

Fall 5

Adalbert Ambrosius ist Inhaber eines großen Feinkostgeschäfts in Würzburg. Art und Umfang des Geschäfts erfordern einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb. Ambrosius ist im Handelsregister eingetragen. Wegen der vielen Supermärkte und Kaufhäuser in und um Würzburg geht das Geschäft aber immer mehr zurück, bis es Ende 2016 keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb mehr erfordert. Eine Änderung im Handelsregister erfolgte nicht.

Sebastian Schlosser, ein flüchtiger Bekannter des Ambrosius, möchte bei Gerold Grabert einen Kredit i.H.v. 1.000 € aufnehmen. Grabert ist zur Gewährung eines Darlehens aber nur gegen Stellung ausreichender Sicherheiten bereit. Darauf verpfändet Paul Peters, ein Freund des Schlosser, dem Grabert seinen alten VW 1200. Da das dem Grabert noch nicht genügt, geht Schlosser zu Ambrosius und bittet ihn, für ihn bei Grabert zu bürgen. Schlosser erklärt dem Ambrosius, seine wirtschaftlichen Verhältnisse seien absolut in Ordnung, er brauche sich keine Sorgen zu machen. In Wirklichkeit ist Schlosser hoch verschuldet. Er fürchtet aber, Ambrosius würde die Bürgschaft nicht übernehmen, wenn er die wahren Vermögensverhältnisse des Schlosser kennen würde.

Ambrosius ruft am 01.02.2017 bei Grabert an und erklärt ihm, er verbürge sich selbstschuldnerisch für die Darlehensschuld des Schlosser. Grabert weiß, welchen Umfang das Geschäft des Ambrosius zurzeit noch hat. Am 02.02.2017 zahlt er dem Schlosser die Darlehenssumme von 1.000 € aus. Schlosser soll sie am 01.05.2017 zurückzahlen. Der Zins beträgt 5 % p.a.

Wenig später erfährt Ambrosius, wie es um die Vermögensverhältnisse des Schlosser bestellt ist. Er ruft daher am 16.03.2017 bei Grabert an und erklärt ihm nach Darlegung des Sachverhalts, er fechte die Bürgschaft wegen arglistiger Täuschung und Irrtums an. Grabert meint, was Schlosser dem Ambrosius erzählt habe, gehe ihn - den Grabert - nichts an. Die Bürgschaft sei wirksam, Ambrosius müsse sich schon an Schlosser halten.

Als Grabert am 01.05.2017 von Schlosser Rückzahlung des Darlehens einschließlich 5 % Zinsen verlangt, ist Schlosser dazu nicht in der Lage. Darauf zahlt Peters an Grabert 1.012,50 €.

1. Peters möchte wissen, ob er irgendwelche Ansprüche gegen Ambrosius hat.

Nachdem das Geschäft immer schlechter läuft, gibt Ambrosius es am 02.05.2017 ganz auf. Seine Firma bleibt aber im Handelsregister eingetragen.

Für die Hochzeitsfeier seiner Tochter bestellt Ambrosius am 10.05.2017 bei dem Spirituosenhändler Konrad Korn 50 Flaschen Mosel-Wein, die Flasche zu 6 €. Den Zweck des Kaufs teilt Ambrosius dem Korn nicht mit. Korn liefert am 15.05.2017 fünf Kisten Wein. Von der Geschäftsaufgabe des Ambrosius weiß er nichts. In der beiliegenden Rechnung ist ein Preis von 300 € für 50 Flaschen vermerkt. Ambrosius stellt die Kisten in seinen Keller. Als er am Vorabend der Hochzeit, am 25.05.2017, eine der Kisten öffnet, um den Wein zu probieren, stellt er fest, dass sie nur 8 Flaschen enthält. Die anderen 4 Kisten enthalten je 10 Flaschen.

Noch am selben Abend ruft Ambrosius bei Korn an und verlangt Nachlieferung von zwei Flaschen Wein. Korn lehnt das ab und verlangt seinerseits Zahlung von 300 €. Ambrosius meint, wenn Korn schon nicht gewillt sei die zwei fehlenden Flaschen nachzuliefern, so brauche er - Ambrosius - auch nur 48 Flaschen zu bezahlen, also nur 288 €.

