

## Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht



Teil 1, Abschnitt

Handelsgeschäfte, §§ 343 ff HGB

Unterabschnitt 1.5.2: Besondere Regelungen

◇ § 355 I 1: Kontokorrent ist

- (auch konkludente) Abrede, nach der
- die aus einer Geschäftsbeziehung entspringenden Ansprüche der beteiligten Personen (mindestens einer ist Kaufmann)
- miteinander verrechnet und
- nach bestimmten Zeitabschnitten abgerechnet und festgestellt werden.

Nicht immer, wenn wechselseitige Forderungen in Kontoform gebucht werden, liegt ein Kontokorrent vor. So wird etwa kein Kontokorrent angenommen, wenn zwar die Forderungen und Gegenforderungen von einer Konzern-Abrechnungsstelle kontenmäßig erfasst und in regelmäßigen oder unregelmäßigen Abständen der anderen Seite mitgeteilt werden. Nach der Absprache bedeutet aber in diesem Fall die Buchung kein Anerkenntnis und die einzelnen gebuchten Forderungen werden nach der Buchung einer Rechnungsprüfung unterzogen, deren Ergebnis es auch sein kann, dass die Forderung nicht besteht und der schon ausgezahlte Betrag also zurückzubuchen ist.

Forderungen müssen kontokorrentfähig sein, d.h. ihre Aufrechnung darf nicht – gesetzlich oder vertraglich – ausgeschlossen sein.

- Nur sehr eingeschränkte Aufrechnungsfähigkeit ist bei den Einlageforderungen der Kapitalgesellschaften gegen ihre Mitglieder gegeben, siehe § 19 II GmbHG und noch strenger § 66 I 2 AktG, der die Aufrechnung gegen die Einlageforderung der AG schlechthin für unzulässig erklärt und erweiternd dahin ausgelegt wird, dass die Aufrechnung der AG mit ihrer Forderung nur eingeschränkt zulässig ist, nämlich nur dann, wenn sichergestellt ist, dass ihr tatsächlich der volle Wert der Einlageforderung zukommt. Das ist etwa nicht der Fall, wenn die AG die gegen sie gerichtete Forderung nicht voll erbringen könnte. Denn dann „gibt“ der Gesellschafter nur eine weniger wertvolle Forderung in der Aufrechnung hin, während die Gesellschaft selbst ihre vollwertige Forderung gegen den Gesellschafter voll einbüßt.
- AGB-Aufrechnungsverbot und Korrespondenzabrede kollidieren; ggf. kann die Kontokorrentabrede nach § 305b BGB vorrangig gegenüber einer Aufrechnungs-AGB sein.

#### ◇ Kontokorrentabrede enthält drei Komponenten:

- Verpflichtung zur Einstellung der beiderseitigen Ansprüche in eine laufende Rechnung;
- verfügende und im Hinblick auf die Verrechnung antizipierte Abrede,
  - die Einzelforderung nicht geltend zu machen („Lähmung“ der kontokorrentgebundenen Forderungen), sondern
  - am Ende der Rechnungsperiode (automatisch) zu verrechnen/saldieren (Entstehung des „kausalen Saldos“);
- verfügende Abrede, den Schlussaldo anzuerkennen.

Durch die Kontokorrentbindung ändert sich an Rechtsnatur, Bestand und Fälligkeit der Einzelforderungen nichts. Die Einzelforderungen unterliegen auch weiterhin der Verjährung, die aber bis zum nächsten regulären Rechnungsabschluss (mangels anderweitiger Vereinbarungen jährlich, § 355 II HGB) entsprechend § 205 BGB gehemmt ist.

Unterscheidung Periodenkontokorrent mit periodischer Verrechnung/Saldierung (monatlich, quartalsweise, jährlich) oder Staffelkontokorrent mit sofortiger Verrechnung/Saldierung nach jedem Buchungsvorgang. Aber: Auch wenn nach jedem Vorgang (automatisch) gebucht wird, liegt darin im Zweifel nicht ein Staffelkontokorrent, denn die Buchung und die Verrechnung mit Saldierung sind zweierlei.

Nach ganz überwiegender Ansicht in Rspr. (zB BGHZ 107, 192, 197; BGHZ 74, 253, 255; dagegen nur - aber vereinzelt - BGHZ 93, 307, 314 - Verrechnung als unselbständiger Teilakt des Saldoanerkennnisses) und Literatur (z.B. *Canaris* HR § 25 Rn. 16 mwN). handelt es sich bei der Verrechnungsabrede um eine antizipierte, die also schon bei der Kontokorrentabrede mit dinglicher Wirkung getroffen wird. Daher kommt es zur automatischen Verrechnung am Ende der Rechnungsperiode, ohne dass es noch weiterer Erklärungen der Parteien dazu bedürfte.

