einschlägigen Vorschriften des BGB über den Verzug die Grundnormen sind, die, soweit nicht eine speziellere Norm eingreift, auch für den Handelskauf gelten.¹⁶⁾ Die Bestimmungen des HGB über den Handelskauf gelten darüber hinaus auch für den Tauschvertrag gemäß § 515 BGB und für den Werklieferungsvertrag über vertretbare oder nicht vertretbare Sachen.¹⁷⁾

Die **wichtigste Pflicht des Käufers** besteht in der Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises. Der Käufer ist dabei grundsätzlich nicht zur Vorleistung verpflichtet (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB) und braucht sich daher auch nicht auf eine Zusendung gegen Nachnahme einzulassen. Im internationalen Verkehr ist

12) Vgl. dazu oben Pfeiffer, § 9.

13) Vgl. dazu oben Schinkels, § 5 Rz. 37 ff, und unten Piltz, § 12 Rz. 78 ff.

14) Brox, Rz. 368; kritisch zur Begünstigung der Interessen des Verkäufers bei einseitigen Handelsgeschäften insbesondere Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 I 2 b.

15) Staub/Koller, HGB, vor § 73 Rz. 1; einschränkend Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 I 2 b.

16) Hübner, § 7 I.

17) Brox, Rz. 368; Jänsch/Zerres, S. 160; Jagenburg, NJW 1986, 3179, 3184.

dieses Prinzip allerdings nicht durchführbar – daher werden die Abwicklungsmodalitäten oft abweichend durch sogenannte Zahlungsklauseln geregelt. Am gebräuchlichsten ist dabei die Klausel „Kasse gegen Dokumente“. ¹⁸⁾ Da halt der die Ware repräsentierenden Konnossemente, zur Zahlung verpflichtet. Der Verkäufer muß somit zunächst die zur Beschaffung der Dokumente erforderlichen Leistungen erbringen, während der gegen Vorlage der Dokumente erleistende Käufer zwar mit Übergabe der Dokumente gemäß § 650 HGB bereits Eigentümer der Ware wird, aber noch keinen unmittelbaren Besitz und damit noch keine Prüfungsmöglichkeit erlangt. Daher bedeutet die Klausel eine Vorleistung für beide Seiten.

III. Sonderregeln außerhalb des Gewährleistungsrechts

1. Versendungskauf

15 Das Distanzgeschäft spielt im Handelsverkehr eine ganz bedeutende Rolle. Da das HGB für das Distanzgeschäft keine besonderen Regelungen enthält, gelten für die **Verteilung der Leistungs- und Preisgefahr** die allgemeinen Regelungen des BGB. Bei Stückschulden ist die Leistungsgefahr, d. h. die Gefahr, die geschuldete Leistung wegen Unterganges der Sache nicht zu erhalten, immer vom Käufer zu tragen. Dies gilt auch bei Gattungsschulden nach Konkretisierung gemäß § 243 Abs. 2 BGB und beim Versendungskauf von der Absendung an. Die Preisgefahr, d. h. die Gefahr, trotz Nichtlieferung den Kaufpreis zahlen zu müssen, hat der Käufer gemäß § 477 BGB von dem Zeitpunkt der Übergabe der Sache an den Spediteur, Frachtführer usw. an zu tragen.

16 Die **Kosten der Versendung** fallen, soweit von den Parteien nicht anders vereinbart, gemäß § 448 Abs. 1 BGB dem Käufer zur Last. Im Handelsverkehr werden jedoch häufig abweichende Vereinbarungen durch Verwendung von Klauseln wie „fob“ (free on board: der Verkäufer muß die Versandkosten bis an Bord des Seeschiffes im Ladehafen übernehmen) und „cif“ (cost, insurance and freight: der Verkäufer trägt die Versandkosten bis zum Eintreffen des Schiffes im Bestimmungshafen) getroffen. Konkretisierung und Übergang der Preisgefahr vollziehen sich in beiden Fällen mit der Abladung der Ware an Bord des Schiffes, Erfüllungsort ist der Ladehafen, wobei im Falle einer Cif-Vereinbarung noch ein ordnungsgemäßes Verlade- oder Frachtpapier abgesandt werden muß. Wird ein spezieller Ort als Erfüllungsort vereinbart, ²⁰⁾

18) BGH, Urt. v. 15. 6. 1954 – I ZR 6/53, BGHZ 14, 61, 62; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rz. 1100; *ders.*, Handelsrecht, § 29 VI 2, S. 421; *Liesecke*, WM 1978, Beilage 3, S. 1, 11 ff; *Heymann/Horn*, HGB, § 346 Rz. 116.

trägt hingegen der Verkäufer die Preis- und bei Gattungsschulden auch die Leistungsgefahr.

2. Die Auslegungsregel des § 380 HGB

§ 380 HGB, der die Regelung des Art. 352 ADHGB übernommen hat, enthält ¹⁷⁾ eine heute kaum noch relevante Auslegungsregel für den Fall, daß der Kaufpreis nach dem Gewicht der Ware zu berechnen ist. ¹⁹⁾ Im Zweifel soll danach das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) nicht mitgerechnet werden.

3. Verkäuferrechte bei Annahmeverzug gemäß §§ 373 f HGB

a) Voraussetzungen des Annahmeverzuges

Nimmt der Käufer die gekaufte Ware nicht an, so kann er in **Annahmeverzug** ¹⁸⁾ (**Gläubigerverzug**) kommen. Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges richten sich grundsätzlich nach den §§ 293 ff BGB, da das HGB insoweit keine abweichenden Regeln enthält.

b) Rechtsfolgen des Annahmeverzuges

Auch die Rechtsfolgen des Annahmeverzuges bestimmen sich nach den ¹⁹⁾ Regeln des BGB. Soweit sich der Käufer mit der Annahme der Ware in Verzug befindet, kann der Verkäufer die Ware wahlweise gemäß § 373 Abs. 1 HGB auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen oder die Ware nach § 373 Abs. 2 Satz 1 HGB versteigern lassen oder unter Umständen auch freihändig verkaufen. Zweck dieser Vorschrift ist es, dem Verkäufer, der zumeist einen umfangreichen Warenumschlag in seinem Geschäft hat, verbesserte Möglichkeiten einzuräumen, sich im Falle eines Annahmeverzuges des Käufers schnell seiner Ware zu entledigen. ²⁰⁾

Die **Rechte des Verkäufers aus dem BGB** bleiben dabei gemäß § 374 HGB ²⁰⁾ ausdrücklich unberührt und werden durch § 373 HGB lediglich erweitert: Der Verkäufer kann gemäß § 373 Abs. 1 HGB Waren in einem Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen. Während beim Annahmeverzug des Gläubigers vom Schuldner gemäß § 372 Satz 1 BGB normalerweise nur Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten hinterlegt werden können, ist beim Handelskauf gemäß § 373 Abs. 1 HGB **jede Ware hinterlegungsfähig**. Die Hinterlegung hat allerdings keine Erfüllungswirkung

19) So auch *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 29 II 1.

20) *Jänsch/Zerres*, S. 160.

(vgl. demgegenüber § 378 BGB).²¹⁾ Die Bedeutung des § 373 Abs. 1 HGB liegt somit in erster Linie in der Befreiung von den Kosten der Aufbewahrung und von der Obhut.²²⁾

- 21 Nach § 374 Abs. 1 BGB hat die Hinterlegung bei der **Hinterlegungsstelle**, also beim Amtsgericht (vgl. § 1 Abs. 2 HintO), des Leistungsortes zu erfolgen; beim Handelskauf kann die Ware hingegen gemäß § 373 Abs. 1 HGB in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegt werden. Im Fall einer schuldhaft schlechten Auswahl der Hinterlegungsstelle haftet der Verkäufer dem Käufer für einen etwaigen Schaden.²³⁾
- 22 Nach § 373 Abs. 1 BGB **schließen sich Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf gegenseitig aus**, da die Hinterlegung nur bei hinterlegungsfähigen und der Selbsthilfeverkauf nur bei nicht hinterlegungsfähigen Sachen statthaft ist. Beim Handelskauf tritt hingegen gemäß § 373 Abs. 2 HGB das Recht zum Selbsthilfeverkauf neben die Hinterlegungsbefugnis, d. h., alle Waren und Wertpapiere können für Rechnung des säumigen Käufers verkauft werden.
- 23 Der **Selbsthilfeverkauf** kann entweder im Wege einer öffentlichen Versteigerung oder bei Waren und Wertpapieren mit Börsen- oder Marktpreis gemäß § 373 Abs. 2 Satz 1 HGB ausnahmsweise freihändig durch einen dafür ermächtigten Handelsmakler erfolgen. Bei der öffentlichen Versteigerung können Verkäufer und Käufer gemäß § 373 Abs. 4 HGB mitbieten.
- 24 Voraussetzung für einen Selbsthilfeverkauf ist grundsätzlich seine **Androhung**, die allerdings gemäß § 373 Abs. 2 Satz 2 HGB bei Verderblichkeit der Ware oder bei Gefahr im Verzuge entfallen kann. Dasselbe gilt gemäß § 373 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 HGB, soweit die Androhung aus anderen Gründen untunlich ist.²⁴⁾
- 25 Im Fall einer **öffentlichen Versteigerung** muß der Verkäufer den Käufer darüber hinaus gemäß § 373 Abs. 5 Satz 1 HGB vorher über Zeit und Ort der Versteigerung informieren, was aber gemäß § 373 Abs. 5 Satz 3 HGB bei Untunlichkeit auch unterbleiben kann. Das Unterlassen dieser Benachrichtigung führt nicht zu einer Unwirksamkeit des Selbsthilfeverkaufs, sondern gemäß § 373 Abs. 5 Satz 2 HGB nur zu einer Schadensersatzpflicht des Verkäufers.

21) *Canaris*, Handelsrecht, § 29 V 1, S. 419; *Staub/Koller*, HGB, §§ 374 f Rz. 32; *Heymann/Emmerich*, HGB, §§ 374 f Rz. 9.

22) *Canaris*, Handelsrecht, § 29 V 1, S. 419; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 373 Rz. 16.

23) *Heymann/Emmerich*, HGB, § 374 Rz. 7; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 29 II 2.

24) So z. B. wenn die Anschrift des Käufers unbekannt ist; vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 373 Rz. 6.

Die **Wirkungen des Selbsthilfeverkaufs** bestimmen sich danach, ob er ordnungsgemäß vorgenommen wurde: Mit einem **ordnungsgemäß vorgenommenen Selbsthilfeverkauf** genügt der Verkäufer zugleich seiner Lieferpflicht gegenüber dem Käufer, und er kann von ihm gemäß § 670 BGB Aufwendungsersatz verlangen. Im Gegenzug schuldet er diesem allerdings nach § 667 BGB die Herausgabe des Erlöses. Der Käufer kann mit seinem Kaufpreis- und Aufwendungsersatzanspruch gegen den Herausgabeanspruch aufrechnen.²⁵⁾ Einen verbleibenden Differenzbetrag kann er als Kaufpreisforderung geltend machen.²⁶⁾

Ein **nicht ordnungsgemäß vorgenommener Selbsthilfeverkauf**²⁷⁾ erfolgt, soweit der Verkäufer nicht in berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag für den Käufer gehandelt hat, nicht für Rechnung des Käufers.²⁸⁾ Einen nicht ordnungsgemäßen Selbsthilfeverkauf braucht der Käufer nicht gegen sich gelten zu lassen, und der Verkäufer wird dadurch auch nicht von seiner Leistungsverpflichtung befreit. Soweit es sich um einen Speziaukauf handelt, wird dem Verkäufer die Lieferung aufgrund der Versteigerung unmöglich sein, wenn er die Ware nicht selbst ersteigert oder sich auf anderem Weg wiederbeschafft hat. Bei einem Gattungskauf wird das Schuldverhältnis zwar auf die versteigerten Waren begrenzt; soweit der Käufer aber kein besonderes Interesse daran nachweisen kann, gerade die versteigerten und deshalb nicht mehr lieferbaren Waren zu erhalten, ist der Verkäufer berechtigt, Waren gleicher Art und Güte zu liefern.²⁹⁾

Bei einem **einseitigen Handelsgeschäft** kann die Ausübung der Rechte des § 373 HGB gegen Treu und Glauben verstoßen.³⁰⁾ So ist beim Verkauf an einen Konsumenten eine allein auf § 373 HGB gestützte Hinterlegung auf dessen Kosten unzulässig. Es ist daher erforderlich, daß das Hinterlegungsrecht vertraglich oder durch AGB besonders vereinbart oder seine Ausübung dem Konsumenten zumindest angedroht wird.

25) RG, Ur. v. 27. 1. 1925 – VI 378/24, RGZ 110, 127, 129 f; RG, Ur. v. 12. 11. 1924 – I 657/23, JW 1925, 946, 948; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 29 II 2.

26) RG, Ur. v. 25. 3. 1898 – II 13/98, RGZ 41, 63, 64; RGZ 110, 127, 129 f; RG JW 1925, 946, 948; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 29 II 2.

27) So beispielsweise bei unberechtigter Unterlassung einer Versteigerungsandrohung.

28) BGH, Ur. v. 18. 6. 1957 – VIII ZR 18/56, LM BGB § 325 Nr. 5; *Brox*, Rz. 376.

29) RG, Ur. v. 6. 11. 1917 – II 201/17, RGZ 91, 110, 112; *Brox*, Rz. 376.

30) Vgl. *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 29 II 2; a. A. *Staub/Koller*, HGB, §§ 373, 374 Rz. 1.