2. Muss Korn dem Ambrosius noch zwei Flaschen Wein liefern und welchen Betrag muss Ambrosius an Korn zahlen?

Fall 5 - Lösung

ÜBERSICHT FALL 5

Teil 1: Anspruch des P gegen A aus §§ 1225, 488 I S.2 i.V.m. §§ 412, 401 i.V.m. 765?

- I. P = Verpfänder, §§ 1204 ff.
- II. Befriedigung des G durch P
⇒ Übergang der Forderung aus § 488 I S.2 auf P gemäß § 1225 S.1
- III. Übergang der Bürgschaft gem. §§ 412, 401 ?
⇒ Vss: Wirksame Bürgschaft
1. Formnichtigkeit, §§ 766 S.1, 125 S.1
⇒ (-), wenn § 350 HGB eingreift
- a) *A als Kaufmann*
⇒ (+); wegen Eintragung gilt § 2 bzw. § 5 HGB
- b) *Handelsgeschäft: §§ 343, 344 HGB (+)*
2. Nichtigkeit durch Anfechtung, § 142 I
- a) *Anfechtungsgegner = G, vgl. § 143 I, II*
- b) *Anfechtungsgrund*
- aa) § 119 II BGB
⇒ (-), weil Zahlungsfähigkeit des Sch. typisches Risiko des Bürgen ist
- bb) § 123 wegen Täuschung durch S
⇒ (-), da S "echter" Dritter i.S.d. § 123 II ist und G Täuschung des S nicht kannte
3. Ergebnis: Bürgschaft ist auf P übergegangen !!!
4. Höhe des Übergangs
- a) *Zinsen von Bürgschaft erfasst, § 767 I S.1*
- b) P: Wenn Übergang in voller Höhe (so Gesetz !), dann droht "Wettlauf der Sicherungsgeber"
⇒ nach h.M. werden ungleichartige Sicherungsgeber analog § 769 wie Mitbürgen behandelt

⇒ damit gem. §§ 774 II, 426 hälftiger Übergang der Bürgschaft (nach a.A. soll Bürge in der Weise privilegiert werden, dass die Bürgschaftsforderung erlischt, wenn anderer Sicherungsgeber zahlt!)

Teil 2

- I. Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 I, 1. Alt., 434 III BGB auf Lieferung von noch 2 Flaschen (Nachbesserung)
1. Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 I, 1. Alt., 434 III BGB grds. (+)
⇒ Zu-wenig-Lieferung ist Mangel, § 434 III
2. Bezüglich 48 Flaschen ⇒ § 362
3. Bezüglich Rest evtl. Ausschluss durch § 377 HGB ?
- a) *Beiderseitiger Handelskauf, §§ 343, 344*
- aa) K = Kaufmann, § 1 II HGB
- bb) *A trotz Geschäftsaufgabe Kaufmann?*
- (1) §§ 2, 5 HGB (-), da gar kein Gewerbe mehr!
- (2) Aber: §§ 15 I i.V.m. § 31 II HGB (+)
- cc) Handelsgeschäft?
⇒ P: Privatkauf für Hochzeitsfeier
- (1) Aber Vermutung des § 344 I HGB von A nicht widerlegt
- (2) Außerdem keine Erkennbarkeit des Privatcharakters durch K
- b) *Keine unverzügliche Untersuchung*
4. Ergebnis
Lieferung gilt gem. § 377 II HGB als genehmigt
⇒ kein Anspruch des A
- II. Anspruch K gegen A auf Zahlung, § 433 II
⇒ volle Bezahlung des Kaufpreises geschuldet; keine Minderung möglich, da wegen der Verletzung der Rügeobliegenheit gem. § 377 II BGB kein Mängelrecht mehr besteht

Handels- und Gesellschaftsrecht

Fall 5 – Lösung, Seite 2

LÖSUNG FALL 5

Teil 1: Ansprüche des P gegen A

P könnte gegen A einen Zahlungsanspruch von 1.000 € nebst Zinsen i.H.v. 12,50 €¹ aus §§ 1225, 412, 401, 488 I S.2, 765 haben.

