

Fortgeschrittenenklausur: Der Friseur in der Viruskrise*

Von Wiss. Mitarbeiter **Maximilian Beilner**, Wiss. Mitarbeiter **Philipp Tilk**, Frankfurt am Main**

Die Klausur thematisiert schuldrechtliche Probleme des Handelsrechts. Schwerpunktmäßig werden Klassiker wie die Abtretung unter Kaufleuten, der Kaufmannsbegriff, die Rückgeobliegenheit nach § 377 HGB sowie § 15 HGB behandelt. Zwar treten diese Probleme in abgewandelter Form in Erscheinung, dennoch lassen sie sich mit systematischer Gesetzesarbeit, Grundlagenwissen sowie gründlicher Gesetzeslektüre bewältigen.

Sachverhalt

K ist eingetragener Kaufmann und betreibt einen Friseursalon. Aufgrund des plötzlichen Ausbruchs eines globalen Virus¹ läuft das Geschäft allerdings nicht gut. Es wurden Ausgangsbeschränkungen durch die zuständigen Behörden erlassen, die es K untersagen, sein Geschäft für den Kundenverkehr zu öffnen. Dies führte sogar dazu, dass K die Verträge seiner zehn Mitarbeiter nicht verlängern konnte und auch sonst kaum Einnahmen hat. K hat aber eine Idee: Da K glaubt, dass viele Menschen trotz der Ausgangsbeschränkungen einen schicken Haarschnitt benötigen, möchte K individuelle Kundenberatung und Anleitungen zum Haarschneiden per Videokonferenz anbieten. Er erhofft sich dabei, dass die Kunden sich mit seiner Hilfe selbst die Haare schneiden können.

Auf der Suche nach einer entsprechenden Software wird K auf der Homepage des T fündig. T betreibt seit mehreren Jahren einen Online-Shop für den An- und Verkauf von gebrauchten Elektroartikeln und verdient damit seinen Lebensunterhalt. Im Zuge des Virusausbruchs kam T die Idee, sein Geschäft zu erweitern: T nutzte seine wenig vorhandenen Programmierkenntnisse dazu, eine Software für Videokonferenzen zu erstellen. Nach wenigen Tagen des Programmierens bietet T auf seiner Webseite eine „Premium-Unternehmenssoftware für Videokonferenzen“ zum Preis von 5.000 € an, die er mit dem Zusatz „endlich reibungslose Videokonferenzen“ anpreist. Ob ein Videoanruf tatsächlich möglich ist, ist T herzlich egal. Er wittert das große Geld und möchte sich endlich seinen Traum von der Villa in Thailand erfüllen.

K hält das Angebot auf der Homepage des T für einen guten Deal. K kauft daher am 1.4.2020 die „Premium-Unternehmenssoftware für Videokonferenzen“ über die Homepage des T zum Preis von 5.000 €. Er installiert die Software sogleich auf seinem Arbeitscomputer und testet die Audio- und Videofunktionen. Da dies reibungslos funktioniert, probiert K die Software aber nicht weiter aus, da er durch die andauernde Viruskrise deutlich mehr organisatorischen Aufwand im Salon hat. Fällig ist die Zahlung am 15.4.2020.

Am 8.4.2020 möchte K mit der Software einen Kunden anrufen und ist völlig entsetzt: Statt einer reibungslosen Videokonferenz funktioniert nichts. Da T per Telefon nicht erreichbar ist, gibt K am 9.4.2020 bei der örtlichen Post ein als „Beschwerdebrief“ bezeichnetes Schreiben, adressiert an die Geschäftsadresse des T, auf. Hierin rügt er, dass Ts Software nicht funktioniert und keine reibungslosen Videokonferenzen durchführbar sind.

Am 16.4.2020 meldet sich T per E-Mail bei K und verlangt den Kaufpreis i.H.v. 5.000 €. K ist verzweifelt, da ihm die Viruskrise ohnehin schon finanziell zusetzt. In einer Antwortmail verweist K auf sein Schreiben vom 9.4.2020, ohne aber die Mangelhaftigkeit der Software erneut geltend zu machen. T entgegnet, dass er einen solchen Brief nie erhalten und der unzuverlässige Postbote P Schuld habe. Da K die Software heruntergeladen und ausprobiert habe, begehrt T den vollen Kaufpreis. Dies sei sein letztes Wort.

