

Übungsfall: Wenn es schnell gehen muss ... – Probleme unter Kaufleuten

Von Wiss. Mitarbeiter **Marcel Neumair**, Akad. Rat a.Z. **Hans Martin Schellhase**, Augsburg*

Der Übungsfall wurde im Wintersemester 2010/2011 in leicht veränderter Form im Rahmen der Vorlesung Handelsrecht von Frau Prof. Dr. Beate Gsell an der Universität Augsburg als Vorlesungsabschlussklausur gestellt. Zentrale Fragen sind die Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines handelsrechtlichen Selbsthilfeverkaufs gem. § 373 Abs. 2 HGB, die Untersuchungs- und Mängelrügeobliegenheit des Käufers beim Handelskauf sowie dessen Rücktrittsrecht wegen mangelhafter Lieferung beim Fixhandelskauf.

Sachverhalt

Fall 1

Kaufmann Karl Kramer (K) bestellt bei Kaufmann Volker Vogler (V) Waren zum Preis von 12.000 €, wobei als Lieferdatum und Zeitpunkt für die Kaufpreiszahlung der 12.3. festgelegt wird. Als V pünktlich am 12.3. bei K anruft und ankündigt, er werde in der nächsten Stunde mit der Ware eintreffen, erklärt K, ihm fehlten momentan Lagerkapazitäten, er könne erst am 20.3. abnehmen und werde auch dann erst bezahlen. V setzt K daraufhin eine Frist, bis spätestens 15.3. den Leistungsaustausch wie vereinbart durchzuführen. K reagiert nicht. Daraufhin lässt V die Ware nach vorheriger Androhung und Beachtung der sonstigen Förmlichkeiten des § 373 Abs. 5 HGB öffentlich versteigern, wobei 11.000 € erzielt werden.

K möchte wissen, ob er weiterhin Lieferung verlangen kann oder ob V wenigstens verpflichtet ist, den Erlös an ihn auszuzahlen. V ist der Meinung, er dürfe den Erlös behalten und darüber hinaus Ersatz der Versteigerungskosten verlangen sowie Zahlung von 1.000 € Restkaufpreis.

Welche Ansprüche haben die Beteiligten gegeneinander?

Fall 2

Kaufmann Vulpius (V) verkauft 1.000 Dosen Corned Beef an Kaufmann Krusius (K), wobei vereinbart wird, dass der Vertrag mit der einwandfreien Lieferung am 12.5. stehen und fallen soll. K unterlässt es, die Ware am 12.5. nach ihrem Eintreffen untersuchen zu lassen. Einige seiner Mitarbeiter berichten ihm jedoch eine Stunde nach Eintreffen der Lieferung wahrheitsgemäß, sie hätten anlässlich der Bewirtung von Gästen des Unternehmens einige Büchsen geöffnet und festgestellt, das Fleisch sei verdorben.

K teilt dies V sogleich per Telefon mit und verlangt Rückzahlung des von K bereits gezahlten Kaufpreises. Zu Recht?

Fall 1

I. Ansprüche des K gegen V

1. Anspruch auf Übereignung und Übergabe der Waren gem. § 433 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch des K gegen V auf Übereignung und Übergabe der Waren gem. § 433 Abs. 1 BGB.

a) Wirksamer Kaufvertrag

Dies setzt zunächst voraus, dass ein wirksamer Kaufvertrag zwischen beiden vorliegt. Laut Sachverhalt war ein solcher Kaufvertrag geschlossen worden, Kaufgegenstand und Preis (12.000 €) waren hinreichend bestimmt.

b) Erlöschen des Anspruchs

Möglicherweise ist dieser Anspruch des K aber später erloschen.

aa) Unmöglichkeit

Der Anspruch könnte gem. § 275 Abs. 1 BGB erloschen sein, wenn die Leistung unmöglich ist. Dies wäre bereits dann der Fall, wenn die Einhaltung der Leistungszeit nach dem Zweck des Vertrags und der gegebenen Interessenlage für den Gläubiger derart wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt, wenn also ein sog. absolutes Fixgeschäft vorliegt¹. Im vorliegenden Fall handelt es sich allerdings um eine Warenlieferung, die auch bei nachträglicher Erbringung noch als Vertragserfüllung anzusehen wäre. Zudem hatte V dem K eine Nachfrist für die Abnahme bis zum 15.3. gesetzt, woraus sich ergibt, dass die Lieferung seiner Vorstellung nach nachholbar sein sollte. Da kein absolutes Fixgeschäft vorliegt, kann auch nicht schon durch Zeitablauf Unmöglichkeit eingetreten sein.

bb) Rücktritt

Der Anspruch könnte gem. § 346 Abs. 1 BGB durch Rücktritt des V erloschen sein. Fraglich ist allerdings, ob eine Rücktrittserklärung vorliegt. In der Androhung oder Durchführung eines Selbsthilfeverkaufs kann nach der gesetzlichen Konzeption jedoch keine konkludente Erklärung des Rücktritts gesehen werden², was sich vor allem an § 373 Abs. 3 HGB erkennen lässt, wonach der Selbsthilfeverkauf als Geschäft des Käufers anzusehen ist und demnach der vertragliche Leistungsaustausch erhalten bleibt. Da V auch nicht in anderer Weise zum Ausdruck gebracht hat, er wolle den

¹ *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 271 Rn. 17.