Dazu müsste dem P gegen den A eine Forderung zustehen. Eine solche könnte sich gem. § 765 I aus Bürgschaft ergeben. Allerdings hat P mit A keinen Bürgschaftsvertrag geschlossen. In Betracht kommt also nur ein Anspruch aus übergegangener Forderung.

Exkurs: Für die durch Sicherungsrechte abgesicherten Forderungen gilt allgemein folgender Mechanismus:

Erfüllt der Sicherungsgeber (SiG), der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, die Forderung, so erlischt diese nicht, sondern geht auf den SiG über, so dass er Regress nehmen kann; dieser Anspruch, dem i.d.R. noch ein zweiter aus dem Innenverhältnis zur Seite steht (z.B. aus § 670 BGB), hat seinen Sinn nicht zuletzt darin, dass nach §§ 412, 401 BGB zusätzliche Sicherungsrechte auf den SiG übergehen (bzw. im Falle nicht akzessorischer Sicherungsrechte abgetreten werden müssen).

Weitere Beispiele im Gesetz neben § 1225 sind die §§ 774, 1143 BGB².

Etwas anderes gilt jedoch, wenn sich aus dem Innenverhältnis ergibt, dass der SiG im Verhältnis zum persönlichen Schuldner die Forderung begleichen soll, vgl. § 774 I 3 BGB; auch im Falle der Hypothek gilt dann nicht § 1143 BGB, sondern es tritt Erfüllung der Forderung, § 362 BGB ein; für die Hypothek gelten dann die §§ 1163 I 2, 1177 BGB³.

Aufbautechnisch sind (zumindest gedanklich) zuerst eigene Ansprüche, dann übergegangene Ansprüche (wie hier) zu prüfen, wobei gegen weitere der Schuldner sowohl Einreden aus dem Verhältnis zum SiG als auch solche gegen das abgetretene Recht, §§ 404 ff. BGB, geltend machen kann.

1. S schuldete dem G Zahlung von 1.000 € aus § 488 I S.2 BGB. P hatte dem G zur Sicherung dieser Forderung seinen Pkw nach § 1204 ff. wirksam verpfändet. P ist also Verpfänder, nicht aber persönlicher Schuldner.
2. Durch Zahlung von 1.012,50 € hat P den G befriedigt, §§ 362, 267.

3. Somit greift die Rechtsfolge des § 1225 ein: Die gesicherte Forderung aus § 488 I S.2 geht auf P über. Diese Forderung richtet sich aber gegen S.

4. § 1225 S.1 ordnet jedoch eine *cessio legis* an. Also greift § 412 ein, der auf die §§ 399 ff. verweist.

Gem. § 401 I gehen Rechte aus einer für die Forderung bestellten Bürgschaft mit auf den Zessionar über. Das folgt aus dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft: Forderungsinhaber und Bürgschaftsgläubiger müssen identisch sein.

5. Der gesetzliche Forderungsübergang tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem P den G befriedigt hat, § 1225 S.1. Es müsste also in diesem Zeitpunkt eine wirksame Bürgschaft des A für die Forderung bestanden haben.

a) Eine Bürgschaft nach § 765 I entsteht durch Vertrag zwischen dem Gläubiger der Hauptforderung und dem Bürgen.

Es gelten die allgemeinen vertraglichen Regelungen, §§ 145 ff. (kraft Gesetz entsteht eine Bürgschaft in den Fällen der §§ 566 II S.1, 778, 1251 II S.2).

Am 01.02.2017 wurde zwischen A und G der Bürgschaftsvertrag geschlossen.

b) Fraglich ist, ob Formvorschriften einzuhalten waren.

aa) Gem. § 766 S.1 muss die Vertragserklärung des Bürgen schriftlich erfolgen (die des Gläubigers ist nicht formbedürftig). Hier lag aber nur eine **fern-mündliche** Erklärung des A vor. Eine Heilung nach § 766 S. 3 ist nicht eingetreten⁴.

bb) Die Erklärung des A könnte jedoch auch formlos wirksam sein, wenn § 350 HGB eingreifen würde. Dazu müsste A im Zeitpunkt der Erklärung Kaufmann gewesen sein.

Da aber am 01.02.2017 der Gewerbebetrieb des A keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb mehr erforderte, war A Kleingewerbetreibender, sodass er gemäß § 1 II 2. HS. HGB eigentlich nicht mehr Kaufmann wäre.