T selbst ist die Geltendmachung allerdings zu aufwendig. Er möchte sich schnellstmöglich seinen Traum von der Villa in Thailand erfüllen. Deshalb „verkauft“ T am 2.5.2020 seine Rechte gegenüber K an I und klärt ihn über alle Geschehnisse auf. I ist Privatmann und für seine „besondere“ Geltendmachung von Zahlungsansprüchen bekannt. Er (I) verlangt noch am 2.5.2020 Zahlung i.H.v. 5.000 € von K und beruft sich auf die Abrede mit T. K entgegnet, dass er für die nicht funktionierende Software nicht zahlen wolle. Auch sei ein solcher Verkauf der Forderung laut dem mit T geschlossenen Kaufvertrag nur mit Zustimmung des K als Käufer wirksam. Eine solche habe er aber nie erteilt. I entgegnet, dass er (K) sich als eingetragener Kaufmann hierauf nicht berufen könne.

Da sich I zu nichts verpflichtet fühlt, erklärt K gegenüber T und I den Rücktritt gegen Rückgabe der Software.

Frage 1

Kann I von K Zahlung i.H.v. 5.000 € verlangen?

Abwandlung

K geht es finanziell immer schlechter. Daher beschließt er am 14.5.2020, sein Handelsgewerbe aufzugeben. Aus Nachlässigkeit vergisst K, dies beim Registergericht anzumelden, sodass er weiterhin im Handelsregister eingetragen ist.

Am 21.5.2020 kauft K bei F Haarpflegeprodukte für 10 €. F hat sich als eingetragener Kaufmann auf den Handel mit Pflegeprodukten spezialisiert und ist ein langjähriger Vertragspartner des K. F wundert sich, dass die Bestellung des K deutlich geringer als üblich ist – sagt jedoch nichts. Am selben Tag ist F zufällig an dem Salon des K vorbeigekommen und sah dabei, dass K bereits sämtliche Schilder von den Schaufenstern entfernt hat. Über Bekannte hat F zudem erfahren, dass K sein Geschäft wahrscheinlich schließen würde, sodass er sich wundert, weshalb K erneut eine Bestellung bei ihm aufgegeben hat. Einen Blick ins Handelsregister will F aber nicht werfen. Die Kaufpreiszahlung für die Haarpflegeprodukte i.H.v. 10 € ist am 28.5.2020 fällig.

* Der Fall wurde im Sommersemester 2020 als Abschlussklausur für die Fortgeschrittenenübung im Handelsrecht gestellt.

** Die Autoren *Beilner* und *Tilk* sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Katja Langenbucher*, an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, House of Finance.

K bezahlt nicht. Da auch F in der Viruskrise jeder Cent wichtig ist, wendet er sich am 1.6.2020 an K und verlangt neben dem Kaufpreis i.H.v. 10 € auch noch die „unter Kaufleuten üblichen“ Zinsen. K entgegnet, er sei seit dem 14.5.2020 kein Kaufmann mehr. Außerdem habe er die Haarpflegeprodukte nur privat verwendet, da sein Geschäft auch schon geschlossen sei.

Frage 2

Hat F gegen K einen Zinsanspruch nach dem Handelsgesetzbuch?

Bearbeitervermerk

Es ist davon auszugehen, dass alle Sachverhaltsangaben der Wahrheit entsprechen. Beantworten Sie die Fragen in Form eines Rechtsgutachtens – ggf. hilfsgutachterlich.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Kann I von K Zahlung i.H.v. 5.000 € verlangen?

A. Kaufpreisanspruch des I gegen K

I könnte gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 5.000 € aus einem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 i.V.m. § 398 BGB haben.

I. Abtretungsvertrag zwischen T und I

Mangels eigener Willenserklärung gegenüber K könnte sich I nur auf ein von T abgetretenes Recht berufen. Fraglich ist daher, ob ein Abtretungsvertrag zwischen T und I wirksam geschlossen wurde. Dem könnte die schuldrechtliche Formulierung entgegenstehen, dass T seine Rechte gegenüber K an I „verkauft“. Dies hätte zur Folge, dass I nicht rechtswirksam Forderungsinhaber werden kann. Der Forderungsübergang ist zwischen den Parteien aber gewollt: T war die Geltendmachung des Anspruchs zu aufwendig. Er suchte einen Weg, seinen Anspruch wirksam an I zu übertragen. Legt man die Erklärungen der Parteien laiengemäß aus, zeigt sich, dass sich T und I vielmehr über die Abtretung des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung nach § 433 Abs. 2 BGB einigten. Stimmt das subjektiv Gewollte überein, ist eine objektive Falschbezeichnung unschädlich (*falsa demonstratio non nocet*).¹ Ein wirksamer Abtretungsvertrag zwischen T und I liegt vor.

Hinweis: Die schuldrechtliche Grundlage ist hier ein Forderungskauf, bei dem I das Risiko der Erfüllung durch K übernimmt (sog. echtes Factoring)². Der Abtretungsvertrag ist jedoch ein dingliches Rechtsgeschäft, sodass hier das zwischen den Parteien dinglich Gewollte auszulegen ist (Trennungs- und Abstraktionsprinzip).