#### ◇ Einzelposten

- gehen im Saldo auf
  - können nicht mehr selbständig geltend gemacht werden, sind nicht abtretbar, nicht verpfändbar und nicht pfändbar.
- ◇ Erst der Saldo am Ende des Abrechnungszeitraums oder des Kontokorrents (oder am Pfändungstag) ist einforderbar, abtretbar, pfändbar und verpfändbar.
- ◇ Verzinsung des Saldos einschließlich etwa schon in ihm aufgegangener Zinsen (§ 355 I letzter HS HGB, Ausnahme vom Zinseszinsverbot aus § 248 I BGB).

Mangels Abtretbarkeit der Einzelforderungen können diese auch nicht Gegenstand der Voraus- oder Globalzession sein. In diesen Fällen läuft der verlängerte Eigentumsvorbehalt oder die Sicherungsabtretung sämtlicher Forderungen zunächst leer. Aber: Wegen § 356 HGB geht die Sicherung nicht verloren (oder rechtlich unter), sondern soweit die gesicherte Forderung und der Saldo, der zugunsten des Sicherungsgebers entsteht, sich decken (siehe dazu alsbald Folie 8), kann der Sicherungsnehmer auf den Saldo zurückgreifen.

## Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1.5.

- ◇ Streitig ist die Art, wie der Überschuss nach § 355 III HGB ermittelt wird:
- ◇ Rechtsprechung: Grundsatz der „verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung“, bei der alle Forderungen und Verbindlichkeiten, die in den Haben- oder den Soll-Saldo eingegangen sind, in dem Verhältnis getilgt werden, in dem die Summe der Haben-Buchungen zur Summe der Soll-Posten steht.
  - Bsp: Kontokorrent mit Forderungen A gegen B: 3.000,00 €, 7.000,00 €, 10.000,00 € (Summe 20.000,00 €), und Forderungen B gegen A: 20.000,00 €, 10.000,00 €, 10.000,00 € (Summe 40.000,00 €).
  - Verhältnis: 1 : 2. Also anteilige Verrechnung der Forderungen des A gegen diejenigen des B, mit der Folge, dass ein Saldo von 20.000,00 € zugunsten von B übrig bleibt, in dem die Forderungen von (noch) 10.000,00 €, 5.000,00 € und 5.000,00 € aufgehen.

Auf den Überschuss ist zurückzugreifen, solange es kein – ausdrückliches oder konkludentes – Saldoanerkennnis gibt.

Zitat aus: BGH NJW 1999, 1709, 1710 mN – RÜ. In diesen Fällen (des fehlenden Saldoanerkennnis) muss aber der Kläger den – steinigen – Weg gehen, im Prozess den Saldo darzulegen. Das bedeutet, er muss entweder von Beginn der Geschäftsbeziehung oder vom letzten unstreitigen (oder anerkannten) Saldo ausgehend alle seine Forderungen darstellen, aus denen sich der Saldo berechnet. Der Beklagte muss die für ihn günstigen Forderungen darlegen.

## Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

### 1.5.

- ◇ Streitig ist die Art, wie der Überschuss nach § 355 III HGB ermittelt wird (Forts):
- ◇ Literatur: Verrechnung entsprechend §§ 396 I 2, 366 f. BGB
  - Bsp: Kontokorrent mit Forderungen A gegen B: 3.000,00 €, 7.000,00 €, 10.000,00 € (Summe 20.000,00 €), und Forderungen B gegen A: 20.000,00 €, 10.000,00 €, 10.000,00 € (Summe 40.000,00 €).
  - Maßgeblich dafür, welcher Posten gegen welchen Gegenposten verrechnet wird, ist die Reihenfolge des § 366 f. BGB (im Zweifel wird dann die ältere Schuld wegen der Verjährung verrechnet).

Für Literaturmeinung etwa *Lettl* HR § 11 Rn. 33; *Canaris* HR § 25 Rn. 23 ff.:

Unterschied beider Meinungen im Ergebnis des Beispielsfalls, wenn etwa die Ausgangsforderung des B gegen den A (ehedem 20.000,00 €) verjährt (Verjährung der Einzelforderungen ist ja nur bis zum Rechnungsabschluss gehemmt, danach läuft sie wieder):

Rspr:

Von den 20.000,00 € war die Hälfte durch Verrechnung anteilig getilgt, übrig bleiben also insofern 10.000,00 € (zuzüglich der anteiligen Restforderungen von 5.000,00 € und nochmals 5.000,00 €). Wenn also die 10.000,00 € Restforderung aus den 20.000,00 € verjährt, hat B noch 10.000,00 € aus den beiden anderen per Saldo zu bekommen.