Da er aber in das Handelsregister eingetragen ist, ist er gemäß kraft Fiktion § 2 HGB Kaufmann. Auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des G kommt es nicht an⁵.

¹ 5% Zinsen im Jahr aus einer Summe von 1.000,- € ergibt für drei Monate 12,50 € Zinsen.

² vgl. zum Regress bei einer „*cessio legis*“ HEMMER/WÜST, Rückgriffsansprüche, Rn. 28 ff.

³ vgl. PALANDT, § 1143 BGB, Rn. 3

⁴ Im Zusammenhang des § 766 BGB sollte unbedingt die Entscheidung BGH, NJW 1996, 1467 zu den Grenzen der Blankobürgschaft bekannt sein, kommentiert bei PALANDT, § 766 BGB, Rn. 4!

⁵ BAUMBACH/HOPT, § 5 HGB, Rn. 3, 6; anders z.B. bei § 15 HGB!

Handels- und Gesellschaftsrecht

Fall 5 – Lösung, Seite 3

Dies gilt aber gem. § 5 HGB nur, solange das im Handelsregister eingetragene Gewerbe tatsächlich noch betrieben wird.

Da A das Geschäft noch betreibt, ist er Kaufmann kraft Eintragung.

Daraus folgt auch, dass der Bürgschaftsvertrag für A aufgrund der Vermutung des § 344 I HGB ein Handelsgeschäft nach § 343 HGB ist.

Die mündliche Bürgschaftserklärung ist damit gem. § 350 HGB ausreichend gewesen.

c) Der Bürgschaftsvertrag könnte aufgrund Anfechtung des A nach § 142 I BGB nichtig gewesen sein, sodass es auch im Zeitpunkt der Zahlung des P an einer wirksamen Bürgschaft gefehlt haben könnte.

aa) A hat am 16.03.2017 gegenüber G, also dem nach § 143 I, II richtigen Gegner, die Anfechtung erklärt.

bb) Die Wirkung des § 142 I konnte durch diese Erklärung aber nur herbeigeführt werden, wenn A im Zeitpunkt der Erklärung ein Anfechtungsrecht hatte.

A könnte ein Anfechtungsrecht aus § 119 II oder § 123 gehabt haben.

(1) Anfechtung nach § 119 II

A war beim Abschluss des Bürgschaftsvertrags über die Vermögensverhältnisse des S im Irrtum. Diese können auch eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person sein⁶.

Etwas anderes muss aber gelten, wenn der Bürge sich über die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners irrt: Da die Bürgschaft gerade die Sicherung der Hauptschuld zum Inhalt hat, gehören die "Eigenschaften" und insbesondere die Vermögenslage des Hauptschuldners zum Risiko des Bürgen, das dem Gläubiger damit abgenommen werden soll. Eine Irrtumsanfechtung aus diesem Grund würde den Sicherungszweck der Bürgschaft vereiteln. Eine Anfechtung aus § 119 II ist daher ausgeschlossen⁷.

(2) Anfechtung nach § 123

A war vor Abschluss des Bürgschaftsvertrags von S arglistig getäuscht worden.

Er hätte den Vertrag nicht abgeschlossen, wenn er die wahren Vermögensverhältnisse des S gekannt hätte.

Da S aber nicht Vertragspartner des A ist und G von der arglistigen Täuschung nichts wusste, kann A gegenüber G nur anfechten, wenn S nicht Dritter i.S.d. § 123 II ist.

Der Begriff des Dritten i.S.d. § 123 II S. 1 BGB ist im Gesetz nicht geregelt. Nach h.M. ist negativ abzugrenzen. Kein Dritter ist, wer auf Seiten des Erklärungsgegners steht und maßgeblich am Zustandekommen des Vertrags mitgewirkt hat (laienhaft auch „Lagertheorie“ genannt). Das gilt zum Beispiel für einen Vertreter. Nach der Rechtsprechung ist auch derjenige nicht Dritter, dessen Verhalten sich der Vertragspartner nach dem Rechtsgedanken des § 278 S. 1 BGB zurechnen lassen müsste. Maßgeblich ist dabei auch die Motivation des Tätigwerdens, also ob der Täuschende fremd- oder eigennützig tätig wird.