4. Bestimmungskauf

- 29 Es kann für den Käufer zweckmäßig sein, sich eine Ware bereits durch festen Vertragsschluß in bestimmter Menge zu einem festgelegten Preis zu sichern, bevor er über die genauen Eigenschaften der Ware Bestimmungen getroffen hat. Der in § 375 HGB geregelte **Bestimmungskauf (Spezifikationskauf)** stellt für diesen Zweck eine besondere Form des Handelskaufs zur Verfügung. Ein Bestimmungskauf liegt gemäß § 375 HGB dann vor, wenn in einem Kaufvertrag über eine bewegliche Sache „... dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse“ des Kaufgegenstandes vorbehalten bleibt.
- 30 Der Bestimmungskauf ist scharf von einer Wahlschuld (vgl. § 262 BGB) zu trennen. Bei einer **Wahlschuld** verpflichtet sich der Verkäufer zur Erbringung von verschiedenen Leistungen, von denen er allerdings nur die eine oder andere erbringen muß. Beim **Bestimmungskauf** steht die zu liefernde Ware hingegen bereits von vornherein fest, während lediglich bestimmte Eigenschaften der Entscheidung des Käufers vorbehalten bleiben.³¹ Diese Vertragsgestaltung ist insbesondere auf Märkten, die starken Schwankungen unterliegen, von Vorteil. Der Käufer kann dort trotz fester Vereinbarung von Preis und Warenmenge noch kurzfristig auf die besonderen Gegebenheiten der Branche reagieren, z. B. auf die Saisonfarben der Mode.³² Insbesondere beim Massengüterhandel, beispielsweise dem Textil- und Lebensmittelhandel, hat der Käufer oft ein Interesse daran, sich durch einen sofortigen Vertragsschluß den Bezug von Gütern zu einem bestimmten Preis zu sichern, bevor er genau festlegen möchte, welche Eigenschaften, wie z. B. Farbe und Format, die Güter im einzelnen aufweisen sollen.³³ Der Bestimmungskauf ist also ein Gattungskauf, bei dem noch keine Vereinbarung über alle Eigenschaften der verkauften Waren getroffen wird.
- 31 Bei der praktischen **Abgrenzung zwischen Wahlschuld und Bestimmungskauf** ist zu fragen, ob die Warengattung nach der Verkehrsanschauung noch offen ist (dann Wahlschuld) oder die Warengattung bereits feststeht und nur die genaue Ausstattung der Ware noch zu bestimmen ist (dann Bestimmungskauf). Für die praktische Anwendung des § 375 HGB kann darüber hinaus die Faustregel hilfreich sein, daß „äquivalenzneutrale“, d. h. die Preiskalkulation

31) *Baumbach/Hopt*, HGB, § 375 Rz. 1; *Brox*, Rz. 377; *Jänsch/Zerres*, S. 161.

32) Vgl. *Jänsch/Zerres*, S. 161.

33) So auch *Brox*, Rz. 377.

nicht wesentlich berührende, Ausstattungsvarianten für einen Bestimmungskauf sprechen.³⁴

In der Rechtsprechung besteht die Tendenz, bei Verträgen über Waren unterschiedlicher Art einen Wahlkauf, bei Verträgen über einen einheitlichen Warensortentyp in bloß unterschiedlichen Ausführungen hingegen einen Spezifikationskauf anzunehmen.³⁵ Für die Abgrenzung kommt es also entscheidend darauf an, was nach der Verkehrsanschauung noch als einheitlicher und was schon als andersartiger Vertrag einzustufen ist.

Kein Bestimmungskauf liegt allerdings vor, wenn andere Leistungsmodalitäten, wie z. B. die Leistungszeit oder der Leistungsort, offen und vom Käufer zu bestimmen sind.³⁶

Bei der **Pflicht des Käufers**, durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer, die **Ware näher zu bestimmen**, handelt es sich um eine Hauptleistungspflicht. Dies ergibt sich aus dem Verweis des § 375 Abs. 2 HGB auf § 326 BGB, welche den Verzug von Hauptleistungspflichten aus gegenseitigen Verträgen regelt. Gerät der Käufer damit in Verzug, so kann der Verkäufer selbst die Bestimmung vornehmen, gemäß § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder sogar gemäß § 375 Abs. 2 Satz 1 HGB vom Vertrag zurücktreten. Wenn der Verkäufer sich dafür entscheidet, die Bestimmung selbst zu treffen, muß er dem Käufer Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung und ihm eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung setzen. Erst wenn innerhalb dieser Frist keine anderweitige Bestimmung vom Käufer vorgenommen wird, ist gemäß § 375 Abs. 2 Satz 3 HGB die vom Verkäufer getroffene Bestimmung maßgeblich. Sinnvoll ist ein solches Vorgehen, wenn der Käufer die Ware noch abnehmen will und kann: Trifft der Käufer keine Bestimmung, erscheint es sehr wahrscheinlich, daß er an der Durchführung des Vertrages insgesamt kein Interesse mehr hat. Dem Verkäufer ist dann zu empfehlen, nach § 326 BGB Schadensersatz zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten.³⁷

34) Zur Abgrenzung von Wahlschuld und Bestimmungskauf ausführlich und mit Beispielen *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 29 II 2.

35) BGH, Urt. v. 2. 2. 1960 – VIII ZR 59/59, NJW 1960, 674; BGH, Urt. v. 10. 12. 1975 – ZR 201/74, WM 1976, 124.

36) BGH, Urt. v. 14. 7. 1983 – VII ZR 306/82, ZIP 1983, 1206, 1207; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 29 II 3; *Staub/Koller*, HGB, § 375 Rz. 4 f, 9.

37) So auch *Hübner*, § 7 II 3.

5. Fixhandelskauf

a) Voraussetzungen für das Vorliegen eines Fixhandelskaufs

- 35 Einen weiteren Schwerpunkt des Handelskaufs bildet der in § 376 HGB geregelte Fixhandelskauf. Dabei handelt es sich um einen Handelskauf, bei dem einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist³⁸ zu leisten soll. Der Fixhandelskauf setzt somit eine **Vereinbarung über eine bestimmte Leistungszeit** voraus, die ein so wesentlicher Vertragsbestandteil sein muß, daß mit ihrer Einhaltung oder Versäumung der ganze Vertrag steht oder fällt.³⁸
- 36 Die bloße **Bestimmung eines Fälligkeitstermins** (z. B. „12. November“ oder „bis Ende März“) führt daher noch nicht zu einem Fixgeschäft, hinzukommen muß vielmehr noch eine Klausel wie beispielsweise „exakt“ oder „fix“.³⁹ Nicht ausreichend sind hingegen Klauseln wie z. B. „schleunigst“, „ohne Nachfrist“, oder „schnellstmöglich“. Auch die Klausel „prompt“ verpflichtet regelmäßig nur zu schneller Lieferung und kann daher zwar unter Umständen eine Mahnung entbehrlich machen,⁴⁰ genügt aber nicht ohne weiteres für die Annahme eines Fixgeschäftes.⁴¹ Insgesamt ist die Rechtsprechung im Zweifel eher zurückhaltend, Rechtsgeschäfte dahin gehend auszulegen, daß sie durch Fristablauf zu Fall kommen sollen.⁴² Im Einzelfall kann dabei auch ein Handelsbrauch maßgeblich sein.⁴³
- 37 Sogenannte **Fixklauseln** stellen ein Indiz für das Vorliegen eines Fixgeschäftes im Sinne der §§ 361 BGB, 376 HGB dar. Allerdings sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch beim Gebrauch dieser Fixklauseln Zweifel, die zur Ablehnung eines Fixgeschäftes führen, nicht ausgeschlossen. Dabei müssen ganz gewichtige Umstände vorliegen, um trotz Verwendung einer Fixklausel nicht von einem Fixgeschäft auszugehen.
- 38 Es muß sich also bereits aus der Vereinbarung klar ergeben, daß der **Gläubiger an einer späteren Lieferung kein Interesse mehr** hat. Andererseits ist auch keine Angabe eines bestimmten Kalendertages für die Lieferung erforderlich.

38) RG, Urt. v. 30. 4. 1924 – I 540/23, RGZ 108, 158; BGH, Urt. v. 17. 1. 1990 – VIII ZR 292/88, ZIP 1990, 237, 240, dazu EWiR 1990, 1041 (Wolf).

39) BGH, Urt. v. 27. 10. 1982 – VIII ZR 190/81, ZIP 1982, 1444; Jänsch/Zerres, S. 162.

40) BGH, Urt. v. 4. 2. 1955 – I ZR 57/53, MDR 1955, 343; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 II 4.

41) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 II 4; Staub/Koller, HGB, § 376 Rz. 4, 276.

42) BGH, Urt. v. 14. 3. 1984 – VIII ZR 287/82, ZIP 1984, 603, 605.

43) BGH, Urt. v. 12. 12. 1990 – VIII ZR 332/89, NJW 1991, 1292.

derlich. Es reicht vielmehr aus, daß sich der Tag oder der Zeitraum vom Eintritt eines bestimmten Ereignisses bestimmen läßt.⁴⁴ Jeder Zweifel spricht demgegenüber gegen die Annahme eines Fixgeschäftes.⁴⁵

Auch **Bestimmungen in AGB**, die Fixgeschäfte generell ausschließen, sind **39** bereits im Hinblick auf § 4 AGBG ungenügend und daher unwirksam.⁴⁶

Des weiteren besteht die Möglichkeit, daß sich die Vereinbarung aus dem **40** Umständen heraus ergeben kann, so beispielsweise bei Saisonartikeln, so etwa bei der Lieferung von Schokoladenosterhasen, Weihnachtsgänsen, Sommer-/ Winterbekleidung etc. Der **Fixhandelskauf** wird daher auch **als Unterfall des relativen Fixgeschäftes** im Sinne des § 361 BGB bezeichnet.⁴⁷

b) Abgrenzung relatives/absolutes Fixgeschäft

Insoweit muß das **relative Fixgeschäft vom absoluten (uneigentlichen) 41** **Fixgeschäft abgegrenzt** werden. Bei einem absoluten Fixgeschäft kann die Leistung nur zu einem genau festgelegten Zeitpunkt erbracht werden, andernfalls wird sie unmöglich, so beispielsweise bei der Bestellung einer Kapelle zu einem Betriebsfest, eines Brautkleides zu einer Hochzeit, eines Taxis zur Fahrt zum Flughafen etc. Ein relatives Fixgeschäft liegt dagegen vor, wenn die Parteien vereinbaren, daß „die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll“ (§ 361 BGB). Beim relativen Fixgeschäft ist die Einhaltung des Leistungszeitpunktes demnach nicht von einer so überragenden Bedeutung, daß im Falle der Überschreitung des Leistungstermins keine Erfüllung mehr möglich ist.

c) Rechtsfolgen eines Fixhandelskaufs

Wenn der Schuldner die im Rahmen des Fixgeschäftes zu erbringende **42** Leistung nicht zu dem festgelegten Zeitpunkt erbringt, bestimmen sich die **Rechte des Gläubigers nach § 376 HGB**, der in mehrfacher Hinsicht von § 361 BGB abweicht: Bei dem im BGB geregelten Fixgeschäft kann der Gläubiger im Fall der Säumnis des Schuldners ohne weiteres auch weiterhin auf der Vertragser-

44) Beispiel nach Brox, Rz. 379: „Die Lieferung soll binnen einer Woche fix nach Abruf durch den Käufer erfolgen“.

45) BGH, Urt. v. 18. 4. 1989 – X ZR 85/88, WM 1989, 1180; Reinicke/Tiedtke, Rz. 875.

46) BGH, Urt. v. 27. 10. 1982 – VIII 190/81, WM 1982, 1384, 1385; Canaris, Handelsrecht, § 29 IV, S. 418.

47) Jänsch/Zerres, S. 162.

füllung bestehen. Demgegenüber geht das HGB beim Fixhandelskauf davon aus, daß eine weitere Geltendmachung des Erfüllungsanspruches im Fall einer nicht rechtzeitigen Leistung durch den Schuldner sehr ungewöhnlich ist. Daher bleibt dem Gläubiger beim Fixhandelskauf gemäß § 376 Abs. 1 Satz 2 HGB der Erfüllungsanspruch nur dann erhalten, wenn er sofort nach Ablauf der Zeit oder Frist dem Gegner anzeigt, daß er dennoch weiter auf Erfüllung besteht.

- 43 Gemäß § 361 BGB ist „im Zweifel“ davon auszugehen, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, vom Vertrag zurückzutreten. Nach § 376 Abs. 1 Satz 1 HGB ist der Gläubiger demgegenüber ohne weiteres zum **Rücktritt vom Vertrag** berechtigt. Diese Berechtigung besteht unabhängig von einem Verschulden oder Verzug des Schuldners und erfordert auch keine Nachfristsetzung durch den Gläubiger.
- 44 § 361 BGB gewährt dem Gläubiger keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ein solcher steht ihm bei einem Fixgeschäft nach dem BGB nur unter den Voraussetzungen des § 326 BGB zu. Im Gegensatz dazu hat der Gläubiger eines Fixhandelskaufs gemäß § 376 Abs. 1 Satz 1 HGB bereits dann einen **Schadensersatzanspruch**, wenn sich der Schuldner im Verzug befindet. Unter Schuldnerverzug ist dabei gemäß §§ 284, 285 BGB die schuldhaftige Nichtleistung trotz Fälligkeit und Mahnung zu verstehen. Fälligkeit tritt bei dem Erreichen des für die Leistung festgesetzten Zeitpunktes ein, wobei eine Mahnung gemäß § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB entbehrlich ist, soweit für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Problematisch kann vereinzelt das gemäß § 285 BGB erforderliche Verschulden des Schuldners sein, wobei zu berücksichtigen ist, daß der Schuldner die Beweislast für das Fehlen seines Verschuldens trägt.
- 45 Soweit sich der Gläubiger eines Fixhandelskaufs dafür entscheidet, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, kann er seinen Schaden abstrakt oder konkret berechnen. **Abstrakter Schaden** ist der Schaden, der sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ergibt. Er berechnet sich nach der Differenz zwischen dem Markt- oder Börsenpreis und dem Kaufpreis. Diese Schadensberechnung ist – entgegen dem Wortlaut des § 376 Abs. 2 – auch bei Waren ohne Markt- oder Börsenpreis zulässig. **Konkreter Schaden** ist der Schaden, der sich nach den besonderen Umständen des Einzelfalles ergibt; es geht um die Differenz zwischen dem Preis des Deckungsgeschäfts und dem Kaufpreis. Hat die Ware einen Börsen- oder Marktpreis, versucht § 376 Abs. 3, 4 HGB eine Spekulation des Gläubigers zum Nachteil des Schuldners zu verhindern. Deshalb muß das Deckungsgeschäft sofort nach Ablauf der Leistungszeit oder -frist und durch einen öffentlich bestellten Handelsmakler oder Versteigerer vorgenommen werden.

Hält der Schuldner die für die Leistung bestimmte Zeit nicht ein, so gerät er bei kalendermäßiger Bestimmung gemäß § 284 Abs. 2 BGB **ohne Mahnung in Verzug**.

Bisweilen ist die Einhaltung der Leistungszeit nach dem Zweck der Vertrages und der Interessenlage für den Gläubiger so wesentlich, daß eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt; dann spricht man von einem **sogenannten absoluten Fixgeschäft**, bei dem die nicht rechtzeitige Leistung zu einer nachträglichen Unmöglichkeit führt (vgl. §§ 275 ff, 323 ff BGB).