² Ferner bringt der Annahmeverzug allein noch kein Rücktrittsrecht des Gläubigers mit sich; allerdings kann durch Nichtabnahme zugleich Schuldnerverzug eintreten und deshalb nach erfolgloser Fristsetzung gem. § 323 Abs. 1 BGB ein Rücktritt möglich sein, vgl. *Beckmann*, in: Staudinger Eckpfeiler Zivilrecht, N. Rn. 198.

* Die Autoren sind am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, Prof. Dr. Beate Gsell, beschäftigt.

Vertrag nicht mehr gegen sich gelten lassen, fehlt es an einer Rücktrittserklärung.

cc) Erfüllung

Es ist jedoch zu beachten, dass ein berechtigter und ordnungsgemäßer Selbsthilfeverkauf im Sinne einer Erfüllung gem. § 362 Abs. 2 BGB wirkt³. Diese Vorschrift ist hier analog anzuwenden. Der Käufer wird dabei so behandelt, als habe er den Verkäufer ermächtigt, im Sinne der §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 BGB mit befreiender Wirkung an einen Dritten zu leisten.

Zu prüfen ist daher, ob ein berechtigter und ordnungsgemäßer Selbsthilfeverkauf im Sinne des § 373 Abs. 2, Abs. 5 HGB vorliegt.

(1) Dazu müsste zunächst ein Handelskauf vorliegen. Fraglich ist, ob ein beiderseitiges Handelsgeschäft erforderlich ist, also beide Beteiligte Kaufleute sein müssen.

Da laut Sachverhalt beide Beteiligte Kaufleute waren und auch im Bereich ihres Handelsgewerbes gehandelt haben, braucht diese Frage aber nicht geklärt zu werden. Damit sind die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des § 373 HGB gegeben.

Hinweis: Bedenkt man, dass § 373 HGB das bei einem Kaufmann als Verkäufer typischerweise bestehende Interesse, dass verkaufte Ware termingerecht sein Lager verlässt, schützen soll, so muss es entsprechend der generellen Regel des § 345 HGB ausreichen, dass allein der Verkäufer Kaufmann ist⁴.

(2) Weiter müsste sich K im Annahmeverzug befunden haben. Der Käufer gerät in Annahmeverzug, wenn er die erfüllbare, mögliche, vollständige und ihm vom Verkäufer angebotene Leistung nicht annimmt⁵. Zum Zeitpunkt des Anrufs des V war die Leistung erfüllbar (vgl. § 271 Abs. 2 BGB), möglich und mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt auch erfüllungstauglich. Zu prüfen ist allerdings das Angebot durch V. Grundsätzlich setzt der Annahmeverzug ein tatsächliches Angebot gem. § 294 BGB voraus, d.h. V hätte im Fall der hier offenbar vorliegenden Bringschuld am Wohnsitz des K die Übergabe und Übereignung der Waren anbieten müssen. Dazu ist es nicht gekommen. Jedoch könnte gem. § 295 BGB das telefonische Angebot des V ausreichen. Dies ist u.a. der Fall, wenn der Gläubiger wie hier bereits auf ein wörtliches Angebot hin die Annahme der Leistung verweigert. Demnach brauchte V die Waren dem K nicht mehr tatsächlich anbieten.

Da die Leistungszeit kalendermäßig festgelegt war, liegt auch kein Fall vorübergehender Annahmeverhinderung gem. § 299 BGB vor. Steht nur der Kalendertag für die Leistung

³ *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 29 Rn. 11; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 34. Aufl. 2010, § 374 Rn. 24; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, Kommentar zum HGB, 7. Aufl. 2011, §§ 373, 374 Rn. 14.

⁴ *Canaris* (Fn. 3), § 29 Rn. 14; *Hopt* (Fn. 3), § 374 Rn. 2.

⁵ Vgl. *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 23 Rn. 6.

fest, so darf zwar bei fehlender rechtzeitiger Ankündigung der Gläubiger für kurze Zeit die Annahme verweigert werden, jedoch keinesfalls für mehrere Tage, wie es K hier getan hat.

Da der Annahmeverzug keine Schadensersatzpflicht begründet, sondern eine bloße Obliegenheitsverletzung darstellt, kommt es nicht darauf an, ob K die Nichtannahme zu vertreten hatte⁶.