Dritter i.S.v. § 123 II S. 1 BGB ist nur der am Geschäft Unbeteiligte.

Der Schuldner, der einen Bürgen durch Täuschung zur Bürgschaftsübernahme veranlasst hat, wird nicht dadurch zum Verhandlungsgehilfen und zur Vertrauensperson des Gläubigers, dass dieser die Bürgschaftsurkunde entworfen und den Anstoß für die Verhandlungen gegeben hat⁸.

Wenn der Bürge vom Hauptschuldner gestellt wird, so hier, so ist bei der Bestellung der Hauptschuldner (S) nicht der Gehilfe des Gläubigers (G) zur Herbeiführung der Bürgschaftserklärung.

Deshalb berechtigt die arglistige Täuschung des Bürgen durch den Hauptschuldner den Bürgen nur dann zur Anfechtung, wenn der Gläubiger die Täuschung kannte oder kennen musste. Der Schuldner nimmt bei der Besorgung des Bürgen ja auch nicht Interessen des Gläubigers wahr, sondern eigene, da er ohne Bürgschaft den Kredit nicht bekommt.

S war hier also im Verhältnis A-G "Dritter" i.S.d. § 123 II.

Da G von der arglistigen Täuschung des A durch S weder wusste noch wissen musste, hat A auch kein Anfechtungsrecht aus § 123.

cc) Die Anfechtung ist also unwirksam. Im Zeitpunkt der Befriedigung des G durch P war die Darlehensforderung durch eine Bürgschaft des A gesichert. Sie konnte somit auch gem. §§ 1225 S. 1, 412, 401 I auf P übergehen.

d) Fraglich ist, *in welcher Höhe* die Bürgschaft auf P übergegangen ist.

aa) Auszugehen ist davon, dass die Bürgschaft die Darlehensforderung in voller Höhe sichert, also auch hinsichtlich der Zinsen, § 767 I.

⁶ PALANDT/HEINRICHS, § 119 BGB, Rn. 6b

⁷ FLUME, BGB AT II, S. 490; WEBER, Sicherungsgeschäfte, S. 15

⁸ PALANDT, § 123 BGB, Rn. 13

Handels- und Gesellschaftsrecht

Fall 5 – Lösung, Seite 4

bb) Streng genommen müsste damit die Bürgschaft auch in dieser Höhe auf P übergegangen sein. Das würde umgekehrt aber dazu führen, dass das Pfandrecht an dem Pkw auch in voller Höhe nach §§ 774 I, 412, 401 I auf A übergegangen wäre, wenn A den G zuerst befriedigt hätte.

Wer zuerst zahlt, könnte damit das Insolvenzrisiko hinsichtlich des Hauptschuldners auf den anderen Sicherungsgeber abwälzen.

Es käme zum Wettlauf zwischen Bürgen und Verpfänder. Dieses Ergebnis wird zu Recht als nicht sachgerecht empfunden.⁹

(1) Nach einer Meinung¹⁰ soll deshalb der Bürge privilegiert sein. Zahlt er zuerst, so erwirbt er das Pfandrecht in vollem Umfang nach §§ 774 I, 412, 401 I. Zahlt umgekehrt zuerst der Verpfänder, so erlischt die Bürgschaft, der Verpfänder erwirbt nach § 1225 S. 1 also nur eine ungesicherte Rückgriffsforderung gegen den Hauptschuldner, nicht aber die Bürgschaft.

Die Privilegierung des Bürgen sei damit zu erklären, dass er ein größeres Haftungsrisiko trage. Während der Realsicherer (Pfand, Hypothek) nur beschränkt mit dem Sicherungsgut haftet, kann beim Bürgen auf dessen gesamtes Vermögen zurückgegriffen werde. Die Bevorzugung des Bürgen komme auch in § 776 zum Ausdruck.

Dem ließe sich jedoch entgegenhalten, dass eine Bürgschaft nun einmal das gefährlichere Sicherungsmittel ist und dass der Bürge deshalb hinter dem Verpfänder zurückstehen müsse.

(2) Nach der wohl herrschenden Meinung soll die Regelung des Gesetzes für Mitbürgen (§§ 769, 774 II, 426) analog gelten.