Nach der Literatur sähe die Rechnung so aus, dass auf die älteste Schuld (20.000,00 €) voll verrechnet würde, die beiden übrigen 10.000,00 €- Forderungen blieben unberührt. Wenn nun die verrechnete Forderung insofern voll auf Null gestellt ist, stellt sich das Verjährungsproblem nicht mehr und B bekommt die ungeschmälerte Forderung von 20.000,00 € aus den beiden anderen Forderungen.

Sofern der Schuldner bei der Bezahlung eine (konkludente) Leistungsbestimmung trifft, gilt nach der Literatur diese: Bsp. nach *Canaris* HR § 25 Rn. 24: Im Kontokorrent Bank - Kunde steht eine Darlehensforderung von 10.000,00 € und eine Forderung aus dem Ankauf von Wertpapieren von 5.370 €. Der Kunde zahlt exakt diesen Betrag ein. Dann soll wohl auch nur diese Forderung getilgt werden. Das ist aber alles nur von Bedeutung, wenn es noch nicht zum Saldoanerkennnis gekommen ist.

### ◇ Saldoanerkennntnis

- Neben der (automatischen) Verrechnung am Ende der Periode kann vorgesehen sein, dass der so errechnete "kausale" Saldo anerkannt wird (ausdrücklich oder durch „Verschweigen“ innerhalb bestimmter Fristen): "abstrakter" Saldo.
- Saldoanerkennntnis ist abstraktes Schuldanerkennntnis, §§ 781, 782 BGB.
  - Rechtliche Bedeutung streitig: Novation (SA tritt an die Stelle der alten Einzelforderungen und des Saldo) oder SA tritt erfüllungshalber neben die kausale Saldoforderung.

Die Novationstheorie wird in ständiger Rechtsprechung schon vom RG (zB RGZ 132, 218, 221; 87, 434, 437 f.) und vom BGH (zB BGHZ 93, 307, 313) vertreten.

Die Theorie vom erfüllungshalber (§ 364 II BGB) neben die kausale Saldoforderung tretenden Saldoanerkennntnis wird in der Literatur weit überwiegend vertreten, zB von *Canaris* HR § 25 Rn. 30.

# Vertiefung im Handels- und Gesellschaftsrecht

## 1.5.

### ◇ Sicherheiten, § 356 HGB

- Forderung, die in KK eingestellt wurde, war besichert (nicht nur akzessorisch).
- Sicherheit geht durch die Anerkennung des Saldos nicht unter oder wird frei, sondern
- Gläubiger kann aus der Sicherheit vorgehen, soweit sich gesicherte Forderung und Saldo decken.
  - Str.: Ist maßgeblich
    - der niedrigste Saldo nach Sicherheitenübernahme oder
    - die Höhe der im Saldo aufgegangenen und noch nicht getilgten Forderung?

Auf niedrigsten Saldo stellt etwa die Rspr. ab (zB BGHZ 50, 277, 284-RÜ), aber auch etwa *Baumbach/Hopt* HGB, 36. Aufl., § 356 Rn. 2); auf die Höhe der Restforderung im Saldo stellt etwa *Canaris* HR § 25 Rn. 40 und dem folgend *K. Schmidt* HR § 21 Rn. 40.

Die Tilgung der Forderung kann entweder durch Teilleistungen vor der Verrechnung oder durch Verrechnung entspr. §§ 396, 366 f BGB oder ggf. anteilig nach der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung erfolgen.

Bsp. (nach *Canaris* HR § 25 Rn. 39): In einem Kontokorrent stehen zugunsten des G ein Darlehensrückzahlungsanspruch von 10.000,00 €, in monatlichen Raten zu 500,00 € zu tilgen, und eine Kaufpreisschuld von 5.000,00 €. (Nur) für das Darlehen hatte sich B gegenüber dem G verbürgt. Schuldner S zahlt 6 mal 500,00 €, so dass der Saldo am nächsten Halbjahresschluss ( $10.000,00 - 6 \times 500 + 5.000,00 =$ ) 12.000,00 € beträgt. Wenn jetzt S die Zahlungen einstellt und der G die Bürgschaft zieht, müsste B die vollen 10.000,00 € zahlen, denn der niedrigste Saldo beträgt 12.000,00 €. Das ist aber mit der Akzessorietät der Bürgschaft schlechterdings nicht zu vereinbaren. Stellt man dagegen auf die Frage ab, inwiefern denn die gesicherte Forderung noch im Saldo zu Buche schlägt, so kommt man zum zutreffenden Ergebnis: 7.000,00 € blieben nach den Teiltilgungen übrig und das ist dann auch die Obergrenze des Bürgenrisikos. Das muss aber auch bei anderen, nicht akzessorischen Sicherungen gelten.