(3) Schließlich müsste der Selbsthilfeverkauf durch V vorher angedroht und die Versteigerung ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. Beides war laut Sachverhalt der Fall.

c) Ergebnis

Somit ist der Erfüllungsanspruch des K gegen V aus § 433 Abs. 1 BGB durch den Selbsthilfeverkauf nach § 362 Abs. 2 BGB analog erloschen.

2. Anspruch des K gegen V auf Herausgabe des Erlöses des Selbsthilfeverkaufs gem. § 373 Abs. 3 HGB, § 667 BGB

Dieser bestimmt, dass der Selbsthilfeverkauf eine Geschäftsbesorgung des Verkäufers für den Käufer darstellt. Der Verkäufer handelt gegenüber dem Drittkäufer im eigenen Namen auf fremde Rechnung, was also der mittelbaren Stellvertretung (Kommissionsgeschäft gem. § 383 HGB) entspricht.

Zu prüfende Voraussetzungen sind hier die Durchführung des Selbsthilfeverkaufs als Akt der Geschäftsführung des V für K und die Erlangung eines Erlöses hieraus. V hat hier gem. § 667 BGB einen Erlös von 11.000 € aus der Geschäftsführung erlangt. Damit hat er diese Summe an K herauszugeben.

II. Ansprüche des V gegen K

1. Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 Abs. 2 BGB

Wie bereits geprüft lag ein wirksamer Kaufvertrag zwischen K und V vor, sodass der Anspruch des V auf Kaufpreiszahlung entstanden ist. Dieser Anspruch ist auch nicht später erloschen, insbesondere lagen weder Unmöglichkeit noch ein Rücktritt seitens des V vor. Nachdem der mit dem Anspruch des V im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende der Erfüllungsanspruch des K nach § 362 Abs. 1 BGB analog erloschen ist, kann K auch nicht mehr gem. § 320 BGB einwenden, V müsse ihm Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung die Ware übergeben und übereignen.

Somit hat V einen fälligen Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 12.000 €. Allerdings ist zu beachten, dass K diesen durch Aufrechnung mit seinem Gegenanspruch aus § 373 Abs. 3 HGB, § 667 BGB auf Zahlung von 11.000 € gem. § 389 BGB zum Erlöschen bringen könnte. Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit sowie Erfüllbarkeit der Hauptforderung (des V) und Fälligkeit der Gegenforderung (des K) liegen vor. Nach Aufrechnung durch K könnte V somit nur noch den Differenzbetrag in Höhe von 1.000 € verlangen.

⁶ Vgl. *Emmerich* (Fn. 5), § 23 Rn. 3 ff.

2. Anspruch des V gegen K auf Aufwendungsersatz in Höhe der Versteigerungskosten

Die richtige Anspruchsgrundlage ist hier wieder aus dem Quasi-Auftragsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer abzuleiten, § 373 Abs. 3 HGB, § 670 BGB. Danach hat der Auftraggeber dem Beauftragten die Aufwendungen zu ersetzen, die zur Durchführung des Geschäfts erforderlich waren.

Da wie geprüft ein ordnungsgemäßer Selbsthilfeverkauf erfolgte, besteht das Quasi-Auftragsverhältnis gem. § 373 Abs. 3 BGB.

V hat mit den Versteigerungskosten auch freiwillige Vermögensopfer, also Aufwendungen erbracht. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass diese erforderlich waren, wobei sich die Erforderlichkeit aus der Sicht eines verständigen Beobachters an der Stelle des Beauftragten beurteilt⁷.

Somit kann V von K auch die Versteigerungskosten in Höhe von 1.000 € ersetzt verlangen.

Hinweis: Sehr strittig und hier nicht zu prüfen ist die Frage, ob der Verkäufer beim Selbsthilfeverkauf für sein Tätigwerden eine Provision verlangen kann⁸. Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 354 Abs. 1 HGB⁹ ergeben, jedoch ist fraglich, ob dieser noch eigens zu prüfen ist¹⁰ oder bei jedem ordnungsgemäßen Selbsthilfeverkauf ohne weiteres eingreift. Diese Vorschrift drückt den Grundsatz aus, dass im Rahmen eines Handelsgewerbes eine Geschäftsbesorgung in aller Regel nur entgeltlich erfolgt¹¹.

Fall 2

I. Rückzahlungsanspruch des K gegen V gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2 BGB, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB.

In Fall 2 kommt ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach einem Rücktritt des K vom Kaufvertrag gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB in Betracht.

1. Gegenseitiger Vertrag

Hierfür müsste ein gegenseitiger Vertrag vorgelegen haben. Einen solchen haben die Parteien V und K in Form des Kaufvertrags i.S.v. § 433 BGB über die 1000 Dosen Corned Beef geschlossen.

2. Erbringung der Leistung

Des Weiteren müsste K die ihm obliegende Leistung bereits erbracht haben. Als Käufer ist K gem. § 433 Abs. 2 BGB zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Diese Zahlung ist laut Sachverhalt erfolgt. Somit hat K seine Leistung erbracht.