In der Praxis erlangt der Fixhandelskauf insbesondere im **überseeischen Abladegeschäft** Bedeutung.⁴⁸ Hier ist es zumeist nicht möglich, nach der Abfahrt des vorgesehenen Schiffes Ersatz zu beschaffen, und wenn der Gläubiger von der Verzögerung erfährt, ist in der Regel bereits soviel Zeit verstrichen, von der Verzögerung erfährt, ist in der Regel bereits soviel Zeit verstrichen, daß von „einer Nachfrist nicht mehr die Rede sein kann“.⁴⁹ Bei Nichteinhaltung der Abladezeit, wenn also die Übergabe der Güter an die Reederei nicht fristgemäß erfolgt ist, kann der Käufer deshalb gemäß § 376 HGB (analog) ohne Nachfristsetzung zurücktreten.⁵⁰ Soweit die Abladeklausel eines solchen Kaufs einen genauen Zeitpunkt oder eine Frist für die Abladung enthält, neigt die Praxis dazu, einen solchen Kauf nach Handelsbrauch als Fixgeschäft zu betrachten.⁵¹

Auch sogenannte **Just-in-time-Lieferbeziehungen** begründen Fixgeschäfte mit der Maßgabe, daß planmäßig oder auf Abruf die richtige Menge zur richtigen Zeit geliefert wird.⁵² Allerdings wird den Besonderheiten dieser modernen Vertragsverhältnisse durch die Sanktionen des § 376 HGB nur unzureichend Rechnung getragen: Bei Just-in-time-Lieferbeziehungen wird der Verkäufer (Zulieferer) – zumeist durch AGB – verpflichtet, strikt nach einem Terminplan zu liefern und strenge Warenkontrollen vorzunehmen. Im Extremfall ist sogar stundengenau zu liefern.

Solche Vereinbarungen sind häufig Ausdruck der sogenannten **Nachfragemacht im Handel**, welche nicht mehr den Anbieter, sondern den Nachfrager

48) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 II 4; zum Überseeekauf: Liesecke, WM 1978, Beilage 3, S. 1, 23 f m. w. N.

49) RG, Urt. v. 16. 2. 1917 – II 471/16, RGZ 89, 419, 421; Canaris, Handelsrecht, § 29 IV, S. 418.

50) RGZ 89, 419, 421; BGH MDR 1955, 343, 344; OLG Karlsruhe, Urt. v. 12. 2. 1975 – 8 U 24/74, VersR 1975, 1042, 1043; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 376 Rz. 6; Liesecke, WM 1978, Beilage 3, S. 1, 23, 24.

51) Baumbach/Hopt, HGB, § 376 Rz. 3; Liesecke, WM 1978, Beilage 3, S. 1, 23, 24; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 II 4; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 376 Rz. 6; Staub/Koller, HGB, vor § 373 Rz. 23, § 376 Rz. 7.

52) Nagel, DB 1991, 320 f; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 II 4; Wildemann, S. 1 ff.

am längeren Hebel sitzen läßt. Die sich aus den Just-in-time-Lieferbeziehungen ergebenden Verpflichtungen zielen somit in erster Linie auf einen Schutz des Käufers, der zumeist gleichzeitig Produzent ist. Da der Käufer aber selbst dazu beitragen muß, daß sich die an den Verkäufer zu stellenden Anforderungen im Rahmen des technologisch und vertriebstechnisch Realisierbaren halten, besteht letztendlich doch ein System der kooperativen Rücksichtnahme.⁵³⁾

- 51 § 376 HGB dient einer beschleunigten Vertragsabwicklung: So hat der Käufer ein Rücktrittsrecht, ohne daß Verzug oder eine Nachfristsetzung erforderlich wären. Darüber hinaus bleibt der Erfüllungsanspruch nur erhalten, soweit der Käufer unverzüglich mitteilt, daß er auch weiterhin auf Erfüllung besteht.

IV. Sachmängelgewährleistung beim Handelskauf

1. Grundlagen und Bedeutung der §§ 377, 378 HGB

a) Rechtliche Einordnung und Systematik

- 52 Eine dem Käufer gelieferte Ware kann möglicherweise mit einem Sachmangel behaftet sein (**Schlechtlieferung**). Auch kann es vorkommen, daß der Verkäufer eine andere Ware als die vereinbarte liefert (**Falschlieferung**). Darüber hinaus kann die gelieferte Ware nicht der vereinbarten Menge entsprechen (**Mengenfehler**). Im Fall der Schlechtlieferung gewährt das BGB dem Käufer Sachmängelansprüche, im Fall der Falschlieferung Ansprüche wegen Nichterfüllung; bei Mengenfehlern kann der Erfüllungsanspruch erhalten bleiben.
- 53 Sind Verkäufer und Käufer Kaufleute und fällt der Kauf in ihr Handelsgewerbe, wird nach den §§ 377, 378 HGB im Interesse des Verkäufers eine Untersuchung und eventuelle Rüge der Ware durch den Käufer vorausgesetzt. Falls der Handelskauf für beide Teile also ein Handelsgeschäft darstellt, ist der Käufer gemäß § 377 Abs. 1 HGB verpflichtet, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer zu untersuchen, soweit dies nach ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist. Eine unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht besteht auch bei Sachdarlehen unter Kaufleuten.⁵⁴⁾ Dadurch soll der Verkäufer möglichst schnell Gewißheit darüber erlangen, ob seine Lieferung beanstandet wird und ihm daher Ansprüche des Käufers drohen oder ob seine Lieferung vom Käufer als ordnungsgemäß erbracht angesehen wird.

53) So auch Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 II 5.

54) BGH, Urt. v. 27. 3. 1985 – VIII ZR 75/84, NJW 1985, 2417, 2418 f, dazu EWIR 1985, 497 (v. Westphalen).

Die Rügepflicht stellt eine Obliegenheit des Käufers dar. Es handelt sich daher nur um eine Verpflichtung des Käufers sich selbst gegenüber und in seinem eigenen Interesse, deren Mißachtung ihn zwar Rechtsnachteilen (Verlust der Sachmängelgewährleistung), aber keinen weiteren Sanktionen aussetzt.⁵⁵⁾ Grundsätzlich gelten für die Sachmängelgewährleistung beim Kauf und beim Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen die §§ 433 ff BGB.

Ein beiderseitiges Handelsgeschäft setzt zunächst die Kaufmannseigenschaft beider Parteien voraus.⁵⁶⁾ Seit längerer Zeit wird jedoch eine **Ausdehnung der Rügeobligationen auch auf Nichtkaufleute** diskutiert: Für eine solche Ausdehnung spricht, daß früher nach Art. 347 ADHGB auch jeder nichtkaufmännische Käufer rügepflichtig war, und auch das UN-Kaufrecht, das in Art. 38, 39 dem Käufer eine Untersuchungs- und Rügeobligationen im Hinblick auf nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit entsprechende Waren auferlegt und gemäß Art. 1 Abs. 3 nicht berücksichtigt, ob es sich bei den Parteien um Kaufleute handelt oder nicht.⁵⁷⁾ Eine generelle Rügeobligation stellt jedoch für den nichtkaufmännischen Abnehmer insbesondere bei Männern, die nur durch eine fachmännische Untersuchung zu entdecken sind, eine unzumutbare Belastung dar. Der Gesetzgeber hat als Konsequenz daraus Klausuren für nichtkaufmännische Rügeobligationen für nicht offensichtliche Mängel aufgebürdet werden, durch § 11 Nr. 10 Buchst. e AGBG für unwirksam erklärt.

Auch eine analoge Anwendung des § 377 HGB auf jeglichen Unternehmer wird überwiegend für unzulässig erachtet, da diese Vorschrift im Vergleich zu den sich aus § 242 BGB ergebenden Anforderungen nicht lediglich eine Intensivierung, sondern vielmehr eine qualitative Veränderung darstellt. Sie kann daher im Interesse der Rechtssicherheit nicht einfach auf Personen angewendet werden, die von den §§ 1 ff HGB nicht erfaßt werden.⁵⁸⁾ Nach anderer Ansicht sind die §§ 377 f HGB unter anderen Unternehmensträgern analog anzuwenden.⁵⁹⁾ Nach dieser Ansicht trifft die Rügepflicht beispielsweise auch den Rechtsanwalt, der Büromaterial bestellt, den Zahnarzt, der zahnmedizinisch-

55) Karsten Schmidt, NJW 1991, 144, 149.

56) BGH, Urt. v. 4. 11. 1992 – VIII ZR 165/91, NJW 1993, 461, 462; BGH, Urt. v. 8. 11. 1979 – III ZR 115/78, NJW 1980, 782; Brox, Rz. 383; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 377 Rz. 10; Staub/Brüggemann, HGB, § 377 Rz. 14 f; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 2.

57) Diese Erweiterung des Personenkreises ist jedoch von geringer praktischer Bedeutung, da internationale Käufe in der Regel nur zwischen Kaufleuten abgeschlossen werden. So auch Canaris, Handelsrecht, § 29 VIII 1, S. 424.

58) Canaris, Handelsrecht, § 29 VIII 1, S. 425; Neuner, ZHR 157 (1993), 243, 279 f und 284; Heymann/Emmerich, HGB, § 377 Rz. 8.

59) Lehmann, WM 1980, 1169; Raisch, S. 292; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 2.

- technisches Material kauft, sowie den Wirtschaftsprüfer, der Visitenkarten ordert. Zur Begründung wird von den Vertretern dieser Auffassung darauf verwiesen, daß der erhobene Einwand mangelnder Gesetzestreue darauf rechtfertigt, die vom HGB-Gesetzgeber noch nicht in Betracht gezogenen Unternehmer gegenüber einem kleinen Gewerbetreibenden, der beispielsweise eine Registrierkasse kauft, zu privilegieren. Noch weniger gelte dies für die unter § 2 HGB fallenden, jedoch nicht eingetragenen Gewerbetreibenden.⁶⁰
- 57 Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen: Der Käufer muß deshalb Kaufmann sein, weil einem Nichtkaufmann mangels Sachkunde keine sofortige Untersuchung und Rüge zugemutet werden kann. Die Kaufmannseigenschaft des Verkäufers ist auch deshalb zu fordern, weil typischerweise nur ein Kaufmann ein schutzwürdiges Interesse an einer schnellen Disposition hat, welche durch die Rügelast des Käufers ermöglicht wird.⁶¹
- 58 Da für beide Parteien ein Handelsgeschäft vorliegen muß, werden gemäß § 343 HGB nur die im Betrieb des Handelsgewerbes des Verkäufers und des Käufers geschlossenen Warenumsatzgeschäfte und damit **keine Geschäfte im privaten Bereich** erfaßt.
- 59 Diese **Voraussetzungen müssen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegeben sein**. Falls also der Käufer nach dem Kaufabschluß seine Kaufmannseigenschaft verliert, trifft ihn dennoch die Rügelast. Das gleiche gilt für einen Erben, wenn der Kaufmann nach Vertragsabschluß stirbt.
- 60 Weiterhin muß die **Ware abgeliefert** worden sein. Die Ablieferung im Sinne des § 377 HGB entspricht dabei weder dem Merkmal der Übergabe des § 929 BGB noch dem der Abnahme nach § 433 Abs. 2 BGB. Ablieferung hat die gleiche Bedeutung wie in § 477 Abs. 1 BGB.⁶² Der Käufer muß eine solche räumliche Beziehung zu der Sache bekommen, daß er deren Beschaffenheit auch tatsächlich prüfen kann,⁶³ was regelmäßig erst bei Übergabe der Ware und nicht etwa schon bei Überreichung eines Traditionspapieres der Fall ist.⁶⁴ Weiterhin kann es erforderlich sein, daß zur Ware gehörige Unterlagen und Programme mit vorliegen.⁶⁵ Soweit die Ware zu versenden ist, genügt in der

60) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 2.

61) Brox, Rz. 383.

62) BGH, Urt. v. 30. 1. 1985 – VIII 238/84, BGHZ 93, 339, 345; BGH, Urt. v. 11. 10. 1995 – VIII ZR 151/94, ZIP 1995, 1822, 1824, dazu EWIR 1995, 1171 (Tiedtke); Reinickel Tiedtke, Rz. 880.

63) BGH, Urt. v. 21. 12. 1960 – VIII ZR 9/60, NJW 1961, 730 f.; Brox, Rz. 384.

64) Brox, Rz. 384.

65) BGH NJW 1993, 461, 462; OLG Stuttgart, Urt. v. 23. 3. 1988 – 4 U 133/87, CR 1989, 1093; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 2.

- Regel die Übergabe an den Verfrachter oder Spediteur, wenn der Käufer Gelegenheit zur Prüfung hat.⁶⁶
- Auch die Nachlieferung aufgrund einer Beanstandung stellt eine Ablieferung mit der Folge dar, daß der Käufer diese prüfen und bei Vorliegen eines Mangels auch rügen muß.⁶⁷ Die Beweislast für das Vorliegen der Ablieferung trägt der Verkäufer.⁶⁸
- Die Rüge eines rechtzeitig festgestellten Mangels muß unverzüglich erfolgen. Beim Handelskauf ist zur Beurteilung der Unverzüglichkeit einer Mängelanzeige auf den Zeitpunkt der Ablieferung abzustellen.⁶⁹ Das **Erfordernis der Unverzüglichkeit** (§ 121 BGB) wird dabei außerordentlich streng ausgelegt. So kann z. B. die Frist im Obst- und Gemüsehandel nur Stunden betragen, und selbst bei Industrieware ist eine erst nach Wochen vorgenommene Rüge einseitig verspätet.⁷⁰ Bei verdeckten Mängeln richtet sich die Rügefrist jedoch nach der Untersuchungsobliegenheit, d. h., je nach Dauer der notwendigen Untersuchung kann die Rügefrist länger oder kürzer zu bemessen sein.⁷¹ So weit die Untersuchung eines verdeckten Mangels Zeit in Anspruch nimmt, kann der Käufer mit der Rüge in der Regel so lange warten, bis er Gewißheit erlangt hat.⁷² In der Praxis werden im Rahmen von AGB oft genau nach Tagen bestimmte Anzeigefristen festgelegt. Für verdeckte Mängel gelten diese Fristen gemäß § 5 AGBG jedoch nur, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist.⁷³ Im übrigen bestimmt sich die Wirksamkeit solcher Anzeigefristen nach § 9 Abs. 1 AGBG. Die für erkennbare Mängel festgesetzten Anzeigefristen sind regelmäßig großzügiger bemessen als die gesetzliche Regelung und werfen in diesem Zusammenhang daher keine Probleme auf. Kurze Anzeigefristen für verborgene Mängel sind demgegenüber regelmäßig unangemessen, da sie trotz unzumutbarer oder gar undurchführbarer Untersuchung zur Präklusion führen

66) BGH, Urt. v. 25. 9. 1985 – VIII ZR 175/84, NJW 1986, 316, 317.

67) BGH, Urt. v. 10. 1. 1983 – VIII ZR 244/81, NJW 1983, 1495.