Der zuerst Zahlende würde danach das andere Sicherungsrecht im Zweifel nur zur Hälfte erwerben, im Übrigen würde es erlöschen.

Das steht auch mit dem Gesetz im Einklang. § 1225 S.2 verweist generell auf § 774, also auch auf § 774 II. Daraus ergibt sich zunächst, dass auch zwischen mehreren Verpfändern eine gesamtschuldnerische Ausgleichung zu erfolgen hat.

Aus dem Zusammenhang der beiden Regelungen für Mitbürgen und Mitverpfänder lässt sich der allgemeine Gedanke ableiten, dass aus einer Haftungsgemeinschaft auch eine Ausgleichsgemeinschaft entsteht, wenn einer der Sicherungsgeber in Anspruch genommen worden ist.

Zwischen Bürgen und Verpfänder besteht daher ebenfalls ein Ausgleichsverhältnis gem. § 426, was in der Regel zu hälftigem Ausgleich führt¹¹.

Ergebnis: Folgt man der Meinung unter (1), so kann P von A nichts verlangen. Anderenfalls (2) hat P gegen A einen Anspruch aus §§ 1225 S.1, 412, 401 I, 765 I, 1225 S.2, 774 II, 426 I BGB in Höhe von 506,25 €.

Teil 2: Die Weinlieferung

I. **Anspruch** des A gegen K **auf Lieferung** von zwei Flaschen Wein aus §§ 437 Nr. 1, 439 I, 1. Alt., 434 III BGB.

Anmerkung: Die Minderlieferung führt demnach als ein Fall des Sachmangels zu einer Verletzung der Pflicht aus § 433 I S.2 BGB. Folge ist, dass der Anspruch auf den restlichen Umfang der vollständigen Lieferpflicht nicht mehr aus § 433 I S.1 BGB folgt, sondern vielmehr sich nach § 437 BGB bestimmt.

Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang § 437 Nr. 1, 439 I 1. Alt. (Anspruch auf Nachbesserung).“ Eine Nachlieferung gem. § 439 I, 2. Alt. BGB läge nur dann vor, wenn A von K nochmals Lieferung von allen 50 Flaschen verlangen würde.

Dieser Anspruch auf Lieferung der restlichen Menge verjährt als Nacherfüllungsanspruch gem. § 438 I Nr. 3 BGB in zwei Jahren.

Demgegenüber würde der ursprüngliche Erfüllungsanspruch regelmäßig in drei Jahren verjähren, § 195 BGB. § 434 III BGB führt damit hinsichtlich der Verjährung zu einer Benachteiligung des Käufers.

1. Zwischen A und K wurde ein Kaufvertrag über 50 Flaschen Moselwein geschlossen, also hatte A gegen K ursprünglich einen Anspruch aus § 433 I 1 auf Lieferung von 50 Flaschen.

2. Durch Lieferung von 48 Flaschen ist der Anspruch aus § 433 I S.1 nur mangelhaft erfüllt worden.

Denn § 434 III stellt die Zuweniglieferung dem Sachmangel gleich.

Für die Gleichstellung der Zuweniglieferung mit einem Sachmangel nach § 434 III BGB ist es aber erforderlich, dass der Verkäufer die Leistung zur (vollständigen) Erfüllung seiner Pflicht aus § 433 I 1 BGB erbringt (str.).

⁹ Zum Ausgleich bei ungleichartigen Sicherheiten vgl. HEMMER/WÜST, Rückgriffsansprüche, Rn. 552 ff.!

¹⁰ REINICKE/TIEDTKE, Kreditsicherung, Rn. 1111.

¹¹ BGH, NJW 1992, 3228 ff.; MEDICUS/PETERSEN, Rn. 941.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Fall 5 – Lösung, Seite 5

Abzustellen ist dabei auf den objektiven Empfängerhorizont des Käufers.

Hier lag eine verdeckte Zuweniglieferung vor, sodass ein Mangel i.S.d. § 434 III BGB zu bejahen ist.