3. Rücktrittsrecht

Zudem müsste dem K ein Rücktrittsrecht zustehen. In Betracht kommt hier ein Rücktrittsrecht gem. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB, § 437 Nr. 2 BGB wegen einer zum Termin nicht mangelfrei erbrachter Leistung.

a) Allgemeine Voraussetzungen der Mängelrechte

Zunächst erfordert ein Rücktrittsrecht das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen der kaufrechtlichen Mängelrechte.

aa) Wirksamer Kaufvertrag

Hierzu zählt das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrages i.S.v. § 433 BGB. Wie oben bereits gesehen, liegt zwischen den Parteien ein wirksamer Kaufvertrag vor.

bb) Mangel bei Gefahrübergang

Zudem müsste bei Gefahrübergang der Corned Beef Dosen ein Mangel vorgelegen haben, vgl. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

Dies wäre vorrangig dann der Fall, wenn die Ware nicht die vereinbarte Beschaffenheit gehabt hätte, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Für eine Vereinbarung über die Beschaffenheit des Corned Beef erhält der Sachverhalt jedoch keine Anhaltspunkte.

Allerdings könnte es an der subsidiär¹² zur Anwendung kommenden Eignung zur nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung fehlen, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB. Diese Norm fordert gerade keine ausdrückliche Vereinbarung, sondern lediglich, dass der Käufer dem Verkäufer den Zweck des Kaufes deutlich macht und der Verkäufer somit weiß, für welche Verwendung die Sache gekauft werden soll.¹³ Ob ausdrücklich von einer bestimmten Verwendung zwischen den Parteien gesprochen wurde, lässt sich anhand des Sachverhalts nicht erkennen. Jedoch kann davon ausgegangen werden, dass bei Lebensmitteln die Eignung zum Verzehr stets eine dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung darstellt.¹⁴ Eine anderweitige Verwendung erscheint im Normalfall schwer vorstellbar.

Da der Sachverhalt zudem keinen Anhaltspunkt dafür liefert, dass die Dosen erst in der kurzen Zeit zwischen Lieferung und Öffnung verdorben sind, ist davon auszugehen, dass diese bereits bei Gefahrübergang qualitativ minderwertig waren.

Somit liegt bei dem Corned Beef zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs ein Mangel i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vor.

⁷ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 670 Rn. 4.

⁸ Ablehnend vor allem *Koller*, in: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 1983 ff., §§ 373 f. Rn. 55.

⁹ So *Canaris* (Fn. 3), § 29 Rn. 10; *Müller*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2009, § 373 Rn. 60.

¹⁰ So *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2007, §§ 373, 374 Rn. 29; vgl. auch *Hopt* (Fn. 3), § 374 Rn. 24.

¹¹ *Roth* (Fn. 3), § 354 Rn. 1.

¹² *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 434 Rn. 20.

¹³ *Weidenkaff* (Fn. 12), § 434 Rn. 20 ff.

¹⁴ Ebenso: *Weidenkaff* (Fn. 12), § 434 Rn. 22.

Hinweis: Ebenso einschlägig könnte hier auch § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB sein, der einen Mangel annimmt, wenn die Eignung der Sache für die gewöhnliche Verwendung fehlt oder die Beschaffenheit nicht der bei Sachen der gleichen Art üblichen und vom Käufer zu erwarteten Beschaffenheit entspricht. Die gewöhnliche Verwendung von Corned Beef ist der Verzehr. Hierzu eignet sich die gelieferte Ware nicht, da sie verdorben ist. Sie entspricht aufgrund Ihrer schlechten Qualität damit auch weder durchschnittlichen Qualitätsanforderungen noch den berechtigten Erwartungen des Käufers und ist somit mangelhaft i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Jedoch ist zu beachten, dass diese Norm nur zur Anwendung kommt, wenn § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB nicht einschlägig ist. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand der in einem Subsidiaritätsverhältnis zu den im Gesetz zuvor genannten Mangeldefinitionen steht.¹⁵ Will man den Mangel auf § 434 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB stützen, muss man daher § 434 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB ablehnen.

cc) Kein Ausschluss der Mängelrechte

Auch dürfte kein vertraglicher oder gesetzlicher Ausschluss der Mängelrechte vorliegen.

§ 442 Abs. 1 S. 1, 2 BGB kommt vorliegend nicht in Betracht. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass K bei Vertragsschluss den Mangel kannte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Auch für die grobe Fahrlässigkeit ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend, da sich § 442 Abs. 1 S. 2 BGB auf § 442 Abs. 1 S. 1 BGB bezieht.¹⁶

Allerdings könnten die Mängelrechte gem. § 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen sein.