### ◇ Pfändung beim Kontokorrent

- § 357: Im Zeitpunkt der Pfändung wird (automatisch) Zwischensaldo ermittelt; ist der für den Pfändungsschuldner positiv, kann der Gläubiger sich diesen Betrag überweisen lassen, aber grds. erst nach Abschluss der Rechnungsperiode (beim Girokonto kann auch der „Tagessaldo“ gepfändet werden, der dann sofort zu überweisen ist).
  - Beispiel: Das Konto des S steht am Tag der Pfändung (22.03.) auf + 3.000 €. G pfändet das „Konto“ (den Zustellungssaldo) für eine Forderung von 3.000 €. G erhält alles.
  - Das Konto steht auf - 3.000 €. G hat Pech.
  - Im ersten Fall geht nach der Pfändung noch eine Lastschrift über 2.000 € ein, die ausgeführt wird. G bekommt wegen § 357 S. 1 HGB wieder alles.
- **Doppelpfändung von Tagessaldo und künftigen Periodenabschlussalden ist möglich (und ratsam).**

Vertiefung Handels- und Gesellschaftsrecht - RA Prof. Dr. Hubert Schmidt

9

Durch die Pfändung der künftigen Periodenabschluss-Salden (Pfändung künftiger Forderungen nach §§ 829 ff ZPO) wird das Leerlaufen einer Tagessaldenpfändung vermieden. Hier entscheidet letztlich der Zufall, ob die Pfändung zum Erfolg führt (wenn also Guthaben auf dem Konto gebucht ist) oder ob sie ganz oder teilweise leerläuft (bei zu geringem oder gar keinem Guthaben). Bei Pfändung des künftigen Guthabens ist aber der Schuldner gewarnt (er ist nicht gehindert, das gepfändete Konto durch ein anderes zu ersetzen – am besten bei einer anderen Bank).

Pfändung der Kreditlinie, also eines eingeräumten Dispositionskredits ist möglich, aber nur, wenn es ein wirklich eingeräumter Disporahmen ist, kein geduldeter, weil hier kein Anspruch auf Kreditierung besteht. Eine nicht bestehende Forderung kann aber nicht gepfändet werden. Nur: Bei bestehendem Disporahmen („offene Kreditlinie“) hat aber der Schuldner selbst die Entscheidungsbefugnis, ob er den Rahmen in Anspruch nimmt oder nicht. Dieses Recht kann nicht gepfändet werden, da es als höchst persönlich gilt (BGH NJW 2004, 1444, 1445 – RÜ).

## ◇ Besondere Regel für den Handelskauf:

- Insbes. Rügeobliegenheit des § 377
- Käufer muss bei
  - beiderseitigem Handelskauf
  - einen offenen oder bei Untersuchung erkennbaren Mangel
  - nach der Ablieferung der Ware
  - oder einen verdeckten und bei Untersuchung nicht erkennbaren Mangel nach Entdeckung
  - unverzüglich anzeigen.

• Bedeutung: Nach dem Recht des BGB können grundsätzlich Mängel bis zum Ablauf der jeweiligen Verjährungsfrist geltend gemacht werden. Das ist für den kaufmännischen Handelsverkehr zu lang, da hier der Kaufmann an einer raschen Abwicklung der Verkehrsvorfälle interessiert ist.

• Vorsicht ist beim Wortlaut des § 377 I HGB geboten: Im Vordergrund scheint die Untersuchung zu stehen (so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung ... zu untersuchen). Maßgeblich ist nicht die Untersuchung, sondern die unverzügliche Rüge. Wenn also der Käufer durch Zufall erfährt, dass die Ware mangelhaft ist, und wenn er das schnell genug, also unverzüglich dem Verkäufer mitteilt, wahr ist die Gewährleistungsrechte. Die Untersuchungspflicht ist aber nicht etwa unerheblich. Sie ist maßgeblich für die Frage, welche Mängel wann zu rügen sind: die bei einer gebotenen Untersuchung erkennbaren sind unverzüglich nach dem Zeitpunkt zu rügen, zu dem die Untersuchung stattgefunden hätte und können danach eben nicht mehr gerügt werden (vorbehaltlich Abs. 5). Andere Mängel sind unverzüglich nach der Entdeckung zu rügen und das ist dann noch rechtzeitig (§ 377 Abs. 2 HGB).

Handelskauf: Kaufvertrag nach § 433 BGB über Waren (bewegliche Sachen) oder Wertpapiere (§ 381 I HGB).

Darüber hinaus: § 381 II HGB erstreckt die Anwendung auch auf die Werklieferverträge im Sinn des § 651 S. 1 und 3 BGB (wobei S. 3 die Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften mit werkvertraglichen Besonderheiten auch auf die Herstellung oder Erzeugung nicht vertretbarer beweglicher Sachen erstreckt). Zur Reichweite des § 651 BGB (und damit des § 377 HGB) siehe BGH NJW 2009, 2877 - **RÜ**.