Anmerkung: Ist die Lieferung des Verkäufers – etwa aufgrund der Angaben im beigelegten Lieferschein – dahingehend auszulegen, dass er auf eine andere (auch: vermeintliche) Schuld leisten will, liegt keine Zuweniglieferung i.S.d. § 434 III BGB vor. Es tritt mangels entsprechender Tilgungsbestimmung des Verkäufers auch keine teilweise Erfüllungswirkung nach § 362 I BGB ein; der Käufer hat weiterhin den vollen Anspruch aus § 433 I I BGB, der Verkäufer kann die geleistete Ware nach § 812 I S.1, 1. Alt. BGB zurückverlangen, wenn die Schuld, auf die er leisten wollte, nicht existiert.

Sound: § 434 III BGB gilt daher nicht für die offene Teillieferung¹².

Fraglich ist aber, ob der an sich gegebene Anspruch auf die restlichen 2 Flaschen (bzgl. der 48 Flaschen wurde erfüllt, § 362 I) noch besteht.

- a) Es könnte § 377 HGB eingreifen, mit der Folge, dass die Zuweniglieferung nach § 377 II HGB als genehmigt gilt.
- aa) Voraussetzung für die Anwendung des § 377 HGB ist, dass es sich um einen beiderseitigen Handelskauf handelt.

Sowohl A als auch K müssten also Kaufmann sein und der Kaufvertrag müsste für sie ein Handelsgeschäft i.S.d. §§ 343, 344 HGB sein.

- (1) K ist Kaufmann nach § 1 II HGB, der Abschluss des Kaufvertrages gehört zu seinem Geschäftsbetrieb, § 343 I HGB.
- (2) Auch A war früher Kaufmann nach § 1 II i.V.m. § 2 HGB (s.o.).

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hatte er aber sein Geschäft bereits aufgegeben, war also nicht mehr Kaufmann.

Fraglich ist, ob sich aus § 2 HGB bzw. § 5 HGB etwas anderes ergibt. A ist noch im Handelsregister eingetragen.

Zusätzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 2 HGB ist aber, dass der Eingetragene überhaupt noch ein *Gewerbe betreibt* (vgl. § 5 HGB).¹³

Dies ist aber nicht der Fall.

A könnte aber gem. § 15 I HGB Rechtsscheinkaufmann sein.

Das Erlöschen des Unternehmens ist dem Erlöschen der Firma gleichzustellen und daher gem. § 31 II S.1 HGB eintragungspflichtig. Die Tatsache des Erlöschens des Geschäfts des A ist nicht eingetragen.

Es handelt sich um eine in Angelegenheiten des A einzutragende Tatsache, da A Inhaber des Geschäfts war.

K dürfte von dem Vorliegen der nicht eingetragenen Tatsache keine positive Kenntnis gehabt haben. Die Beweislast dafür trägt A. K wusste nichts von der Geschäftsaufgabe.

Die Voraussetzungen des § 15 I HGB liegen damit vor. Folge ist, dass A sich gegenüber K so behandeln lassen muss, als betreibe er weiter ein Handelsgewerbe. Es kommen also alle Rechtsnormen zur Anwendung, die das Betreiben eines Handelsgewerbes voraussetzen, so auch die § 377 HGB.

Anmerkung: Wenn das Erlöschen des Geschäftsbetriebes und damit der Firma nach § 31 II S. 1 HGB im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht wurde, greift § 15 I HGB nicht mehr ein, da sich dann jeder diese Tatsache entgegenhalten lassen muss, § 15 II S. 1 HGB.

Wird allerdings innerhalb von 15 Tagen nach der Bekanntmachung ein Rechtsgeschäft vorgenommen, so ist § 15 II S. 2 HGB zu beachten. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine „Rest-Rechtsscheinsregelung“, auf die sich der Dritte allerdings berufen und seine Gutgläubigkeit (leicht fahrlässige Unkenntnis von der eintragungspflichtigen Tatsache schadet bereits) beweisen muss.¹⁴

- bb) Ein Handelskauf i.S.d. § 377 HGB liegt nur vor, wenn der Kauf für beide Parteien ein Handelsgeschäft ist, §§ 343, 344 HGB.

Für K lag eindeutig ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB vor.