Für die Anwendbarkeit von § 377 Abs. 2 HGB ist gem. § 377 Abs. 1 HGB zunächst ein beiderseitiges Handelsgeschäft Voraussetzung. Ein Handelsgeschäft liegt gem. § 343 Abs. 1 HGB vor, wenn es sich um ein Geschäft eines Kaufmanns handelt, das zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Beiderseitig ist ein solches Handelsgeschäft, wenn die zuvor genannten Voraussetzungen für beide Parteien vorliegen.

Laut Sachverhalt sind beide Parteien Kaufleute. Fraglich ist daher nur noch, ob das Geschäft für beide zum Betrieb ihres jeweiligen Handelsgewerbes gehört. Das Handelsgewerbe wird in § 1 Abs. 2 HGB definiert als „jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.“ Zwar lässt der Sachverhalt nicht ausdrücklich erkennen lässt, dass die Parteien hier im Rahmen des Betriebs eines Handelsgewerbes und nicht etwa privat gehandelt haben, bei der genannten Menge an Dosen ist ein privater Kauf jedoch nur schwer vorstellbar. Letztlich hilft hier § 344 Abs. 1 HGB weiter, der eine Vermutung dahingehend aufstellt, dass Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig anzusehen sind. Um diese Vermutung zu entkräften müsste

der Sachverhalt eindeutige Hinweise auf ein Privatgeschäft wenigstens einer Partei geben. Dies ist aber nicht der Fall.

Somit ist vom Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts auszugehen.

Zudem müsste ein bei einer Untersuchung erkennbarer Mangel vorliegen. Dies ist der Fall, wenn durch einfache Begutachtung der Ware, z.B. durch stichprobenartiges Öffnen einzelner Packungen,¹⁷ der Mangel erkennbar wird. Da der Mangel gleich nach dem Öffnen einiger Dosen bemerkt wurde, ist von einem erkennbaren Mangel auszugehen.

Außerdem fordert § 377 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 HGB eine unverzügliche Untersuchung der Ware durch den Käufer. Eine solche hat aber nicht stattgefunden.

Fraglich ist daher, wie dieses Fehlen zu behandeln ist. Denn die Mitteilung des Mangels durch K an V wurde dennoch vorgenommen. Betrachtet man den Telos von § 377 Abs. 1 HGB, nämlich die Einfachheit und Schnelligkeit im Handelsverkehr sowie den Schutz des Verkäufers vor mit dem Zeitablauf zunehmenden Beweisschwierigkeiten,¹⁸ stellt man fest, dass die Norm eine unverzügliche Untersuchung gerade deshalb fordert, weil dies der gewöhnliche Weg ist, um Mängel des Kaufgegenstandes erkennen und die Anzeige an den Verkäufer machen zu können. Da der Sinn und Zweck der Norm aber durch die unverzügliche Mängelanzeige gewahrt wird, kann es nicht darauf ankommen, wie es zu dieser Mängelanzeige kommt. Daher ist anerkannt, dass auch eine unverzügliche Rüge ohne Untersuchung, sei es lediglich auf Verdacht, sei es aufgrund anderweitig erlangten Wissens um den Mangel, die Rechte des Käufers wahr.¹⁹ Die Erkennbarkeit des Mangels durch eine Untersuchung ist in den zuletzt genannten Fällen jedoch deshalb noch von Bedeutung, weil ausgehend von einer unverzüglich erfolgten hypothetischen Untersuchung zu bestimmen ist, innerhalb welchen Zeitraums die Mängelrüge noch unverzüglich erfolgen kann.²⁰

Dies führt direkt zum nächsten Prüfungspunkt, der Unverzüglichkeit der Anzeige des Mangels. Unverzüglich ist hierbei nach der Definition von § 121 BGB auszulegen,²¹ also als „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen. Schon die Unverzüglichkeit der Untersuchung ist nicht leicht zu bestimmen, da diese branchen- und warenabhängig gesehen werden muss. Bei verderblicher Ware kann die Frist äußerst kurz sein, bei komplexen technischen Maschinen auch Wochen betragen, ein ungefähre Richtwert für gewöhnliche Waren wird mit drei bis vier Tagen bis zu einer Woche angegeben.²² Die Unverzüglichkeit der Anzeige des Mangels ist dagegen gesondert zu bestimmen.²³ Denn eine Anzeige kann

¹⁷ Vgl. hierzu die Beispiele bei *Canaris* (Fn. 3), § 29 Rn. 61.

¹⁸ *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 1; detailliert: *Müller* (Fn. 8), vor § 377 Rn. 1 ff.

¹⁹ *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 20.

²⁰ *Grunewald* (Fn. 9), § 377 Rn. 28; *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 20.

²¹ *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 35.

²² Vgl. hierzu die Übersicht bei *Hopt* (Fn. 3), § 377 Rn. 23; unter Berufung auf den BGH für 2 Wochen auch bei komplizierten technischen Geräten *Müller* (Fn. 8), § 377 Rn. 102.