Handelskauf und gleichgestellte Geschäfte (Verkehrsgeschäft wie Tausch/Inzahlungnahme/ Sachdarlehen; streitig, ob auch Leasing hinzuzunehmen sei, bejahend etwa *Canaris* HR § 29 Rn 50) setzen Kaufmannseigenschaft beider Parteien voraus. Der nicht eingetragene Kaufmann kraft Gewerbebetriebs hat zwar die Rügeobliegenheit gegen sich gelten zu lassen, aber er kann dem anderen Teil (eingetragener Kaufmann) die Rügeobliegenheit nicht entgegenhalten, sofern der die Kaufmannseigenschaft nicht kennt. Die Kaufmannseigenschaft ist eine eintragungspflichtige Tatsache, die unter § 15 I HGB fällt.

Scheinkaufmann wird nur zu seinen Lasten als Kaufmann behandelt. Str., ob § 377 HGB auch auf andere, nicht kaufmännisch, aber unternehmerisch Tätige angewendet werden kann (bejahend insbes. *K. Schmidt* HR § 29 Rn. 45).

• Betriebsbezogenheit: wird ggf. nach § 344 I HGB vermutet.

• Grunds. gilt § 377 HGB auch bei gemischten Geschäften des Kaufmanns, wenn er also teils zu privaten, teils zu geschäftlichen Zwecken Waren erwirbt. Etwas anderes gilt in Anknüpfung an die Gruber/BayWa-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 20.01.2005, Rs. C-464/01, Slg 2005, I, 439) nur dann, wenn der geschäftliche Zweck ganz hinter dem privaten zurücktritt (vgl. *Canaris* HR § 29 Rn. 48).

#### ◇ Einzelheiten zu § 377 HGB (1):

- **Mangel:**
  - Sachmangel in allen Varianten des § 434 BGB;
  - Rechtsmangel (str.)
- **Ablieferung:**
  - grds. gegeben, wenn Ware in den Machtbereich des Käufers so gelangt, dass er sie untersuchen kann.
    - Holschuld - Schickschuld - Bringschuld!

Die Schuldrechtsnovelle schlägt über den Mangelbegriff auf § 377 HGB durch. Das gilt

• einerseits für die Mangeldefinition in § 434 BGB (Beschaffenheitsvereinbarungen, aliud, zu dem grundsätzlich auch das melius, also die bessere, aber doch von der Beschaffenheitsvereinbarung abweichende Lieferung, auch das minus, gehört). Zur melius-Lieferung siehe noch Folie 15.

• andererseits für die Gleichstellung des Rechts- mit dem Sachmangel in § 435 BGB (§ 377 HGB galt vor der Schuldrechtsnovelle nur für Sachmängel, da das BGB Rechts- und Sachmängel, auch verjährungsrechtlich, unterschiedlich behandelte). Für § 377 HGB ist aber die Anwendbarkeit auf Rechtsmängel streitig (bejahend etwa *Canaris* HR § 29 Rn. 52; *Lettl* HR § 12 Rn. 71; verneinend *MünchKommHGB/Grunewald* § 377 Rn. 53; *Koller/Roth/Morck* HGB, § 377 Rn. 5). Allerdings behandeln auch die Verfechter der Anwendbarkeit von § 377 HGB auf Rechtsmängel die Rügeobliegenheit anders als beim Sachmangel: Gefordert wird, dass die Inanspruchnahme aus einem Rechtsmangel (etwa bei Schutzrechtsverletzung) dem Verkäufer unverzüglich angezeigt wird. Eine eigenständige Schutzrechtsprüfung wird nicht verlangt. Zu weiteren Einschränkungen des § 377 HGB bei Mängeln, die abweichend von der Grundregel der dreißigjährigen Verjährungsfrist unterliegen (§ 438 I Ziff. 1 a BGB bei Bestehen eines dinglichen Rechts eines Dritten, der die Herausgabe der Kaufsache verlangen kann), *Canaris* a.a.O. Rn. 53.

• Ablieferung: liegt grundsätzlich dann vor, wenn die Ware in der Weise in den Machtbereich des Käufers verbracht wird, dass dieser sie an dem Ort, an dem sie sich nunmehr befindet, untersuchen kann (BGHZ 93, 338, 345). Das kann je nach Vereinbarung unterschiedlich sein. Wenn etwa eine Holschuld vereinbart ist, findet die Übergabe beim Verkäufer statt, bei der Bringschuld umgekehrt beim Käufer und bei der Schickschuld liegt die Übergabe vor, wenn die Ware dem Transporteur übergeben wurde. Ob es aber tunlich ist, die Ware durch den Transporteur oder am Ort des Verkäufers (womöglich aus der Originalverpackung herauszunehmen und) zu untersuchen, erscheint fraglich. Das ist dann aber eine Frage nicht der Ablieferung, sondern der unverzüglichen Rüge.