68) BGH, Urt. v. 30. 1. 1985 – VIII ZR 238/83, ZIP 1985, 416, 420, dazu EWIR 1985, 139 (Heinrichs).

69) Saenger, NJW 1997, 1945, 1947.

70) Vgl. BGH NJW 1986, 316, 317; OLG München, Urt. v. 5. 8. 1955 – 6 U 731/55, NJW 1955, 1560 f.; OLG München, Urt. v. 20. 9. 1956 – 6 U 1304/56, BB 1957, 663; Canaris, Handelsrecht, § 29 VIII 1, S. 425; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 3 c.

71) BGH, Urt. v. 18. 3. 1952 – I ZR 77/51, LM HGB § 377 Nr. 1; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 3; Staub/Brüggemann, HGB, § 377 Rz. 73.

72) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 3; Staub/Brüggemann, HGB, § 377 Rz. 105.

73) BGH, Urt. v. 20. 4. 1977 – VIII ZR 141/75, WM 1977, 821, 822.

würden.⁷⁴⁾ Generell ist eine Verkürzung der Rügefrist dann nach § 9 AGBG unwirksam, wenn sie dem Grundsatz der Verkäuferhaftung widerspricht.⁷⁵⁾

b) Die verschiedenen Arten von Mängeln

aa) Qualitätsmangel

- 63 Die Ware weist einen Qualitätsmangel auf, d. h., sie ist mit einem Fehler (§ 459 Abs. 1 BGB) behaftet, oder es fehlt ihr eine zugesicherte Eigenschaft (Abs. 2 BGB).⁷⁶⁾ Allerdings ist der kaufmännische Begriff der mangelhaften Lieferung weiter gefaßt, als der in § 459 BGB zugrunde gelegte Sachmangelbegriff. Da die in § 377 HGB normierte Rügefrist nicht auf dem Rechtsbegriff des Sachmangels, sondern vielmehr auf den Bedürfnissen und Gepflogenheiten des Warenverkehrs beruht, muß die Rügefrist des § 377 Abs. 1 HGB auf jede mangelhafte Lieferung ausgeweitet werden.

bb) Aliudlieferung

- 64 Ein Mangel liegt auch vor, wenn eine andere Ware (aliud) als die vereinbarte geliefert wurde. Beim Stückkauf liegt eine Falschlieferung dann vor, wenn statt des vereinbarten Stückes ein anderes geliefert wird. Beim Gattungskauf liegt demgegenüber dann eine Falschlieferung vor, wenn die gelieferte Ware nicht der Gattung angehört, die entsprechend der vertraglichen Vereinbarung vom Verkäufer geliefert werden sollte.⁷⁷⁾ Daher gilt die Rügefrist des § 377 HGB gemäß § 378 HGB auch bei Vorliegen einer Aliudlieferung oder Quantitätsabweichung. Der HGB-Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 378 HGB in Anbetracht ungünstiger Erfahrungen aufgenommen, die man unter der Geltung des ADHGB gemacht hatte: Obwohl Art. 347 ADHGB recht unbestimmt von einer nicht vertragsmäßigen oder gesetzmäßigen Ware gesprochen hatte, war diese Vorschrift von den Gerichten nur auf Eigenschaftsmängel angewandt worden, nicht jedoch auf den Fall, daß eine Ware anderer Gattung oder eine andere Menge von Waren als vereinbart geliefert worden war.⁷⁸⁾ Diese Handhabung erschien dem Gesetzgeber sachwidrig, da einerseits die

74) Dementsprechend hat schon das Reichsgericht eine 8tägige Rügefrist für gelieferte Glas-Konserven, deren ungenügende Sterilisierung sich erst nach Monaten herausstellte und vorher objektiv nicht erkennbar war, für unzulässig erklärt, vgl. RG, Urt. v. 15. 1. 1918 – II 425/17, Gruchot 62, 372, 373.

75) BGH, Urt. v. 10. 10. 1991 – III ZR 141/90, BGHZ 115, 324, 326.

76) Staub/Brüggemann, HGB, § 377 Rz. 42; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 2 d.

77) So z. B. mittelfeine Erbsen anstelle von feinen Erbsen. Beispiel nach Brox, Rz. 386.

78) ROHG, Urt. v. 30. 6. 1874 – 473/74, ROHG 14, 367, 371; ROHG, Urt. v. 5. 12. 1874 – 1323/74, ROHG 15, 302, 304; ROHG, Urt. v. 19. 12. 1874 – 880/74, ROHG 15, 411.

Grenze zwischen Eigenschaftsmängeln und Aliudlieferungen schwer zu ziehen ist und andererseits eine solche Unterscheidung auch nicht angemessen erscheint: Eine Aliudlieferung kann nämlich für den Käufer durchaus weit weniger gravierend sein als ein Qualitätsmangel der Ware.⁷⁹⁾ Aufgrund dieses Umstandes stellte der Gesetzgeber durch § 378 HGB Aliudlieferung und Sachmangel gleich und bezog auch den bis dahin umstrittenen Fall des Quantitätsmangels in § 378 HGB ein. Auf diese Weise konnte das Recht des Handelskaufs von schwierigen Abgrenzungsproblemen des Gewährleistungsrechtes entlastet werden.

§ 377 HGB findet somit gemäß § 378 HGB auch bei einer Aliudlieferung Anwendung, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muß. Die Regelung soll einen Streit darüber vermeiden, ob der Verkäufer noch eine mangelhafte Sache innerhalb der geschuldeten Gattung oder schon eine zu einer anderen Gattung gehörende Sache geliefert hat.

Zwar trifft den Käufer in beiden Fällen die Rügefrist, **Unterschiede bestehen jedoch bei genehmigungsunfähiger Ware**: Eine genehmigungsunfähige Schlechtlieferung muß gerügt werden, während dies bei einer genehmigungsunfähigen Aliudlieferung, d. h., bei Ware, die offensichtlich so erheblich von der bestellten abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muß, nicht erforderlich ist. Bei einer genehmigungsunfähigen Aliudlieferung entfällt also gemäß § 378 HGB eine Rügefrist des Käufers, und es sind auch keine Sachmängelvorschriften anwendbar.

§ 378 HGB stellt insofern eine **Schutzvorschrift zugunsten des Verkäufers** dar und besitzt als solche eine große praktische Bedeutung. Allerdings wird in § 378 HGB nicht jeder Art- oder Quantitätsmangel einem Qualitätsmangel gleichgestellt. Dieser Ausnahmetatbestand ist vielmehr eng auszulegen und muß im Streitfall vom Käufer bewiesen werden.⁸⁰⁾ Genehmigungsunfähig ist ein aliud nur, wenn die gelieferte Ware mit der bestellten nichts mehr gemein hat⁸¹⁾ und kein redlicher Kaufmann die Lieferung auch nur als Erfüllungsversuch angedient hätte.⁸²⁾ Dies ist dann der Fall, wenn die Lieferung derart kraß

79) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 2 d m. w. N.

80) RG, Urt. v. 17. 2. 1920 – II 304/19, RGZ 98, 157, 159; BGH, Urt. v. 14. 10. 1970 – VIII ZR 156/68, WM 1970, 1400, 1401; BGH, Urt. v. 30. 4. 1975 – VIII ZR 164/73, NJW 1975, 2011, 2012; Jänsch/Zerres, S. 166; Marburger, JuS 1976, 642.

81) RGZ 98, 157, 159; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 2.

82) Heymann/Emmerich, HGB, § 378 Rz. 34 m. w. N.

75 Nach einer verbreiteten Auffassung muß der Käufer eine **verborgene oder offene Zuviellieferung**, soweit er sie nicht rechtzeitig gerügt hat, ganz abnehmen und in voller Höhe bezahlen, so als ob der Kaufvertrag einvernehmlich um die entsprechenden Menge erweitert worden wäre.⁹³ Nach der Gegenansicht darf man allenfalls bei offenen Mengenabweichungen unter Angabe des entsprechend höheren Kaufpreises ein stillschweigendes Angebot des Verkäufers unter Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung (§ 151 BGB) annehmen, welches der Käufer durch Aneignung oder Ingebrauchnahme der Ware akzeptiert.⁹⁴ Umgekehrt ist der Verkäufer im Fall einer Zuviellieferung darauf verwiesen, das zuviel Geleistete nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückzuverlangen.⁹⁵ Der Wortlaut des § 377 Abs. 2 HGB enthält den Begriff „Genehmigung der Ware“, dies spricht für die Möglichkeit einer (stillschweigenden) Vertragserweiterung im Falle einer Mehrlieferung oder eines höherwertigen aliud.

76 Soweit der **Verkäufer das Gewicht der Ware zu hoch angibt** und dem Käufer hierdurch beispielsweise bei der Zollabfertigung ein Nachteil entsteht, hat er (mengenmäßig) nicht zuviel geliefert. Dem Käufer kann in diesem Fall allerdings ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung zustehen, der jedoch nicht davon abhängig ist, daß er die Gewichtsabweichung unverzüglich gerügt hat.⁹⁶

dd) Scheinbar vorhandener Mangel

77 Liefert der Verkäufer eine mangelfreie Ware, wird diese aber aufgrund einer Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit vom Käufer als mangelhaft angesehen (scheinbar vorhandener Mangel) und hat der Verkäufer hierfür einzustehen, weil er seine Aufklärungspflicht verletzt hat, so könnte der Käufer verpflichtet sein, den nach seiner Ansicht bestehenden Mangel gemäß § 377 HGB zu rügen. Der Bundesgerichtshof freilich verneinte in einem solchen

93) BGHZ 91, 293, 300; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 378 Rz. 9; *Canaris*, Handelsrecht, § 29 VIII 2 b, S. 428; *Jänsch/Zerres*, S. 166; *Marburger*, JuS 1983, 1, 12; *Medicus*, Rz. 341; *Reinicke/Tiedtke*, Rz. 89; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 378 Rz. 22.

94) OLG Hamm, Urt. v. 29. 5. 1978 – 2 U 7/78, BB 1978, 1748 f.; *Canaris*, Handelsrecht, § 29 VIII 2 b, S. 429; *Mailänder*, ZHR 126 (1964), 89, 106; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 29 III 5 e.

95) BGH NJW 1984, 1964, 1966; *Canaris*, Handelsrecht, § 29 VIII 2 b, S. 428; *Mailänder*, ZHR 126 (1964), 89, 99 m. w. N.

96) BGH, Urt. v. 6. 11. 1991 – VIII ZR 294/90, ZIP 1991, 1574, dazu EWIR 1991, 1219 (*Medicus*).

Fall⁹⁷) eine Rügelast des Käufers, da eben gerade kein Mangel vorliege und daher auch kein solcher angezeigt werden könne. Statt dessen bejahte der Bundesgerichtshof eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers wegen Verletzung seiner Aufklärungspflicht. Bedenkt man allerdings, daß durch eine Mängelrüge dem Verkäufer Gelegenheit dazu gegeben wird, den Käufer über die Mängel der Ware aufzuklären, so sprechen gute Gründe dafür, eine Rügefähigkeit der Käufer auch bei nur scheinbar vorhandenen Mängeln anzunehmen.⁹⁸ Denn nur auf diese Weise kann der Verkäufer seiner Aufklärungspflicht noch nachkommen, womit auch ein etwaiger Schaden begrenzt werden kann. Darüber hinaus erscheint es auch gerechtfertigt dem Käufer die Rüge zuzumuten, da er die Ware ja gerade für mangelhaft hält und ihn daher in seinen Augen auch die Rügefähigkeit des § 377 HGB treffen muß.

c) Mängelrüge bei der Einschaltung von Zwischenhändlern

78 Da Handelsgüter regelmäßig mehrere Wirtschaftsstufen durchlaufen, können sich besondere Schwierigkeiten daraus ergeben, daß sich deren Mängel häufig nicht schon beim Zwischenhändler, sondern erst bei dem Zweitkäufer oder Drittkäufer zeigen: Soweit der Zweitkäufer in diesem Fall den Zwischenhändler wegen Sachmängelgewährleistung in Anspruch nimmt, wird dieser versuchen, seinerseits den Erstverkäufer oder Hersteller in Regreß zu nehmen. Dieser beruft sich in solchen Fällen jedoch oft auf § 377 Abs. 2 HGB.

79 Wenn es sich bei dem Käufer um einen Zwischenhändler handelt und der Verkäufer die gelieferte Ware aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung mit diesem direkt an dessen Abnehmer liefert (**Streckengeschäft**), kann der Käufer die Untersuchung der Kaufsache zwar seinem Abnehmer überlassen, muß dann aber dafür sorgen, daß ihn der Abnehmer möglichst bald von dem Mangel unterrichtet. Dem Zwischenhändler steht dabei jedoch keine verlängerte Rügefrist zu, so daß er in der Regel nicht abwarten kann, bis sein Abnehmer die Ware geprüft und gegebenenfalls gerügt hat.⁹⁹ Der Zwischenhändler ist

97) Beispiel nach BGH, Urt. v. 31. 5. 1989 – VIII ZR 140/88, ZIP 1990, 520, 522 f. dazu EWIR 1989, 791 (*Tiedtke*): Ein Verkäufer lieferte Wellpappe mit einem geringeren als dem vereinbarten Gewicht, ohne den Käufer darüber aufzuklären, daß dies darauf zurückzuführen ist, daß er eine andere Innendecke verwendet hat und die Ware dadurch nicht „schlechter“ geworden ist. Der Käufer, der dies nicht wußte, erlitt hierdurch einen Schaden, weil seine Abnehmer die Ware für mangelhaft hielten, deshalb die mit ihm bestehenden Verträge auflösten und ihm auch keine weiteren Aufträge mehr erteilten.

98) So auch *Tiedtke*, NJW 1990, 14 ff.; *Reinicke/Tiedtke*, Rz. 893.