²³ *Müller* (Fn. 8), § 377 Rn. 97.

¹⁵ *Weidenkaff* (Fn. 12), § 434 Rn. 25.

¹⁶ *Weidenkaff* (Fn. 12), § 442 Rn. 12.

stets zügig erfolgen, so dass diese zweite Frist nicht allzu lang zu bemessen ist. Nach der Rechtsprechung hat eine Rüge bei nicht verderblicher Ware innerhalb von ein bis zwei Tagen zu erfolgen.²⁴

Für den vorliegenden Fall ergibt sich daher: K hätte mindestens drei Tage zur Untersuchung der Ware und dann mindestens einen Tag zur Rüge Zeit gehabt. Auch bei Anlegung dieses strengen Maßstabes hätte K mindestens vier Tage mit der Anzeige des Mangels warten können, ohne verspätet zu sein.

K hat schon etwa eine Stunde nach Anlieferung der Dosen reklamiert. Mithin hat K die Anzeige nach § 377 Abs. 2 HGB rechtzeitig abgegeben.

Somit sind die Mängelrechte des K nicht ausgeschlossen.

b) Besondere Voraussetzungen des Rücktrittsrechts

Als nächstes stellt sich die Frage, welches Rücktrittsrecht hier einschlägig ist.

Hinweis: Selbstverständlich können die einzelnen Rücktrittsrechte auch mit jeweils eigenem Obersatz getrennt voneinander geprüft werden. Da ein solcher Aufbau jedoch viele Wiederholungen verursacht, wurde hier darauf verzichtet.

aa) In Betracht kommt § 326 Abs. 5 BGB.

Dies würde voraussetzen, dass der Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 275 Abs. 1 BGB untergegangen wäre. Dies ist der Fall, wenn die Nacherfüllung tatsächlich unmöglich wäre. Eine solche Unmöglichkeit könnte sich aus einem absoluten Fixgeschäft ergeben. Ein solches liegt jedoch nicht vor. Es können neue Dosen geliefert werden. Diese würden lediglich zu einem späteren als dem vereinbarten Zeitpunkt geliefert, wären aber ebenso für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet. Folglich ist eine Nachlieferung möglich, § 275 Abs. 1 BGB scheidet aus. Da auch § 275 Abs. 2 und 3 BGB nicht gegeben sind, kommt § 326 Abs. 5 BGB nicht in Betracht.

bb) Stattdessen könnte sich ein Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB ergeben.

Dies wirft jedoch die Frage auf, wie sich das Rücktrittsrecht aus §§ 323 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB zum Rücktrittsrecht aus § 376 Abs. 1 S. 1 HGB verhält. Auch wenn im vorliegenden Fall für das Ergebnis wohl kein Unterschied zwischen den beiden Normen besteht,²⁵ so ist § 376 Abs. 1 S. 1 HGB als *lex specialis* für Handelsgeschäfte hier vorrangig anzuwenden.²⁶ Denn im Bereich der Erfüllung (Anzeigepflicht gem. § 376 Abs. 1 S. 2 HGB) und des Schadensersatzes (anders als § 281 Abs. 1 BGB gem. § 376 Abs. 1 S. 1 a.E. HGB keine Fristsetzung) löst das Handelsrecht abweichende

Rechtsfolgen aus.²⁷ Zwar können die Parteien auch die Anwendung von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB vereinbaren, dies ist jedoch nicht geschehen.

Eine weitergehende Ansicht, die beide Normen als in alternativer Konkurrenz stehend betrachtet und nicht schon wegen des Vorliegens eines Handelskaufs § 376 HGB anwenden will, beabsichtigt anhand einer Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, welche Art von Fixgeschäft die Parteien gewollt hätten, das nach § 376 Abs. 1 HGB oder das nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB.²⁸ Vorliegend dürfte diese Ansicht aber zu keinem anderen Ergebnis kommen, denn es ist im Sachverhalt nicht ersichtlich, dass die Anwendung von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB gewollt war, so dass auch die zuletzt genannte Ansicht im Zweifel den Spezialitätsgrundsatz anwenden muss.²⁹

§ 323 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB wird daher verdrängt.

cc) Somit ist vorrangig das Rücktrittsrecht gem. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB zu prüfen, der Rückgewähranspruch ergäbe sich mithin aus §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB.

Dies setzt zunächst eine fällige³⁰, einredefreie³¹ Leistungspflicht voraus. Aufgrund des Mangels der Corned Beef Dosen ist V verpflichtet, nachzuerfüllen, §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. Diese Leistung ist auch fällig, Leistungsverweigerungsrechte sind nicht ersichtlich. Dass diese Pflicht gem. § 376 Abs. 1 S. 2 HGB erlischt, wenn der Gläubiger bei Ablauf der Lieferfrist nicht auf Erfüllung besteht, kann nichts daran ändern, dass das Rücktrittsrecht existiert. Ansonsten würde bei Unterlassen der fakultativen Anzeige nach § 376 Abs. 1 S. 2 HGB das Rücktrittsrecht durch Eintritt des zum Rücktritt berechtigenden Zeitpunktes entfallen, was offensichtlich nicht gewollt sein kann.