• Bei der Teilleistung ist zu unterscheiden: Handelt es sich tatsächlich um eine solche im Sinn des § 266 BGB, so ist nur der geleistete Teil zu untersuchen und zu rügen; bei der weiteren Teilleistung ist genauso zu verfahren. Liegt aber ein Mangel im Sinn einer minus-Lieferung vor, ist zweierlei zu rügen: einerseits die minus-Lieferung (98 statt 100) und etwaige Mängel der gelieferten 98.

◇ Einzelheiten zu § 377 HGB (2):

- Offensichtliche Mängel, also solche, die unmittelbar ins Auge springen, sind sofort zu rügen (teils schon aus transportrechtlichen Gründen, vgl. § 438 Abs. 1 HGB)
- Offener, d.h. bei tunlicher Untersuchung erkennbarer Mangel:
  - Untersuchung muss nach ordnungsgemäÙem Geschäftsgang tunlich sein
  - und dabei würde sich ein Mangel zeigen oder er tritt auch ohne Untersuchung offen zu Tage.
- Verdeckter Mangel:
  - alles, was bei tunlicher Untersuchung nicht erkennbar war.

• Was bei ordnungsgemäÙem Geschäftsgang tunlich ist, ist Frage des Einzelfalles. Dabei spielen eine Rolle, wie viele Stücke welcher Art von Gütern geliefert wurden, wie der technische Aufwand aussieht, die Sache zu untersuchen, wo die Ablieferung stattfindet. Wenn also Konservendosen geliefert werden, kann nicht jede Dose geprüft (und damit unverkäuflich gemacht) werden, es müssen Stichproben reichen. Eine gutachterliche Untersuchung der Waren ist in der Regel nicht erforderlich (das kann im Lebensmittelbereich anders sein). Gibt es Hinweise auf eine vorhandene Fehleranfälligkeit oder Fehler, muss die Untersuchung umfangreicher sein als bei "unverdächtiger" Ware; wenn also schon die Umverpackung deutliche Beschädigungen zeigt, wird man alles, was beschädigte Verpackung hat, auch zu untersuchen haben.

• Bei besonderen Absprachen, nach denen der Verkäufer eine eigenständige Qualitätsausgangskontrolle schuldet (insbes. bei Just-in-time-Lieferungen) kann die Untersuchung überhaupt untunlich sein.

- ◇ Einzelheiten zu § 377 HGB (3):
- ◇ Unverzügliche Rüge:
  - Inhaltlich: hinreichende Spezifikation des Mangels, so dass "Nachschieben" nicht gerügter Mängel ausscheidet.
  - Unverzüglich: grundsätzlich einzelfallabhängig aber jedenfalls strenge Anforderungen
  - Streitig ist, ob die Rüge empfangsbedürftig ist (§ 377 IV HGB!)

• Rüge ist Wissenserklärung und rechtsgeschäftsähnliche Handlung, für die die Voraussetzungen der WE entsprechend gelten. Da die Rüge aber lediglich rechtlich vorteilhaft ist, könnte der minderjährige Kaufmann sie ohne Einschaltung des ges. Vertreters ausbringen. Fristbeginn beim Minderjährigen aber entspr. § 131 BGB erst, wenn beim ges. Vertreter die Voraussetzungen der Rüge gegeben sind.

• Zum Zugangsproblem siehe instruktiv: *Canaris HR* § 29 Rn. 69. Der Gesetzgeber des HGB ging davon aus, dass der Verkäufer nicht nur das Verspätungs- sondern auch das Zugangsrisiko trägt (ebenso jetzt Artt. 39 I iVm 27 CISG, wonach eine Partei sich ua auch dann auf eine Mitteilung [=Rüge] berufen kann, wenn sie der anderen Partei verspätet oder gar nicht zugeht). Da aber die Rüge, die nicht zugeht, nichts bewirkt und vor allem dem Verkäufer nicht die Möglichkeit zur Prüfung und Nacherfüllung gibt, soll der Zugang, wenn auch verspätet, ausreichen aber auch notwendig sein. Den Lösungsansatz darin zu suchen, dass in der heutigen Zeit der Kommunikation der Absender leichter Hand den Zugang kontrollieren kann (wie?), geht schon einen Schritt zu weit. Die Frage ist doch, ob er ihn angesichts § 377 IV HGB kontrollieren muss oder es sein Bewenden dabei belassen kann, dass er die ordnungsgemäße Absendung beweiskräftig dokumentiert. Von Rechts wegen spricht daher mE mehr für die käuferfreundliche Linie. Ob "im tatsächlichen Leben" der Käufer allerdings gut daran tut, sich auf die Absendung zu verlassen, ist eine ganz andere Frage. Denn er ist ja in erster Linie an der vertragsgemäßen Leistung und nicht an Gewährleistungsansprüchen interessiert. Daher sollte er sich im eigenen Interesse um den Zugang der Rüge kümmern.