99) ROHG, Urt. v. 1. 6. 1871 – 299/71, ROHG 2, 335, 336; *Staub/Brüggemann*, HGB, § 377 Rz. 111.

vielmehr auch bei originalverpackter Ware zur Vornahme von Stichproben verpflichtet.¹⁰⁰⁾

- 80 Überläßt der Käufer im Streckengeschäft die Untersuchung seinem Abnehmer, so ist der Nachweis, unverzüglich untersucht zu haben (§ 377 Abs. 1 HGB), nicht schon dadurch geführt, daß der Käufer Beanstandungen des Abnehmers sofort weitergeleitet hat; der Käufer hat vielmehr darzulegen und zu beweisen, wann die Ware zum Abnehmer gelangt und daß sie dort unverzüglich untersucht worden ist.¹⁰¹⁾ Im Einzelfall kann es trotz mangelnder Untersuchung durch den Zwischenhändler jedoch für eine rechtzeitige Rüge ausreichend sein, wenn der **Zweitkäufer rechtzeitig gerügt** hat und der Erstkäufer diese Rüge alsbald an den Erstverkäufer oder Hersteller weitergeleitet hat. Dies ist insbesondere bei einer verspäteten Ankunft der Ware beim Zwischenhändler der Verzögerung direkt an den Zweitkäufer weiterleitet. Umgekehrt kann sich allerdings in einem solchen Fall der Erstverkäufer oder Hersteller bei einer verspäteten Rüge durch den Zweitkäufer auf diese Verspätung berufen.¹⁰²⁾ Bei einer **vermeidbaren Verzögerung der Mängelanzeige** muß der Zwischenhändler den aus § 377 Abs. 1 HGB resultierenden Rechtsnachteil gegen sich gelten lassen.¹⁰³⁾ Falls es sich bei dem Abnehmer des Zwischenhändlers nicht um einen Kaufmann handelt, hat der Zwischenhändler für eine unverzügliche Untersuchung und Mängelanzeige durch den nichtkaufmännischen Abnehmer zu sorgen.¹⁰⁴⁾
- 81 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes besteht die gleiche Rechtslage beim **Leasinggeschäft**, wenn dort der Käufer ein Leasinggeber ist, der die Ware vom Verkäufer mit der Maßgabe gekauft hat, sie direkt an den Leasingnehmer zu liefern. Soweit es sich bei dem Leasingnehmer nicht um einen Kaufmann handelt, stößt diese Rechtsprechung in der Literatur auf starke Kritik.¹⁰⁵⁾ Die Sach- und Rechtslage weiche von der des Streckengeschäfts ab, da der Lieferant damit einverstanden sei, daß der Leasingnehmer

100) ROHG, Urt. v. 24. 4. 1875 – 458/75, ROHG 17, 216, 217.

101) OLG Köln, Urt. v. 6. 5. 1994 – 19 U 241/93, NJW-RR 1995, 28, 29, dazu EWiR 1994, 1207 (Thamm/Dezter).

102) BGH, Urt. v. 17. 9. 1954 – I ZR 62/53, BB 1954, 954; ROHG 17, 216, 217.

103) RG, Urt. v. 13. 5. 1919 – III 557/18, RGZ 96, 13, 15; BGH BB 1954, 954; BGH, Urt. v. 24. 1. 1990 – VIII ZR 22/89, ZIP 1990, 650, 653; Reinicke/Tiedtke, Rz. 894.

104) RG, Urt. v. 12. 4. 1921 – II 505/20, RGZ 102, 91; BGH 1990, 650, 653; Padeck, Jura 1987, 454, 455; Reinicke/Tiedtke, Rz. 894.

105) Canaris, AcP 190 (1990), 410, 428 ff; Flume, DB 1991, 265, 269; Hager, AcP 190 (1990), 324, 348 ff; Tiedtke, JZ 1991, 907, 909; Reinicke/Tiedtke, Rz. 895; a. A. hingegen Lieb, DB 1988, 2495, 2501; Martinek, S. 124.

die Sache nicht selbst kauft, sondern einen Leasingvertrag mit dem Leasinggeber schließt, der die Sache käuflich erwirbt. In einem derartigen Fall könne der Lieferant nicht erwarten, daß der Leasinggeber, der die Sache nicht zu Gesicht bekommt, die Mängel unverzüglich rügt, während der Leasingnehmer als Nichtkaufmann die Rügelast für den Leasinggeber übernimmt. Dem ist zuzustimmen, da der Leasingvertrag bezüglich der Rügelast nicht dazu führen kann, daß der Lieferant besser steht, als wenn der Leasingnehmer die Sache selbst gekauft hätte.¹⁰⁶⁾

Falls der **Mangel allerdings nicht bei der Untersuchung zu erkennen** ist, 82 genügt es gemäß § 377 Abs. 3 HGB, wenn der Käufer ihn unverzüglich nach dessen Entdeckung anzeigt. Ob der Käufer dabei wirklich eine Untersuchung vorgenommen hat, ist ohne Belang: Zeigt sich z. B. bei einer nicht untersuchten Ware später ein Mangel, so kann der Käufer noch rügen, sofern nur der Mangel bei Ablieferung noch nicht erkennbar war.

Der in § 377 Abs. 1 HGB normierten **Untersuchungspflicht des Käufers** 83 **kommt also keine eigenständige Bedeutung zu**. Entscheidend ist vielmehr, ob der Mangel bei einer intensiv geführten Untersuchung zu einem bestimmten Zeitpunkt erkennbar gewesen wäre. Die Intensität und der Zeitpunkt richten sich wiederum danach, was von einem Kaufmann unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise erwartet werden kann. In der Beurteilung dieser Frage sind insbesondere die kaufmännische Sorgfaltspflicht (§ 347 HGB) sowie bestehende Handelsbräuche zu berücksichtigen. Dennoch kann es im Einzelfall schwerfallen, den Umfang und Zeitpunkt einer erforderlichen Untersuchung genau zu bestimmen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Ware durch die Untersuchung in ihrem Handelswert beeinträchtigt wird, so beispielsweise bei der Öffnung von verpackten Lebensmitteln, oder wenn die Untersuchung mit großem Aufwand verbunden ist, z. B. bei der Inbetriebnahme einer komplizierten Maschine.

Angesichts der modernen Trends von Produktion und Handel zu höherwertigen Waren und Verpackungen, die mit immer knapperen Handelsspannen und schnellerem Lagerumschlag einhergehen, erscheint es angebracht, den **Umfang der Untersuchungspflicht** zumindest auf denjenigen Handelsstufen restriktiv auszulegen, auf denen die Ware unverändert umgeschlagen wird. Vor allem bei originalverpackten Markenwaren gibt es einerseits Fälle, die Stichproben erforderlich machen, so insbesondere die Erstbelieferung durch den Verkäufer oder die Lieferung einer neuartigen Ware. Andererseits gibt es

106) So auch Reinicke/Tiedtke, Rz. 895.

Fälle, in denen keinerlei Untersuchung angebracht erscheint, soweit nicht der Verdacht einer Schlecht- oder Falschlieferrung besteht. Dies ist vor allem bei vorübergehender wiederholter und mangelfreier Lieferung der gleichen Ware durch denselben Verkäufer der Fall.¹⁰⁷⁾ Darüber hinaus haben auch die technischen Möglichkeiten des Käufers Einfluß auf den Umfang der ihm zumutbaren Untersuchungspflicht.

- 85 Anders erscheint die Sachlage hingegen bei der **Weiterverarbeitung**: Da hier die Ware zumeist ohnehin in ihrer Substanz angetastet wird, erscheinen in diesem Bereich strengere Anforderungen an den Umfang der Untersuchungspflicht angemessen.¹⁰⁸⁾
- 86 Die Untersuchung muß in dem Umfang und der Art vorgenommen werden, die erforderlich sind, das Vorhandensein von Mängeln festzustellen. Bei **Masensendungen** ist es dem Käufer daher in der Regel nicht zuzumuten, alle Teile der Sendung zu untersuchen; doch muß er Stichproben machen.¹⁰⁹⁾
- 87 Da es allein darauf ankommt, daß die Kaufsache mit einem Mangel behaftet ist, trifft den Käufer auch dann eine Rückpflicht, wenn der **Sachmangel durch die Verletzung einer Nebenverpflichtung des Verkäufers entstanden** ist.¹¹⁰⁾ Verletzt sich beispielsweise ein Käufer die Hand an einer mangelhaften Verpackung, so ist zu differenzieren: Nur soweit auch die verpackte Ware selbst mangelhaft ist, besteht ein die Rücklast begründender Mangel der Ware im Sinne des § 377 HGB. Soweit der Käufer hingegen lediglich vertragliche Schadensersatzansprüche wegen seines Körperschadens geltend machen will, besteht demgegenüber keine Rückpflicht, da sich dieser Schaden nicht als Folge des Mangels der gekauften Sache (Mangelfolgeschaden), sondern vielmehr als eine unmittelbare Folge der Verletzung der vom Verkäufer (zusätzlich) übernommenen Verpackungspflicht darstellt. Der Bundesgerichtshof hat in einem ähnlichen Fall, in dem es um die unsachgemäße Versendung gefüllter Batterien ging, entschieden, daß diese trotz Lieferung in unverpacktem und ungesichertem Zustand nicht mangelhaft geworden sind und den Käufer daher auch keine Rücklast nach § 377 HGB trifft. Es besteht daher ein Gleichklang zwischen der Verjährung von Schadensersatzansprüchen, die durch die Verletzung der Nebenverpflichtung des Verkäufers entstanden sind, und der Rück-

107) Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 3; Staub/Brüggemann, HGB, § 377 Rz. 81.

108) So zutreffend auch Roth, § 31, S. 329 ff.

109) OLG Frankfurt, Ur. v. 3. 12. 1985 – 5 U 11/85, NJW 1986, 838, 839.

110) Vgl. Hönn, BB 1978, 685, 688; Reinicke/Tiedtke, Rz. 883; U. H. Schneider, JR 1977, 67, 68 (Urteilsanm.).

last des Käufers. Greift die kurze Verjährungsfrist nicht ein, so trifft den Käufer auch keine Rücklast.¹¹¹⁾

Soweit der Käufer aufgrund einer **Rechtsgutverletzung im Sinne des § 823** 88 BGB seine Ansprüche gegen den Verkäufer auf die Vorschriften über die unerlaubte Handlung stützt, trifft ihn keine Rückverpflichtung. In diesem Fall gilt die Ware zwar als genehmigt und die Sachlage wird grundsätzlich so betrachtet, als ob der Käufer mangelfreie Ware bekommen hätte. Wäre dies aber wirklich der Fall gewesen, so hätte der Käufer keine Rechtsgutverletzung erlitten. Damit die Regelung des § 377 HGB nicht unverhältnismäßig hart ist, muß sie daher so ausgelegt werden, daß deren Genehmigungsfiktion nur vertragliche, nicht jedoch deliktische Ansprüche ausschließt.¹¹²⁾ In diesem Zusammenhang sind auch die Erwägungen relevant, welche die Auffassung stützen, daß sich die kurze Verjährung des § 477 BGB nicht auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung erstreckt.¹¹³⁾

2. Ausschluß der Rücklast

Wenn ein Kaufmann mit einem Sachmangel behaftete Ware beanstanden will, 89 muß er sich seine Gewährleistungsrechte grundsätzlich durch eine entsprechende Mängelrüge sichern. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt gemäß § 382 HGB für den **Viehkauf**. Hier gelten die Sonderregeln der §§ 481 ff BGB, so daß an die Stelle der Rücklast des § 377 HGB der Rechtsverlust durch verspätete Anzeige nach § 485 BGB tritt.

Darüber hinaus entfällt gemäß § 377 Abs. 5, § 378 HGB in bestimmten Fällen, 90 in denen der Verkäufer nicht schutzwürdig ist, die Rücklast des Käufers: Weicht die gelieferte Ware bei einer Falschlieferrung oder einem Mengenfehler von der Bestellung offensichtlich in einem so erheblichen Maß ab, daß der Verkäufer die Genehmigung als ausgeschlossen betrachten muß, so entfällt gemäß § 378 HGB die Rücklast des Käufers. Der Grund für diese Ausnahmeregelung liegt darin, daß ein Verkäufer, der nach vernünftiger Auffassung der

111) BGH, Ur. v. 28. 4. 1976 – VIII ZR 244/74, BGHZ 66, 208, 213; BGH, Ur. v. 26. 4. 1989 – VIII ZR 312/87, ZIP 1989, 781, 782, dazu EWIR 1989, 663 (v. Feldmann); Reinicke/Tiedtke, Rz. 884.

112) BGH, Ur. v. 16. 9. 1987 – VIII ZR 334/86, WM 1987, 1299, dazu EWIR 1987, 1113 (Paulusch); BGH, Ur. v. 25. 10. 1988 – VI ZR 344/87, WM 1989, 110, 114, dazu EWIR 1989, 145 (v. Bar); Reinicke/Tiedtke, Rz. 887; Roth, § 31, S. 329 ff; a. A. hingegen OLG Frankfurt, Ur. v. 26. 9. 1986 – 10 U 311/85, WM 1986, 1566, 1567 m. w. N.

113) BGH, Ur. v. 24. 5. 1976 – VIII ZR 10/74, BGHZ 66, 315, 318 ff; BGH, WM 1989, 110, 114; Reinicke/Tiedtke, Rz. 887.

Sachlage mit der gelieferten Ware keine Vertragserfüllung versuchen und auch vom Käufer kein Behalten der Ware erwarten kann, nicht schutzwürdig ist.¹¹⁴ Daher soll der Käufer seine Ansprüche wegen der Falschlieferung oder des Mengenfehlers auch dann nicht verlieren, wenn er es unterläßt, den Mangel zu rügen. Der Ausnahmetatbestand ist allerdings eng auszulegen,¹¹⁵ muß im Streitfall vom Käufer bewiesen werden und gilt nicht für Qualitätsmängel nach § 377 HGB.

91 Nach § 377 Abs. 5 HGB trifft den Käufer ebenfalls keine Rügepflicht, soweit der Verkäufer arglistig einen Mangel verschwiegen oder eine Eigenschaft vorgespiegelt hat. In diesem Fall kann der Käufer auch ohne entsprechende Rüge geltend machen. Dafür genügt es allerdings nicht, daß der Verkäufer den Mangel kannte, sondern es muß hinzukommen, daß er wußte, oder damit rechnete, der Käufer werde die Ware bei Kenntnis des Mangels nicht als Erfüllung akzeptieren.¹¹⁶ Soweit der Verkäufer arglistig eine Eigenschaft der Ware vorgespiegelt, steht dies dem Verschweigen von Mängeln gleich.¹¹⁷ Der entscheidende Zeitpunkt für das arglistige Verschweigen oder Vorspiegeln liegt bei einem Speziaukauf im Abschluß des Kaufvertrages,¹¹⁸ bei einem Gattungskauf dagegen in der Lieferung.¹¹⁹

92 Bei den § 377, 378 HGB handelt es sich um **abdingbare Vorschriften**. Daher kann der Verkäufer jederzeit (auch konkludent) durch eine entsprechende Vereinbarung auf die zu seinem Schutz bestehenden Rechtsfolgen, die sich gemäß § 377 Abs. 2, 3 HGB aus einer unterlassenen Rüge seitens des Käufers ergeben, verzichten.¹²⁰ Ob die § 377, 378 HGB im Einzelfall gänzlich abbedungen oder nur modifiziert worden sind, muß häufig erst durch Vertragsauslegung festgestellt werden. So wird die Rügelast oft nicht abbedungen, sondern lediglich durch eine Beschränkung der Untersuchungslast gemildert. Von einem Verzicht ist demgegenüber auszugehen, wenn der Verkäufer die bestandene Ware vorbehaltlos zurückgenommen oder Nachbesserung verspro-

114) BGH, Urt. v. 24. 10. 1960 = VIII ZR 191/59, BB 1960, 1262; BGH ZIP 1992, 477, 481; Brox, Rz. 388.