Es müsste sich des Weiteren bei dem Kaufvertrag um einen Fixhandelskauf handeln. Dieser ist ein Unterfall des relativen Fixgeschäftes und liegt vor, wenn für die Leistung eine feste Leistungszeit vereinbart wurde und das Geschäft mit der Einhaltung dieser Leistungszeit „stehen und fallen“ soll.³² Genau dies ist laut Sachverhalt gegeben. Es wurde sogar der Ausdruck „stehen und fallen“ verwendet. Mithin liegt ein relatives Fixgeschäft in Form eines Fixhandelskaufes vor.

Fraglich ist aber noch, ob § 376 Abs. 1 S. 1 HGB auch auf die Schlechterfüllung anzuwenden ist. Denn § 376 Abs. 1 S. 1 HGB bezieht sich dem Wortlaut nach erkennbar auf die Nichterfüllung, d.h. das Ausbleiben jedweder Leistung. Im vorliegenden Fall wurde aber geliefert, jedoch mangelhaft. Somit liegt eine Schlechterfüllung vor. Allerdings ließ § 376 Abs. 1 S. 1 HGB bereits vor der Schuldrechtsreform bei

²⁴ Hopt (Fn. 3), § 377 Rn. 35.

²⁵ Vgl. hierzu Grunewald (Fn. 9), § 376 Rn. 5: der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Erfordernisse von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB gerade den Kriterien von § 376 Abs. 1 S. 1 HGB entsprechen. Ebenso Canaris (Fn. 3), § 29 Rn. 27.

²⁶ Roth (Fn. 3), § 376 Rn. 2.

²⁷ Vgl. Grunewald (Fn. 9), § 376 Rn. 5.

²⁸ Canaris (Fn. 3), § 29 Rn. 35; dagegen: Grunewald (Fn. 9), § 376 Rn. 12.

²⁹ Vgl. Canaris (Fn. 3), § 29 Rn. 35 a.E.

³⁰ Müller (Fn. 8), § 376 Rn. 34.

³¹ Roth (Fn. 3), § 376 Rn. 8.

³² Hopt (Fn. 3), § 376 Rn. 1, 6 f.

mangelhafter Leistung die Wandelung zu.³³ Diesbezüglich hat sich nur geändert, dass letztere im BGB durch den Rücktritt ersetzt wurde. Da zudem mittlerweile die Schlechtleistung als qualitative Nichtleistung anzusehen ist und § 323 BGB auf Nicht- wie Schlechtleistung in gleicher Weise angewandt wird,³⁴ ist es nur konsequent, wenn § 376 Abs. 1 S. 1 HGB auch Schlechtleistungsfälle erfasst. Denn einerseits stellt eine mangelhafte Leistung wegen § 433 Abs. 1 S. 2 BGB schon keine Erfüllung dar,³⁵ andererseits soll § 376 Abs. 1 S. 1 HGB bei Vorliegen eines Handelskaufs nur die Rechtsfolgen von § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB verändern,³⁶ indem weiterreichende rechtliche Konsequenzen angeordnet werden,³⁷ nicht aber die übrigen Anwendungsvoraussetzungen. Es wäre auch im Ergebnis unstimmtig, wenn man für den Fall der Schlechtleistung anstatt § 376 Abs. 1 S. 1 HGB § 323 Abs. 2 S. 2 BGB heranziehen müsste und so im Hinblick auf § 376 Abs. 1 S. 1 a.E., S. 2 HGB zu unterschiedlichen Rechtsfolgen käme. Für einen Käufer, insbesondere einen gewerblichen Händler mit Wiederverkaufsabsicht oder bereits bestehenden Wiederverkaufsverpflichtungen macht es nämlich vielfach keinen Unterschied, ob er zum vereinbarten Termin keine oder unbrauchbare Ware erhält.

Zudem stellt sich die Frage, ob § 323 Abs. 3 bis 6 BGB analog auf § 376 Abs. 1 S. 1 HGB anzuwenden sind.³⁸ Dies kann jedoch dahinstehen, wenn schon keiner dieser Absätze tatbestandlich erfüllt ist. Hier kommen § 323 Abs. 5 S. 1 BGB und § 323 Abs. 5 S. 2 BGB in Betracht.