#### ◇ § 377 HGB in Einzelfällen:

- Bei mehreren Mängeln muss grundsätzlich jeder Mangel gerügt werden.
- beim Streckengeschäft muss vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen der Käufer dafür Sorge tragen, dass entweder er selbst rechtzeitig rügen kann oder dass der Empfänger rechtzeitig rügt.
- Der Zwischenhändler unterliegt grds. auch der Rügeobliegenheit (vgl. § 478 VI), aber (wohl) mit geringerer Intensität (im einzelnen zweifelhaft);
- bei der Nacherfüllung muss auch die nacherfüllte Sache (umfassend) untersucht und ggf. gerügt werden.
  - Problem: Mängel, die schon der Erstlieferung anhafteten, aber nicht gerügt wurden.

Das Erfordernis, jeden Mangel zu rügen, soll den Verkäufer vor dem Nachschieben weiterer Mängel schützen und entspricht einerseits kaufmännischer Sorgfalt (§ 347 HGB), andererseits dem Bedürfnis nach rascher Abwicklung der einzelnen Verkaufsfälle.

Zum Streckengeschäft: BGHZ 110, 130, 139 – **RÜ**

Problematisch ist, ob und in welchem Umfang die Untersuchung beim Zwischenhändler "tunlich" ist. Grundsätzlich hat dieser aber, wie sich letztlich auch aus § 478 VI BGB ergibt, Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten. Allerdings wird der Verkehr nicht erwarten, dass der Zwischenhändler in demselben Umfang und derselben Gründlichkeit vorgehen muss wie ein Kaufmann, der die Sache für seinen eigenen Betrieb erwirbt. Siehe zum Ganzen OLG Nürnberg,

Umfassende Untersuchung bei der Nacherfüllung meint, dass der Käufer sich nicht darauf beschränken darf, die Beseitigung der alten Mängel zu prüfen, sondern er muss auch auf weitere Mängel hin überprüfen.

Zum Problem der Rüge bei Erstanlieferung nicht gerügter Mängel: Es entspricht verbreiteter Auffassung, dass bei der Neuandienung auch Mängel gerügt werden können, die schon der Erstanlieferung anhafteten (zB OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 832, 833 -**RÜ**; MünchKommHGB/*Grunewald* § 377 Rn. 95 mwN), wobei zum Teil zwischen Nachlieferung und Nachbesserung unterschieden wird (neben *Grunewald* etwa *Lettl* HR § 12 Rn 75). Mir scheint das nicht richtig: Wenn man schon verlangt, dass alle Mängel anfänglich gerügt werden (s.o.), so ist es nur konsequent, dann hinsichtlich der Genehmigungsfiktion auch jeden Mangel einzeln anzusehen. Damit muss zwar der Verkäufer ggf. nicht eine vertragsgerechte Sache liefern, wenn der Käufer nur einen Mangel rügt und der beseitigt wird. Aber der Verkäufer muss auch bei sonst nicht eingehaltener Rüge keine vertragsgerechte Sache liefern. Damit erscheint das hier vertretenen Ergebnis systematisch richtiger zu sein als eine Unterscheidung, die im Gesetz keinen Anhalt findet. Der Unterschied zwischen Nachbesserung und Nacherfüllung ist zumindest nicht immer ergiebig: Wenn etwa einer Ware 2 Serienmängel anhaften, aber nur einer gerügt wird, und der Verkäufer dann aus derselben Serie ein anderes Stück liefert, das nur einen der beiden Mängel nicht hat, ist die Situation derjenigen der Nachbesserung vergleichbar. Warum dann im einen Fall der „Altangel“ gerügt werden kann, im anderen nicht, ist unklar.

- ◇ Unterbleibt Rüge, gilt die Ware als genehmigt,
  - es sei denn, der Verkäufer habe den Mangel arglistig verschwiegen, § 377 V.
- ◇ Folge: alle Gewährleistungsrechte entfallen.
- ◇ Frage: Auswirkungen auf Schadensersatzansprüche?
  - Mögl. Faustformel: Rügeobliegenheit in Anknüpfung an § 437 Nr. 3 BGB mit den dort genannten Schadensersatzansprüchen;
  - danach keine Rügeobliegenheit bei bloßen Beratungspflichtverletzungen oder Deliktsansprüchen