115) BGH NJW 1975, 2011; Brox, Rz. 388.

116) BGH NJW 1986, 316, 317; BGH, Urt. v. 25. 3. 1992 = VIII ZR 74/91, NJW-RR 1992, 1076.

117) Marburger, JuS 1983, 1, 10; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 5.

118) Staub/Bruggemann, HGB, § 377 Rz. 188; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 5.

119) BGH BB 1954, 954.

120) BGH, Urt. v. 19. 6. 1991 = VIII ZR 149/90, NJW 1991, 2633; BGH, Urt. v. 27. 6. 1990 = VIII ZR 72/89, NJW-RR 1990, 1462.

chen hat.¹²¹ Es reicht auch aus, daß der Verkäufer nicht den Einwand der verspäteten Mängelrüge erhoben hat. Nicht ausreichend ist hingegen, daß der Verkäufer lediglich Verhandlungen über die vom Käufer gerügten Mängel aufnimmt; hierin ist lediglich der Wunsch des Verkäufers zu sehen, zunächst eine gütliche Beilegung des Streits über die Mängel zu versuchen.¹²²

Erfolgt die Vereinbarung formulärmäßig, so sind die Vorschriften des AGB-Gesetzes zu beachten. Eine in den AGB des Verkäufers enthaltene Bestimmung, wonach alle Mängel der Sache bei der Ablieferung anzuzeigen seien und anderenfalls keine Haftung übernommen werde, ist auch im kaufmännischen Verkehr nichtig.¹²³ Dies folgt zwar nicht aus § 11 Nr. 10 Buchst. e AGBG, da diese Regelung gemäß § 24 AGBG nicht gilt, soweit es sich bei dem Käufer um einen Kaufmann handelt. Eine **formulärmäßige Abbedingung der Untersuchungs- und Rügelast** bei offen zutage tretenden Mängeln ist allerdings mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar und daher nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.¹²⁴

3. Ordnungsmäßigkeit der Rüge

a) Anzeigebefreiung des Mangels

Zwar geht § 377 Abs. 1 HGB davon aus, daß der Käufer die Ware zunächst untersucht und dabei etwaige Mängel entdeckt. Allerdings hat nur die Rüge, nicht hingegen die Untersuchung eine Außenwirkung gegenüber dem Verkäufer. § 377 HGB verfolgt jedoch gerade den Zweck, daß der Verkäufer möglichst schnell wissen soll, woran er ist. Daher genügt eine Rüge auch dann, wenn der Käufer die Ware zwar **nicht untersucht, aber auf andere Weise von dem Mangel erfahren** hat oder ihn sogar nur auf Verdacht behauptet.¹²⁵

Die Rüge selbst stellt eine **formlose Anzeige der Mängel** durch den Käufer an den Verkäufer dar, wobei die bloße Mitteilung, daß ein Mangel vorhanden ist, nicht ausreicht. Erforderlich ist vielmehr, daß der Verkäufer Art und Umfang des Mangels aus der Anzeige erkennen kann. Daher muß der Mangel vom Käufer genau beschrieben und mehrere Mängel einzeln aufgeführt werden. Die Rüge darf also einerseits nicht ganz unsubstantiell sein, braucht aber

121) BGH ZIP 1990, 650, 655; BGH, Urt. v. 29. 3. 1978 = VIII ZR 245/76, WM 1978, 725, 726; Reinecke/Tiedtke, Rz. 897.

122) Reinecke/Tiedtke, Rz. 897.

123) BGH, Urt. v. 3. 7. 1985 = VIII ZR 152/84, WM 1985, 1145, 1146, dazu EWIR 1985, 721 (Bunte); Reinecke/Tiedtke, Rz. 881.

124) BGH NJW 1991, 2633, 2634; Brox, Rz. 389a; Reinecke/Tiedtke, Rz. 881.

125) RG, Urt. v. 18. 11. 1932 = II 140/32, RGZ 138, 331, 336; Brox, Rz. 390.

b) **Rechtzeitigkeit der Anzeige**

- 101 Die Mängelrüge durch den Käufer muß gemäß § 377 Abs. 1 HGB **unverzüglich**, d. h. ohne schuldhaftes Zögern im Sinne des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB, erfolgen.¹³⁷⁾ Der Bundesgerichtshof hatte kürzlich in einem Sonderfall zu prüfen, ob der Käufer die Rüge rechtzeitig erhoben hatte.¹³⁸⁾ Die Besonderheit dieses Falles bestand darin, daß der Verkäufer, der den Käufer seit zehn Jahren mit sogenannten Extremschuhen (Jagd-, Berg- und Wanderschuhen) belieferte, plötzlich dazu übergegangen war, das Leder für die Schuhe anders „zurichwendete“ der Bundesgerichtshof § 377 Abs. 2 HGB nicht an. Hier lag unabhängig davon, ob die andere Zurichtung des Leders einen Mangel der Schuhe begründete, eine vertragliche Nebenpflichtverletzung des Verkäufers vor. Da der Käufer aufgrund der langen Geschäftsbeziehung davon ausgehen konnte, daß die Zurichtung des Leders nicht geändert worden ist, bestand für ihn auch kein Anlaß, die Schuhe daraufhin zu untersuchen. Aus diesem Grund hat der Bundesgerichtshof unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früher vertretenen entgegenstehenden Rechtsprechung¹³⁹⁾ **in diesem Fall die Regelung des § 377 Abs. 2 HGB für unanwendbar erklärt.**¹⁴⁰⁾ Er hat für diesen Sonderfall ausgeführt: „Stellt sich die Beschaffenheitsänderung als ein Mangel der Ware aus, so befindet sich der Käufer in derselben Lage wie derjenige, der eines bis dahin versteckten Mangels gewärtig wird.“¹⁴¹⁾ Aufgrund des entsprechend anwendbaren § 377 Abs. 3 HGB trifft ihn daher die Rügelast erst nach der Entdeckung des Mangels, obgleich er ihn bei einer Untersuchung der Ware unverzüglich nach deren Ablieferung sofort entdeckt haben würde und § 377 Abs. 2 HGB daher seinem Wortlaut nach einschlägig ist.
- 102 Ob eine Mängelrüge **unverzüglich** erfolgt ist, richtet sich nach den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalles und insbesondere danach, ob ein offener oder ein verborgener Mangel vorliegt. Sowohl für den Umfang als auch für die Art und den Zeitpunkt der Untersuchung kann der ordnungsgemäße Geschäftsgang von Fall zu Fall ganz unterschiedliche Maßstäbe setzen.

137) Staub/Brüggenmann, HGB, § 377 Rz. 77; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 3.

138) Vgl. BGH, Urt. v. 13. 3. 1996 – VIII ZR 333/94, ZIP 1996, 756, dazu EWIR 1996, 563 (v. Gerkan); vgl. zu dieser Entscheidung auch Müller, ZIP 1997, 661.

139) BGH ZIP 1990, 520, 522 f.

140) BGH ZIP 1996, 756, 757 f.

141) BGH ZIP 1996, 756, 757 f.

aa) **Bei offenen Mängeln**

Offene Mängel sind solche, die entweder offen zutage treten, dem Käufer ohnehin bekannt sind oder bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung entdeckt werden.¹⁴²⁾ Offen zutage tretenden Mängel oder solche, die dem Käufer ohnehin bekannt sind, bedürfen zu ihrer Entdeckung keiner Untersuchung und sind daher unverzüglich nach Ablieferung der Ware zu rügen.

Ist der Mangel hingegen nur durch eine Untersuchung zu erkennen, ist die Frist für die Rüge des Käufers entsprechend länger. In diesem Zusammenhang sind zwei Handlungen des Käufers zu berücksichtigen: Zum einen muß die Untersuchung der Ware gemäß § 377 Abs. 1 HGB unverzüglich und sachgemäß nach der Ablieferung durchgeführt werden, sofern dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlich ist. Das Gesetz bezieht sich hier auf die branchenspezifische Übung. Die Untersuchung darf auch keineswegs nur oberflächlich erfolgen, da ansonsten der Käufer Gefahr läuft, erkennbare Fehler zu übersehen. Hinsichtlich Art und Umfang der Untersuchungspflicht sind vor allem objektive Kriterien, wie beispielsweise Art und Verpackung der Ware sowie der zeitliche, technische und finanzielle Aufwand, der für die Untersuchung erforderlich ist, maßgebend. Einfacher gesagt: Es muß für die Untersuchung ein Unterschied machen, ob es sich bei dem Kaufgegenstand um eine Banane oder eine hochgradig komplexe Computeranlage handelt.¹⁴³⁾ Die Untersuchung muß mit fachmännischer Sorgfalt und notfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen durchgeführt werden. So muß der Käufer bei verpackten Waren zumindest Stichproben machen, d. h., bei Konserven müssen beispielsweise einige Dosen geöffnet werden. Verderbliche Ware (z. B. frische Lebensmittel) muß schneller untersucht werden als nicht verderbliche. Eine gelieferte Maschine ist probeweise in Betrieb zu nehmen.¹⁴⁴⁾ Weiterhin muß der Käufer die Mängel unverzüglich nach Durchführung der Untersuchung rügen. Die Rüge ist also dann als rechtzeitig erfolgt anzusehen, wenn die Ware nach ihrer Ablieferung unverzüglich untersucht und ein dabei entdeckter Mangel dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf der Untersuchungsfrist angezeigt wird.¹⁴⁵⁾

142) BGH WM 1970, 1400; Brox, Rz. 392; Jänschl/Zerres, S. 164.

143) Vgl. auch Jänschl/Zerres, S. 165.

144) Vgl. dazu Jänschl/Zerres, S. 165; Klunziger, S. 248.

145) BGH LM HGB § 377 Nr. 1; Brox, Rz. 393.

bb) Bei verborgenen Mängeln

- 105 **Verborgene Mängel** sind solche, die bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht entdeckt worden sind oder mit Sicherheit nicht zu entdecken gewesen wären, wenn eine Untersuchung, die unterblieben ist, durchgeführt worden wäre.¹⁴⁶⁾ In einem solchen Fall kann vom Käufer gemäß § 377 Abs. 3 HGB allerdings unverzüglich zu erfolgen. Häufig werden aus Gründen der Rechtssicherheit per AGB bestimmte Anzeigefristen vereinbart (oben Rz. 62). Diese sind für die verborgenen Mängel jedoch häufig unangemessen kurz bemessen und daher gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.
- 106 Die unverzügliche Rügepflicht nach § 377 HGB gilt auch dann, wenn der Verkäufer (Unternehmer) nach einer ersten Mängelrüge vergeblich versucht hat, die gelieferte Sache beim Käufer (Besteller) nachzubessern. Der Käufer kann sich deshalb auf das **Fehlschlagen der Nachbesserung** nur berufen, wenn er das weitere Vorhandensein des Mangels **erneut** rechtzeitig rügt.¹⁴⁷⁾

4. Rechtsfolgen rechtzeitiger und ordnungsgemäßer Rüge

- 107 Die Rechtsfolgen einer rechtzeitigen und ordnungsgemäßen Rüge sind im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Die rechtzeitige Rüge schafft keine neuen Rechte, soweit der Käufer aber ordnungsgemäß und rechtzeitig gerügt hat, behält er seine Rechte wegen des Mangels der Ware. Um welche Rechte es sich dabei im einzelnen handelt, hängt davon ab, welche Art von Mängeln die gelieferte Ware aufweist.

a) Bei Vorliegen eines Sachmangels

- 108 Bei Vorliegen eines Sachmangels im Sinne des § 459 BGB richten sich auch die Rechtsfolgen nach den §§ 462 ff BGB. Der Käufer kann in diesem Fall gemäß § 462 BGB wahlweise Wandlung oder Minderung verlangen. Bei einem Gattungskauf steht dem Verkäufer gemäß § 480 Abs. 1 BGB neben Wandlung oder Minderung das Recht zu, die Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen. Unter bestimmten Voraussetzungen ist er sogar berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 463 BGB).

146) Brox, Rz. 393; Jänsch/Zerres, S. 165.

147) OLG München, Urt. v. 6. 12. 1985 – 23 U 3798/85, NJW 1986, 1111, 1112, dazu EWIR 1986, 381 (Brandner).

b) Bei Falschliefereung

Bei einer Falschliefereung ist hinsichtlich der Rechtsfolgen zwischen Gattungs- und Stückkauf zu unterscheiden.

aa) Gattungskauf

Ob bei Vorliegen eines Gattungskaufs dem Käufer bei einer Falschliefereung ebenso wie bei einer Schlechtliefereung die Gewährleistungsansprüche des Käufers zustehen, wird nicht einheitlich beurteilt. Nach Ansicht der Rechtsprechung und des überwiegenden Teils der Literatur stehen dem Käufer in diesem Fall die entsprechenden Gewährleistungsansprüche zu, soweit keine Genehmigungsunfähige Aliudlieferung vorliegt.¹⁴⁸⁾ Von einem Teil des Schrifttums wird dieser Auffassung entgegengehalten, daß § 378 HGB für Falschliefereung ausdrücklich nur hinsichtlich der Rügelast, nicht jedoch bezüglich der Rechtsfolgen auf § 377 HGB verweise. Aus diesem Grund habe der Käufer bei einer Falschliefereung wie im Bürgerlichen Recht nur den Erfüllungsanspruch. Darüber hinaus entspreche es eher dem von den §§ 377, 378 HGB verfolgten Zweck, die Interessen des Verkäufers zu schützen, wenn der Käufer nur den Erfüllungsanspruch, nicht jedoch wahlweise mehrere Gewährleistungsrechte geltend machen könne.¹⁴⁹⁾

Gegen diese Ansicht spricht jedoch, daß der Fehler bei einer Schlechtliefereung nach Maßgabe des subjektiven Fehlerbegriffes bestimmt wird. Danach ist eine Sache fehlerhaft, wenn sie von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht und dadurch ihr Wert oder ihre Tauglichkeit zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert wird. Aufgrund der Abhängigkeit des Fehlerbegriffes von der vertraglichen Vereinbarung ist daher auch die Ware, die nicht der vertraglich vereinbarten Art entspricht, fehlerhaft im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB.¹⁵⁰⁾ Darüber hinaus wird durch die Gleichstellung von Schlecht- und Falschliefereung die oft schwierige Prüfung, welche Art von Mangel vorliegt, vermieden: Zwar muß man zur Beantwortung der Frage des Vorliegens eines nicht genehmigungsfähigen Aliud mit der herrschenden Meinung zwischen Schlecht- und Falschliefereung unterscheiden. Diese Unterscheidung ist jedoch lediglich für den Ausnahmetatbestand des § 378 Halbs. 2 HGB von Bedeutung, bei dem die Grenze zwischen offensichtlich erheblichen und genehmigungsfähigen Abweichungen in der Regel leicht zu bestimmen ist.