Fraglich ist, ob nicht eine bloß teilweise Schlechtleistung vorliegt. Dann könnte der Käufer nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hätte, § 323 Abs. 5 S. 1 BGB. Jedoch kann hier schon nicht von einer Teilleistung ausgegangen werden. Denn eine solche würde eine Abgrenzung zwischen dem mangelfreien und dem mangelbehafteten Teil erfordern. Eine solche ist aber nicht möglich, da die Stichproben keine Abgrenzung zwischen guten und verdorbenen Dosen zulassen. Vielmehr müsste jede Dose geöffnet werden, um sicherzustellen, dass sie nicht verdorben ist. Spätestens dies würde aber die gesamte Lieferung unbrauchbar machen. Es ist daher nicht von einer teilweisen Schlechtleistung auszugehen.

Es könnte aber § 323 Abs. 5 S. 2 BGB eingreifen. Hiernach ist ein Rücktritt bei unerheblicher Pflichtverletzung

ausgeschlossen. Jedoch ist die Lieferung von verdorbener Ware nicht unerheblich. Die Leistung ist nämlich gänzlich unbrauchbar. Daher greift auch dieser Ausschlussgrund nicht.

Im Übrigen verlangt § 376 Abs. 1 S. 1 HGB weder das Setzen einer Frist noch das Vorliegen eines Verschuldens seitens des Verkäufers.³⁹

Ein Rücktrittsrecht des K liegt also gem. § 376 Abs. S. 1 HGB vor.

4. Rücktrittserklärung

K müsste seinen Rücktritt auch erklärt haben, § 349 BGB. Diese Erklärung könnte in dem Telefonanruf des K bei V zu sehen sein, in dem K die Rückzahlung des Kaufpreises fordert. Eine Rücktrittserklärung muss erkennen lassen, dass der Vertragspartner sich vom Vertrag lösen will. Sie muss nicht das Wort „Rücktritt“ enthalten. Hier macht K mit der Rückforderung des Kaufpreises deutlich, dass er an dem Vertrag nicht festhalten will. Es liegt eine konkludente Rücktrittserklärung vor.⁴⁰ Dabei ist es unschädlich, dass K mit dem Anruf zugleich seiner Rügeobliegenheit gem. § 377 Abs. 2 HGB nachkommt.

Eine Ansicht verlangt zusätzlich, dass der Rücktritt „sofort“ oder „alsbald“ erklärt wird.⁴¹ Ob diese Voraussetzung wirklich erforderlich ist, kann hier dahinstehen, denn K hat seinen Rücktritt noch am Tag der Lieferung, d.h. jedenfalls sofort, erklärt.

5. Ergebnis

K hat gegen V also einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 376 Abs. 1 S. 1 HGB.

Hinweis: Gem. § 346 Abs. 1 BGB kann auch V wegen des Rücktritts des K die vom ihm gelieferte Ware zurückverlangen; daher muss er gem. §§ 348 BGB i.V.m. §§ 320, 322 BGB die Rückzahlung des Kaufpreises nur Zug-um-Zug gegen die Rückgabe der Corned Beef Dosen erbringen (Leistungsverweigerungsrecht⁴²).

II. Keine weiteren Anspruchsgrundlagen

Im Rahmen der Fragestellung des Falls 2 sind keine weiteren Anspruchsgrundlagen ersichtlich.

Hinweis: Insbesondere war hier nicht nach Schadensersatzansprüchen gefragt. Entgegen dem Wortlaut von § 376 Abs. 1 S. 1 HGB („oder“) sind Schadensersatzansprüche auch neben dem Rücktritt denkbar. Denn im

³³ Huber, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1991, § 480 (a.F.) Rn. 33.

³⁴ Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 18.

³⁵ Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, § 437 Rn. 1.

³⁶ Klein, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Praxishandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2008, § 2 Rn. 116.

³⁷ Hadding, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1990, § 361 (a.F.) Rn. 1; Gsell, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 104; Otto/Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2009, § 323 Rn. B 105.

³⁸ So Grunewald (Fn. 9), § 376 Rn. 5; Canaris (Fn. 3), § 29 Rn. 28.

³⁹ Müller (Fn. 8), § 376 Rn. 28.

⁴⁰ Vgl. hierzu: Weidenkaff (Fn. 12), § 349 Rn. 1 f.

⁴¹ Vgl. hierzu im Detail Müller (Fn. 8), § 376 Rn. 33. Mit guten Gründen lehnt dieser die genannte Ansicht ab, denn der Gesetzgeber hat in § 376 Abs. 1 S. 2 HGB ausdrücklich die sofortige Anzeigepflicht des Gläubigers normiert, jedoch gerade keine Pflicht zum sofortigen Rücktritt.

⁴² Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 348 Rn. 2.

Rahmen der Schuldrechtsreform hat der Gesetzgeber lediglich übersehen, den Wortlaut der Norm an § 325 BGB („und“) anzupassen. § 325 BGB ist als lex posterior der Vorrang einzuräumen.⁴³

⁴³ *Canaris* (Fn. 3), § 29 Rn. 31; *Müller* (Fn. 8), § 376 Rn. 35, m.w.N.