Folge bei Melius-Lieferung: nach überwiegender Ansicht hat der Käufer bei Eintritt der Genehmigungsfiktion keine weiteren Erfüllungsansprüche auf die ursprünglich geschuldete Sache und kein Rücktrittsrecht. Andererseits hat Verkäufer keinen Anspruch auf höheren Kaufpreis (so zB *Canaris* HR § 29 Rn. 73). Anderes kann gelten, wenn die Zusendung der höherwertigen Sache als Angebot auf Abschluss eines anderen Kaufvertrages und die Annahme der Sache als die Annahme dieses Angebotes gesehen werden kann. Dazu müssen aber hinreichende Anhaltspunkte im Sachverhalt aus den Erklärungen der Parteien zu entnehmen sein (etwa: Der Verkäufer macht darauf aufmerksam, dass eine höherwertige Sache geliefert wird und bittet um das Einverständnis). Teils (*Oetker* HR § 8 Rn. 59 f.) wird versucht, dem Verkäufer mit einer sinngemäßen Anwendung des Rechtsgedankens aus § 15 I HGB zu helfen. Der Verkäufer soll das Wahlrecht haben, ob er den Käufer an der Fiktion festhält oder ob er auf sie "verzichtet". Vor leichtfertiger Handhabung durch den Verkäufer, der im Fall des Verzichtes auf die Fiktion den Bereicherungsanspruch auf die fälschlich gelieferte Sache habe (das ist angesichts von § 434 III BGB schon fraglich), sei angesichts von etwaigen Ansprüchen des Käufers wegen verzögerter richtiger Lieferung zu warnen. Mir scheint das fernzuliegen. Wenn man nach der Schuldrechtsnovelle im aliud einen Mangel sieht, ohne dass Qualitätsabstriche zu fordern sind, muss man die Parteien dann auch daran festhalten.

Rügeobliegenheit und Garantie: Abgrenzung sollte vorgenommen werden danach, ob die Garantie, wie die Beschaffenheitsgarantie, sich auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs bezieht. Dann: Rügeobliegenheit. Wird dagegen eine Haltbarkeitsgarantie (§ 443 I, 2. Alt. BGB) übernommen, besteht keine Rügeobliegenheit (auch nicht bezogen auf den Zeitpunkt der Entdeckung). Bei einer Garantie eines Dritten (Hersteller) gilt § 377 HGB per se nicht, denn es liegt in diesem Verhältnis kein Kaufvertrag vor.

- ◇ A eK erwirbt von B eK ein gebrauchtes Fahrzeug. Nach der Ablieferung bei A betrachtet er das Fahrzeug zusammen mit seinem wirksam bestellten, aber nicht eingetragenen Prokuristen P. Dabei fällt ein Mangel auf. A bittet den P, diesen so schnell wie möglich dem B anzuzeigen, was auch noch am selben Abend telefonisch geschieht. B weist allerdings die Mängelrüge zurück, weil er den P nicht kenne, im übrigen habe er von dem Mangel keinerlei Ahnung gehabt (was beides zutrifft). Drei Tage später schickt nun A selbst dem B ein Fax, in dem A den Mangel nochmals rügt und den B zur Nachbesserung auffordert. Zu Recht?

Anspruch könnte sich aus §§ (433), 434, 437 Nr. 1, 439 BGB ergeben.

- Mangel ist gegeben,
- die mangelhafte Ware könnte aber als genehmigt gelten, wenn A nicht unverzüglich gerügt hätte, § 377 II HGB.
- Voraussetzungen der Rügeobliegenheit:
  - Handelskauf als
  - beiderseitiges Handelsgeschäft (wird vermutet, § 344 I) ist gegeben;
  - Ablieferung: ist gegeben;
  - keine Arglist des B;
  - Folge: A musste den Mangel unverzüglich nach Ablieferung rügen.
- Rüge könnte in dem Anruf des P liegen.
  - P könnte als Prokurist die nötige Vertretungsmacht haben, worauf sich A aber wegen § 15 I nicht berufen kann;
  - Die Bitte des A an P, den Mangel zu rügen, könnte aber als (Handlungs-) Vollmacht angesehen werden.
    - Dann aber: § 174 BGB, da Rüge einseitige rechtsgeschäftsähnliche Handlung ist und der P nicht eingetragen war; gesonderte Mitteilung über die Bevollmächtigung ist nicht erfolgt.
    - Damit keine wirksame Rüge des P.
  - Selbst wenn man im Handeln des P lediglich Botenschaft und nicht Stellvertretung sehen wollte: § 174 BGB gilt entsprechend auch für den Boten: BGH WM 2007, 313 Rn. 19; Staudinger/Schilken § 174 Rn. 4 bezeichnet es als heute allgM (m.w.N.).
- Rüge des A nach drei Tagen: Da nicht erkennbar ist, dass die Abwicklung der Rüge eine so lange Zeit in Anspruch nehmen müsste, dürfte sie zu spät gekommen sein, so dass die Genehmigungsfiktion des § 377 II HGB eingreift.
- Ergebnis: Kein Anspruch des A aus §§ 433, 434, 437 Nr. 1, 439 BGB.