148) RG, Urt. v. 18. 12. 1914 – II 433/14, RGZ 86, 90, 93; BGH ZIP 1992, 477, 480 f; OLG Karlsruhe (Senat Freiburg), Urt. v. 8. 10. 1992 – 4 U 76/92, NJW-RR 1993, 631, 632; Brox, Rz. 396; Staub/Brüggemann, HGB, § 378 Anm. 58 ff.

149) Knöpfle, NJW 1989, 871, 875; ders., JZ 1979, 11 ff.

150) Brox, Rz. 396.

Letztlich ist es bei den fließenden Übergängen zwischen Schlecht- und Falschliefereung nicht hinnehmbar, daß bei einer Aliudlieferung der Erfüllungsan- spruch des Käufers gemäß § 433 Abs. 1, § 195 BGB erst nach einer Frist von 30 Jahren verjähren soll, während bei einem Qualitätsmangel die kurze Ver- jähungsfrist von sechs Monaten nach § 477 gilt.

bb) Stückkauf

- 112 Liefert der Verkäufer hingegen bei einem Stückkauf eine andere als die ver- traglich bestimmte Sache (sogenanntes Identitätsaliud), kann der Käufer nach ordnungsgemäßer Rüge weiterhin auf Erfüllung des Vertrages bestehen und Lieferung der gekauften Ware verlangen.¹⁵¹⁾

c) Bei Quantitätsmängeln

- 113 Soweit eine Quantitätsabweichung rechtzeitig gerügt wurde, richten sich die Rechtsfolgen nach den allgemeinen Regeln. Bei einer Minderlieferung kann der Käufer demnach deren Ergänzung verlangen, während er eine Mehrliefe- rung nicht bezahlen muß, soweit der Vertrag nicht entsprechend erweitert wird.
- 114 Soweit der Käufer das Empfangene nicht mehr herausgeben kann, darf er sich grundsätzlich gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf Entreicherung berufen. Wenn die Aussonderung einer gerügten Zuviellieferung hingegen unverhältnismäßig schwierig ist und der Käufer diese Schwierigkeit nicht auf sich nehmen möchte, kann er statt dessen auch die Gesamtmenge zurückweisen und Neuliefe- rung der korrekten Menge verlangen.¹⁵²⁾

5. Rechtsfolgen bei nicht rechtzeitiger oder ordnungsgemäßer Rüge

- 115 Der Käufer ist grundsätzlich nicht verpflichtet zu rügen und hat daher auch keinen Schadensersatz zu leisten, soweit er nicht rügt. Dennoch wird das Un- terlassen der Rüge sanktioniert: Wenn der Käufer eine mangelhafte Ware nicht ordnungsgemäß rügt, gilt diese nach § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt. Dies hat zur Folge, daß der Käufer die Ware sodann als vertragsgemäß geliefert an- sehen muß und wegen des Mangels oder des Fehlens einer zugesicherten Ei- genschaft keine Rechte aus den §§ 459 ff, 480 BGB mehr herleiten kann.¹⁵³⁾

151) BGH NJW 1979, 811; Brox, Rz. 396.

152) Marburger, JuS 1983, 1, 10; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 29 III 5.

153) BGH, Ur. v. 3. 2. 1959 – VIII ZR 14/58, LM HGB § 377 Nr. 5; Ernst, NJW 1997, 896, 901; Brox, Rz. 397.

Rechtstechnisch ordnet man die § 377 Abs. 2 HGB als Fiktion ein.¹⁵⁴⁾ Der Käufer wird also rechtlich so behandelt, als ob ihm mangelfreie Ware geliefert worden wäre. Dies gilt nach Auffassung des Bundesgerichtshofes nicht nur für Gewährleistungsansprüche im engeren Sinne, sondern für alle mit dem Ver- trag im Zusammenhang stehenden Rechte, die auf die fehlerhafte Beschaffen- heit der Ware oder eine Falschliefereung gestützt werden und „sich mithin als Gewährleistungsansprüche im weiteren Sinne darstellen“; insbesondere also für Rechte aus § 119 Abs. 2 BGB, aus Unmöglichkeit und positiver For- derungsverletzung.¹⁵⁵⁾

Allerdings wird die Frage, inwiefern eine Rügepflichtverletzung auch Scha- densersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung wegen der Ver- letzung vertraglicher Nebenpflichten ausschließt, nicht einheitlich beurteilt. Sofern diese Ansprüche im Zusammenhang mit einem Sachmangel stehen, wird allgemein davon ausgegangen, darauf auch § 377 HGB anwenden zu müssen.¹⁵⁶⁾ Dies ist insbesondere bei Schadensersatzansprüchen aus positiver Forderungsverletzung wegen Mangelfolgeschäden der Fall.¹⁵⁷⁾ Falls es aller- dings um die Verletzung von selbständigen Nebenpflichten geht, soll vor allem nach Ansicht der Rechtsprechung die unterlassene Rüge nicht zu einem Aus- schluß von Schadensersatzansprüchen führen.¹⁵⁸⁾ Diese Auffassung wird ins- besondere mit Hinweis auf die durch § 377 HGB bezweckte Besserstellung des Verkäufers und die zu vermeidenden Abgrenzungsschwierigkeiten kriti- siert.¹⁵⁹⁾

Für die Auffassung des Bundesgerichtshofes spricht die besondere Schutzwür- digkeit des Verkäufers, die sich daraus ergibt, daß dieser im Falle einer Rüge des Käufers in der Lage gewesen wäre, den Gebrauch der verkauften Sache durch den Käufer und damit die Entstehung von Mangelfolgeschäden zu ver-

154) RG, Ur. v. 11. 2. 1936 – II 181/35, JW 1936, 2391, 2392.

155) BGHZ 66, 208, 213; BGH ZIP 1990, 520, 522 f, krit. hingegen Tiedtke, NJW 1990, 14 ff.

156) Zuletzt bestätigend BGH, Ur. v. 7. 3. 1983 – VIII ZR 331/81, ZIP 1983, 449, 451 für § 477 BGB; Hübner, Rz. 107.

157) Allerdings nur soweit diese nicht ohnehin gemäß § 463 BGB zu ersetzen sind, wenn sie vom Zweck der Zusage mit umfaßt sind; vgl. BGH, Ur. v. 29. 5. 1968 – VIII ZR 77/66, BGHZ 50, 200, 204; Hübner, Rz. 107.

158) BGHZ 66, 208, 213; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 28 III 5 b; Hübner, Rz. 107; vgl. außerdem BGH ZIP 1990, 520, 523: Keine Rügelast des Käufers, wenn der Verkäufer im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung Ware liefert und es unterläßt, diesen auf die geänderte, aber nicht mangelhafte Beschaffenheit der Ware hinzuweisen (dagegen Tiedtke, NJW 1990, 14, 16 f).

159) Schneider, JR 1977, 65, 76 f.

hindern.¹⁶⁰ Der Verkäufer hat somit ein reges Interesse daran, vom Käufer möglichst früh über die etwaigen Mängel einer Lieferung unterrichtet zu werden, damit er mögliche Mangelfolgeschäden, die den Wert der Ware um ein Vielfaches übersteigen können, verhindern kann. Wenn der Käufer Mängel nicht rechtzeitig rügt, ist er daher verpflichtet, das Risiko allein zu tragen und kann deshalb auch keinen Ersatz für etwaige Mangelfolgeschäden verlangen. Die Rügelast des § 377 HGB führt somit zu einer interessengemäßen Verteilung zwischen Verkäufer und Käufer. Der Käufer kann deshalb auch keine Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsabschluß oder positiver Vertragsverletzung wegen **Mangelfolgeschäden** geltend machen, soweit diese auf dem nicht gerügten Fehler der Sache beruhen.

- 118** Schadensersatzansprüche, die auf einer davon **unabhängigen Verletzung vertraglicher Nebenpflichten** beruhen, sind nicht von vornherein ausgeschlossen.¹⁶¹ Bei einem **Werklieferungsvertrag** kann der Besteller nicht mehr die Abnahme unter Berufung auf den Mangel verweigern.¹⁶² Das Unterbleiben der Mängelrüge wirkt auch im **Verhältnis zu Dritten**, insbesondere im Verhältnis zwischen Käufer und Finanzierungsinstitut: Falls der Käufer also beim finanzierten Abzahlungskauf die erforderliche Mängelrüge versäumt, kann er später auch dem Darlehensrückzahlungsanspruch der Finanzierungsbank nicht mehr entgegenhalten, die gelieferte Ware sei mangelhaft.¹⁶³ Einschränkung ist jedoch in § 377 Abs. 5 HGB (entsprechend § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB) der Fall des arglistigen Verkäufers ausgenommen, da dieser keinen Schutz verdient.¹⁶⁴
- 119** Soweit nur bei einer **Teillieferung die Rügeobliegenheit verletzt** wurde, beschränkt sich der Rechtsverlust auch nur auf diese Teillieferung.¹⁶⁵ Allerdings kann der Käufer wegen dieser mangelhaften Teillieferung auch nicht mehr den Rücktritt für künftige Lieferungen erklären, soweit nicht künftige Lieferungen eindeutig denselben Fehler aufweisen.¹⁶⁶

160) BGH NJW 1975, 2011: Hätte der Verkäufer von Wellstegträgern in dem dort behandelten Fall vom Käufer erfahren, daß die gelieferten Träger nur 32 cm anstelle der vereinbarten 40 cm hoch waren, so hätte er dafür gesorgt, daß der Käufer diese nicht zum Bau eines Daches verwendet hätte, das sich später aufgrund der zu schmalen Träger durchbog.

161) BGH ZIP 1990, 520, 522 f; *Canaris*, Handelsrecht, § 29 VIII 2, S. 427 m. w. N.

162) OLG Düsseldorf, Urt. v. 10. 1. 1990 – 19 U 23/89, NJW 1990, 1306, dazu EWIR 1990, 769 (*Thamm/Detzer*).

163) *Hübner*, Rz. 107.

164) Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen sich der Verkäufer wegen Arglist nicht auf die Verspätung einer Mängelrüge berufen kann, vgl. BGH NJW 1986, 316, 317 f.

165) RG, Urt. v. 2. 1. 1907 – II 267/06, RGZ 65, 49, 53 f.

166) BGH LM HGB § 377 Nr. 5.

Sofern eine **genehmigungsfähige Falschlieferung (Aliudlieferung) oder eine Quantitätsabweichung** vorliegt, führt das Unterlassen der gebotenen Rüge gemäß § 378 Halbs. 2 HGB ebenfalls zu einem Rechtsverlust. Durch § 378 HGB sollen allerdings nur besonders krasse Abweichungen von der Gleichstellung ausgeschlossen werden. Betroffen ist daher nur solche Ware, die mit der bestellten „gar nichts gemein hat und offensichtlich für den Zweck des Käufers ohne Bedeutung ist“, so daß der Verkäufer „bei objektiver Betrachtungsweise schlechterdings nicht erwarten kann, der Käufer werde sie als Erfüllung akzeptieren“.¹⁶⁷

Da die §§ 377, 378 HGB den Belangen des Verkäufers dienen, bleiben dessen Rechte durch die unterlassene Rüge unberührt. Rechtsfolge der unterlassenen Rüge ist also für gewöhnlich, daß der Verkäufer den Kaufvertrag erfüllt hat und der Käufer daher verpflichtet ist, den vereinbarten Kaufpreis zu entrichten.

Wird ein **weniger wertvolles aliud geliefert**, ist der Preis jedoch nicht etwa zu reduzieren, weil durch § 378 HGB gerade Streitigkeiten über das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Lieferung verhindert werden sollen. Da § 378 HGB aus diesem Grunde keinen Anspruch auf Zahlung eines höheren Kaufpreises einräumt, muß der Verkäufer, der ein wertvolleres aliud geliefert hat oder aus sonstigen Gründen daran interessiert ist, die Falschlieferung wieder rückgängig zu machen, das Geleistete nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen, indem er auf die seinem Schutz dienende Ausschlußwirkung der §§ 377, 378 HGB verzichtet.¹⁶⁸ Soweit nach vereinzelt vertretener Auffassung im Fall der Aliudlieferung ein angemessener Preis festgesetzt werden soll,¹⁶⁹ ist dem nicht zuzustimmen, da durch § 378 HGB gerade ein Streit über das Vorliegen eines Sachmangels oder aliud vermieden werden soll. Falls die Ware also als genehmigt gilt, ist auch der Kaufpreis als vereinbart anzusehen.

6. Aufbewahrungspflicht und Notverkaufsrecht

Soweit es sich um einen beidseitigen Handelskauf handelt und der Käufer die ihm von einem anderen Ort übersandte Ware beanstandet, ist er gemäß § 379 Abs. 1 HGB verpflichtet, für ihre **Aufbewahrung** zu sorgen. Wenn der Käufer diese Aufbewahrungspflicht verletzt, ist er zwar zum Schadensersatz verpflichtet, verliert jedoch nicht seine vertragsmäßigen Rechte.

167) BGH, Urt. v. 23. 3. 1994 – VIII ZR 47/93, ZIP 1994, 1029, 1030 m. w. N., dazu EWIR 1994, 797 (*Mankowski*); BGH ZIP 1992, 477, 480 f; *Canaris*, Handelsrecht, § 29 VIII 2, S. 428.

168) *Staub/Brüggemann*, HGB, § 377 Rz. 49; *Canaris*, Handelsrecht, § 29 VIII 2, S. 428; *Koppensteiner*, BB 1971, 548; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 29 III 5 c;

169) v. *Gierke/Sandrock*, § 60 V 4.

- 124 Wenn die Ware allerdings dem Verderb ausgesetzt ist und Gefahr im Verzug ist, kann der Käufer sie gemäß § 379 Abs. 2 HGB für Rechnung des Verkäufers verkaufen. Da dieses **Notverkaufsrecht** im Interesse des Verkäufers liegt, darf der Verkauf aufgrund des § 379 Abs. 2 HGB nicht gegen dessen Willen stattfinden.¹⁷⁰⁾ Allerdings wird das Notverkaufsrecht nicht allein dadurch begünstigt, daß der Verkäufer die Rüge nicht anerkennt und die Ware als vertragsgemäß betrachtet.