Für A handelte es sich hier aber objektiv um ein Privatgeschäft. Allerdings enthält § 344 I HGB eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen eines Handelsgeschäfts¹⁵. Um diese Vermutung zu widerlegen, müsste A beweisen, dass es sich um ein Privatgeschäft gehandelt hat und dass der Privatcharakter des Geschäfts dem K erkennbar gewesen ist (kannte oder kennen musste)¹⁶.

¹² vgl. PALANDT, § 434, Rn. 53; HEMMER/WÜST, Schuldrecht II, Rn. 136

¹³ vgl. BGHZ 32, 307 (314) bzw. BAUMBACH/HOPT, § 5 HGB, Rn. 5

¹⁴ BAUMBACH/HOPT § 15 HGB, Rn. 14

¹⁵ BAUMBACH/HOPT § 344 HGB, Rn. 1, 3

¹⁶ BAUMBACH/HOPT § 344 HGB, Rn. 3

Handels- und Gesellschaftsrecht

Fall 5 – Lösung, Seite 6

Da A gegenüber K den Zweck des Vertragsschlusses nicht mitgeteilt hat, gilt der Kauf als beiderseitiger Handelskauf. § 377 HGB ist also anwendbar.

- b) § 377 HGB entfaltet seine Wirkung, wenn der Käufer die gelieferte Ware nicht unverzüglich untersucht und etwaige Mängel dem Verkäufer mitgeteilt hat. Die Rechtslage ist dann so zu betrachten, als habe der Verkäufer ordnungsgemäß erfüllt.

Untersuchung und Rüge sind damit keine Pflichten, sondern lediglich Obliegenheiten, weil sie nicht zu einer eigenen Schadensersatzverpflichtung, sondern nur zum Verlust von Rechten führen¹⁷. Daraus folgt, dass auch eine berechtigte rechtzeitige Rüge ohne vorherige Untersuchung dem Käufer seine Rechte erhält.

- aa) Hier liegt keine ordnungsgemäße Erfüllung vor, da K zwei Flaschen zu wenig geliefert hat, § 434 III BGB.

- bb) A hätte die gelieferte Ware unverzüglich i.S.d. § 121 BGB untersuchen und den Mangel rügen müssen.

Schon geringe, bei ordnungsgemäßem Geschäftsgang vermeidbare, Lässigkeit macht die Rüge verspätet¹⁸. K hatte am 15.5.2017 geliefert, A hat die Lieferung am 25.5.2017 untersucht. Das ist zu spät.

- cc) Gem. § 377 II HGB gilt die Lieferung als von A genehmigt. A verliert somit die Rechte, die er sonst wegen des Mangels hätte. A kann also weder die Teilleistung nach § 266 zurückweisen noch die fehlenden zwei Flaschen nachfordern¹⁹.

Ergebnis: A hat gegen K keinen Anspruch auf Lieferung von zwei Flaschen Wein.

II. Anspruch des K gegen A auf Zahlung von 300 € aus § 433 II

Zwischen A und K war ein Kaufvertrag geschlossen worden, demnach sollte der Kaufpreis 300 € betragen. Dieser Kaufpreis war zwar für die Lieferung von 50 Flaschen vereinbart worden und K hat nur 48 Flaschen geliefert.

Bei einer Zuweniglieferung i.S.d. § 434 III BGB schuldet der Käufer aber dennoch den gesamten Kaufpreis, da eine Minderung gerade gem. § 377 II HGB ausgeschlossen ist. Aus demselben Grund ist die Einrede des nicht (ordnungsgemäß) erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB (vgl. auch § 433 I S.2 BGB) ausgeschlossen, da die Lieferung gerade als genehmigt gilt.

Hier hat K dem A 50 Flaschen in Rechnung gestellt. Er kann daher von A 300 € verlangen.

Exkurs: § 381 II HGB erklärt bei Verträgen über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen (vgl. § 650 BGB) § 377 HGB für anwendbar. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass § 377 HGB für den Werkvertrag nicht analog anwendbar sein kann, da es jedenfalls an einer planwidrigen Regelungslücke als erste Voraussetzung für eine Analogie fehlt.

¹⁷ BAUMBACH/HOPT § 377 HGB, Rn. 3, 19

¹⁸ BAUMBACH/HOPT § 377 HGB, Rn. 23, 26

¹⁹ BAUMBACH/HOPT § 378 Rn. 8