V. Exkurs: Leasing und Factoring

- 125 Im Zusammenhang mit dem Kaufrecht sind zwei **moderne Vertragstypen** zu erörtern, die in der Praxis mittlerweile eine bedeutende Rolle spielen und deren rechtliche Einordnung und Behandlung mit einigen Schwierigkeiten verbunden ist: einerseits das Leasinggeschäft, das bis zu einem bestimmten Grad den Kauf ersetzt, und andererseits das Factoringgeschäft, das eine kaufweise Abtretung von Kundenforderungen an die Factoringbank beinhaltet.

1. Leasing

- 126 Das Leasing stellt in erster Linie ein **Mietverhältnis** dar, das in unterschiedlich starkem Maß von Elementen des Kauf- und Darlehensvertrages durchsetzt und modifiziert wird. Der Inhalt des Leasinggeschäftes besteht in der Gebrauchsüberlassung einer Sache für eine Zeit gegen Entgelt, wobei der Leasinggeber üblicherweise von der Gefahr des Unterganges, der Mängelhaftung und Pflicht zur Instandsetzung befreit ist.¹⁷¹⁾ Dies geschieht regelmäßig dadurch, daß der Leasinggeber die Sache nach den Wünschen des Leasingnehmers erwirbt und sie diesem überläßt, sich aber zugleich seiner Vermieterpflichten weitgehend dadurch entledigt, daß er dem Leasingnehmer seine Ansprüche gegen den Verkäufer abtritt und die Sach- und Leistungsgefahr auf ihn abwälzt.
- 127 Dieses Vorgehen stellt insbesondere im Hinblick auf die **Mängelgewährleistung** (§§ 536 ff BGB) ein Problem dar und wird daher von der Rechtsprechung in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt: So muß zwar der Leasingnehmer versuchen, die Mängelansprüche unmittelbar gegen den Lieferanten durchzusetzen, er kann aber durch Aufhebung des Kaufvertrages auch dem Leasing-

170) ROHG, Ur. v. 22. 9. 1875 – 25/75, ROHG 18, 229, 230; RG, Ur. v. 8. 12. 1898 – VI 262/98, RGZ 43, 27 ff.

171) Bernstein, DB 1987, 1236 ff; Flume, DB 1991, 265 ff; Hübner, § 7 VI 1.

vertrag die Geschäftsgrundlage entziehen und bei (teilweiser) Nichterfüllung auch dem Leasinggeber die Einrede des § 320 BGB entgegenhalten.¹⁷²⁾

Soweit man das Leasing als Lieferung betrachtet, erscheint auch eine **Abtretung der Ansprüche aus Mängelgewährleistung** durch AGB vom Leasinggeber an den Leasingnehmer in Anbetracht des § 11 Nr. 10 Buchst. a, § 9 AGBG problematisch.¹⁷³⁾ Soweit es sich bei dem Leasingnehmer um einen Kaufmann handelt, soll eine derartige Klausel nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes jedoch nicht gegen § 9 AGBG verstoßen und auch § 11 Nr. 10 Buchst. a AGBG soll nicht auf Finanzierungsleasingverträge anwendbar sein.¹⁷⁴⁾

Nach **Beendigung des Leasingverhältnisses** kann der Leasingnehmer die Sache häufig unter bestimmten Voraussetzungen käuflich erwerben. Neben diesem Unterschied zum typischen Mietvertrag ist der Leasingnehmer in der Regel stärker mit Erhaltungskosten und -risiken belastet.

In der Praxis kommt das Leasing vor allem in zwei verschiedenen Formen vor: Bei dem sogenannten **Operating Leasing** verkauft der Hersteller das Produkt, sondern vermietet es. Bei dieser Form des Leasing handelt es sich abgesehen von der Gefahrtragung in der Regel um einen normalen Mietvertrag.

Beim weitaus üblicheren **Finanzierungsleasing** kauft ein Leasinggeber Sachen (beispielsweise Maschinen, Kraftfahrzeuge oder andere Investitionsgüter), die er dem Leasingnehmer gegen Entgelt zum Gebrauch überläßt. Obwohl das Finanzierungsleasing kein Bankgeschäft im Sinne des § 1 KWG darstellt, wird es in der Praxis häufig von Großbanken über Tochtergesellschaften betrieben. Das Finanzierungsleasing gleicht somit einem Sachkredit, bei dem der Mieter unabhängig von den an der Sache bestehenden Eigentumsverhältnissen die Gefahr trägt. Die Zahlungsverpflichtung ist dabei so bemessen, daß sie unter Berücksichtigung der vorgesehenen Gebrauchsdauer den Anschaffungspreis zuzüglich Zinsen für die Vorfinanzierung sowie den Gewinn für den Leasinggeber abdeckt.

Der **durchschlagende Erfolg des Leasinggeschäftes** erklärt sich neben wirtschaftlichen in erster Linie durch steuerliche Gründe.¹⁷⁵⁾ In wirtschaftlicher

172) BGH, Ur. v. 16. 9. 1981 – VIII ZR 265/80, ZIP 1981, 1215, 1217 f; BGH, Ur. v. 23. 10. 1990 – VI ZR 310/89, WM 1991, 74, 75 f, dazu EWIR 1991, 25 (v. Westphalen).

173) Hübner, § 7 VI 1; offengelassen von BGH ZIP 1981, 1215, 1218; BGH, Ur. v. 23. 2. 1977 – VIII ZR 124/75, BGHZ 68, 118, 123.

174) BGH ZIP 1981, 1215, 1217 f; BGH, Ur. v. 24. 4. 1985 – VIII ZR 65/84, ZIP 1985, 682, 685 ff, dazu EWIR 1985, 239 (Hensen); BGH, Ur. v. 2. 6. 1984 – VIII ZR 131/81, NJW 1985, 129, 130.

175) Siehe dazu Hübner, § 7 VI 1; Klammroth, BB 1982, 1949, 1950.

Hinsicht ermöglicht das Leasing eine mittelfristige Finanzierung und eine Kreditaufnahme teils in Form einer vollständigen Fremdfinanzierung und einen Kapitaleinsatz. Da die Sache dem Leasingnehmer nicht gehört, wird beim Leasinggeschäft die Ertragsteuerlast gemindert. Dies gilt allerdings nur, soweit keine Aktivierung des Wirtschaftsgutes und Passivierung der Mietzinsverpflichtung vorliegt, da sich steuerliche Zurechnungskriterien grundsätzlich mit den handelsrechtlichen decken.

- 133 Nach Auffassung des Rechtsausschusses des Bundestages sind **Finanzierungsleasingverträge als Kreditverträge** gemäß § 1 Abs. 2 VerbrKrG zu behandeln. Deshalb finden Leasingverträge in § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG eine ausdrückliche Erwähnung, der einige für Finanzierungsverträge nicht passende Regelungen für unanwendbar erklärt.¹⁷⁶⁾ Daß Finanzierungsleasingverträge vom Verbraucherkreditgesetz erfaßt sind, ergibt sich darüber hinaus bereits aus einem Umkehrschluß aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG.¹⁷⁷⁾

2. Factoring

- 134 Beim Factoring handelt es sich um eine Art „**Forderungskauf**“: Der Gläubiger (Zedent) einer Forderung aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen tritt diese an den „Factor“ (Zessionar), zumeist eine Bank, ab. Der Factor bezahlt dem Altgläubiger dabei sofort den Wert der Forderung abzüglich eines Entgeltes für seine Leistungen und Risiken. Vom Erscheinungsbild her handelt es sich beim Factoring also um eine Diskontierung nicht wechselmäßig verbriefter Forderungen, die wie das Diskontgeschäft Funktionen der Geschäftsbesorgung und der Finanzierung oder Kreditierung übernimmt.
- 135 Das Factoring hat als aus den USA übernommene Finanzierungsart zwischenzeitlich eine **große wirtschaftliche Bedeutung** gewonnen und erreicht ein jährliches Gesamtvolumen von ca. 5 Milliarden Mark.¹⁷⁸⁾
- 136 Weiterhin muß zwischen dem „**echten**“ und dem „**unechten**“ Factoring unterschieden werden: Nur bei dem echten Factoring trägt der Factor auch das Risiko der Erfüllung der Forderung, d. h. der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (sogenanntes Delkredere). Beim unechten Factoring kann er hingegen bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auf den Zedenten der Forderung zurückgreifen. Damit gleicht das echte Factoring eher einem Kaufgeschäft, das einen

176) Vgl. Begründung des Rechtsausschusses zum Regierungsentwurf eines Verbraucherkreditgesetzes, BT-Drucks. 11/8274, S. 21.

177) Hübner, § 7 VI 1; Lieb, WM 1991, 1533.

178) Hübner, § 7 VI 2; Graf v. Westphalen, S. 472 ff; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rz. 1226.

Forderungskauf darstellt,¹⁷⁹⁾ während das unechte Factoring ein Kreditgeschäft ist.¹⁸⁰⁾

Eine in der Praxis weniger häufig anzutreffende Variante stellt das sogenannte **Basisfactoring** dar. Hierbei übernimmt der Factor die treuhänderische Verwaltung und Einziehung der Forderung einschließlich Buchhaltung und anderweitigen Dienstleistungen. Das vom Factor in Rechnung gestellte Entgelt (Factoring-Gebühr) ist ausschließlich ein Entgelt für die von ihm übernommene Geschäftsbesorgung, die sowohl werk- als auch dienstvertragliche Elemente aufweist.

Was die technische Durchführung anbelangt, so ist zwischen dem **offenen** und dem diskreteren **verdeckten Factoring** zu unterscheiden: Während bei einem offenen Factoring dem Schuldner gegenüber die Abtretung angezeigt wird und er auch an den Factor zahlt, hat der Schuldner bei einem verdeckten Factoring keine Kenntnis von der Abtretung und zahlt an seinen Gläubiger.¹⁸¹⁾

Sowohl das echte als auch das unechte Factoring stellen in der Praxis kein für eine einzelne Forderung abgeschlossenes Geschäft, sondern eine umfassende **Dauerrechtsbeziehung** dar. In der Regel vereinbaren die Parteien die Kreditierung und Übertragung einer Vielzahl von künftigen Forderungen einer bestimmten Art. Durch diese Gestaltung in Form eines Dauerschuldverhältnisses wird das Factoring überhaupt erst in die Lage versetzt, die beschriebene Service-Funktion zu erbringen. Allerdings behält sich der Factor in der Regel noch die Einzelentscheidung vor, ob und gegebenenfalls mit welchem Risikoframework (echtes oder unechtes Factoring) er die einzelne Forderung nach ihrer Entstehung übernehmen will.¹⁸²⁾

Das rechtliche Hauptproblem des Factoring liegt in der möglichen Kollision der hierbei vorzunehmenden Forderungszession (zumeist eine Globalzession) mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt zu Lasten des Factoringkunden. Die Rechtsprechung betrachtet eine Globalzession (d. h. eine Abtretung aller künftigen Forderungen, die Banken zur Darlehenssicherung gewährt werden)

179) BGH, Urt. v. 19. 9. 1977 – VIII ZR 169/76, BGHZ 69, 254; Hübner, § 7 VI 2. Auch das echte Factoring verstößt nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz, vgl. BGH, Urt. v. 23. 1. 1980 – VIII ZR 91/79, BGHZ 76, 119, 125 f; Hübner, § 7 VI 2.

180) Da die Einziehung, deren gerichtliche Durchsetzung und nötigenfalls auch Vollstreckung Anwälten überlassen wird, stellt das unechte Factoring keine unerlaubte Ausübung einer Rechtsberatungstätigkeit dar und verstößt daher nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz. Vgl. BGH, Urt. v. 3. 5. 1972 – VIII ZR 170/71, BGHZ 58, 364, 366 ff; Hübner, § 7 VI 2.

181) Die Zahlung erfolgt dabei zumeist auf ein vom Gläubiger zugunsten des Factors eingerichtetes Sonderkonto; vgl. Baumbach/Hopt, HGB, Bank Gesch (7) Rz. O/1; Hübner, § 7 VI 2.

182) Roth, § 31, S. 341 ff.

§ 11

als sittenwidrig, soweit sie solche Forderungen umfaßt, die der Kreditnehmer zur Sicherung seiner Lieferanten künftig an diese abtreten muß. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß der Schuldner auf diese Weise zum Vertragsbruch gegenüber seinen Lieferanten gezwungen werde.¹⁸³⁾ Bei einem unechten Factoring hält der Bundesgerichtshof insoweit eine Globalzession grundsätzlich für unwirksam.¹⁸⁴⁾ Demgegenüber erachtet der Bundesgerichtshof das echte Factoring als wirksam, was er damit begründet, daß der Vorbehaltskäufer sich nicht schlechter stellt, als wenn er die Forderung, die ihm beim verlängerten Eigentumsvorbehalt zusteht, selbst eingezogen hätte: Beim echten Factoring fließt dem Käufer daher der Wert aus dem Weiterverkauf der Forderung vorbehaltlos und ohne Rückgriffsrisiko zu.¹⁸⁵⁾

183) BGH, Urt. v. 30. 4. 1959 – VII ZR 19/58, BGHZ 30, 149, 153; BGH, Urt. v. 15. 4. 1987 – VIII ZR 97/86, ZIP 1987, 855, dazu EWiR 1987, 861 (*Blaurock*); OLG Karlsruhe, Urt. v. 28. 1. 1986 – 8 U 45/85, NJW-RR 1986, 925, dazu EWiR 1986, 1081 (*Roth*).

184) BGH, Urt. v. 14. 10. 1981 – VIII ZR 149/80, ZIP 1981, 1313, 1315 f; BGH ZIP 1987, 855, 856 f; OLG Koblenz, Urt. v. 10. 11. 1987 – 3 U 1386/86, NJW-RR 1988, 568.

185) BGHZ 69, 254 ff; BGH, Urt. v. 7. 6. 1978 – VIII ZR 80/77, BGHZ 72, 15, 18 ff; krit. hingegen *Hübner*, § 7 VI 2; *Peters/Wiechmann*, ZIP 1982, 1406, 1409 ff, wonach nur eine beschränkte Abtretungsermächtigung interessengerecht und eine Abtretung dem Vorbehaltskäufer anzuzeigen sei sowie der Factoring Erlös den Wert der Erstverkaufsforderung nicht unterschreiten dürfe; vgl. außerdem BGH ZIP 1987, 855, 857, wonach die Berufung des Factors auf den Vorrang der Factoring-Zession auch beim echten Factoring rechtsmißbräuchlich ist, wenn er seine Zustimmung dazu erklärt hat, daß sein Klient die Ansprüche auf die Factoring-Erlöse an eine Gläubigerbank abtritt.