II. Dingliche Berechtigung des T

Weiter müsste T im Zeitpunkt des Abtretungsvertrags dinglich berechtigt gewesen sein. Dazu müsste er Inhaber der Kaufpreisforderung gewesen sein.

1. Kaufvertrag zwischen K und T

K und T müssten einen Kaufvertrag geschlossen haben, § 433 BGB. Dies erfordert zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot (Antrag) und Annahme, §§ 145, 147 BGB.

Hinweis: Es könnte daran gedacht werden, hier eine Abgrenzung zum Werkvertrag nach § 631 BGB vorzunehmen. Hierfür ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auf den Schwerpunkt der Hauptleistung abzustellen.³ Es wäre die Auffassung vertretbar, dass T die Herstellung einer funktionstauglichen Spezialsoftware schulde, mit der Folge, dass ein Werkvertrag anzunehmen wäre. Dagegen spricht jedoch, dass es sich hier um den Kauf einer Standardsoftware handelt, die nicht individuell angepasst wird. Der Schwerpunkt einer solchen Leistung liegt auf Eigentums- und Besitzverschaffung und nicht auf der Herbeiführung eines geschuldeten Erfolgs.⁴

a) Angebot des T durch Einstellen der Software auf seiner Website

Indem T auf seiner Website eine „Premium-Unternehmersoftware für Video-Konferenzen“ zum Preis von 5.000 € einstellte, könnte er ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags abgegeben haben.

Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Inhalt des zu schließenden Vertrags so fixiert, dass dieser durch bloßes Einvernehmen der anderen Partei zustande kommt.⁵ Hierfür müssen mindestens die Kaufsache, die Vertragsparteien und der Kaufpreis genannt sein, sog. *essentialia negotii*.

Problematisch ist, dass im Zeitpunkt des Einstellens der Software auf der Homepage des T noch keine Vertragspartei bekannt war. Damit könnte T eine bloße Aufforderung an die Besucher verfolgt haben, selbst ein Angebot abzugeben, ohne dass T sich bereits rechtlich binden wollte, sog. *invitatio ad offerendum*. Ob ein solcher Rechtsbindungswillen vorlag, ist durch Auslegung aus dem objektiven Empfängerhorizont zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB.

Würde man einen solchen bejahen, würde T mit jeder Person, die seine Software herunterlädt, einen Kaufvertrag abschließen. T hätte keine Kontrolle mehr darüber, mit wem er letztendlich kontrahiert. Dabei könnte T aber durchaus ein Interesse an der Wahl des Vertragspartners haben. Denkbar wäre es, dass T eine Sperrliste führt, um Hacker, Betrüger oder sonstige Personen, mit denen er im Rahmen seiner Privatautonomie nicht kontrahieren möchte, vom Kauf auszu-

¹ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 119 Rn. 60.

² *Roth/Kieninger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 398 Rn. 158.

³ BGH NJW 2018, 3380 Rn. 25.

⁴ *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 433 Rn. 18.

⁵ *Mansel*, in: Jauerning, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 145 Rn. 1 f.

schließen. Andererseits ist das Herunterladen der Software unbegrenzt möglich. Auch befindet sich die Software auf einem Server, weswegen sich die Gefahr vermindert, dass T Lieferschwierigkeiten bekäme und er sich etwaigen Schadensersatzpflichten aussetzen müsste. Durch das Einstellen der Software auf seiner Homepage lässt T aus objektiven Empfängerhorizont mithin erkennen, dass er nicht mit einer bestimmten, sondern mit irgendeiner Person kontrahieren möchte (sog. *offerta ad incertas personas*).

Hinweis: A.A. vertretbar. Bejaht man hier eine *invitatio ad offerendum*, würde ein rechtswirksames Angebot seitens K mit dem Bestellen auf der Homepage vorliegen, das T durch das ermöglichte Herunterladen der Software dann annimmt.

b) Annahme des K

Dieses Angebot hat K spätestens durch das Herunterladen der Software am 1.4.2020 angenommen.

c) Zwischenergebnis

K und T haben einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen.

2. Zwischenergebnis

T war als Forderungsinhaber dinglich berechtigt.

III. Ausschluss der Abtretung, § 399 Var. 2 BGB

1. Vereinbarter Abtretungsausschluss

Die Abtretung des T an I könnte unwirksam sein, wenn sie durch Vereinbarung mit K ausgeschlossen war. K beruft sich darauf, dass eine Abtretung nur mit seiner Zustimmung wirksam sei, sog. vertraglicher Zustimmungsvorbehalt. Fraglich ist, ob dieser als Abtretungsausschluss im Sinne des § 399 Var. 2 BGB zu qualifizieren ist.

Dafür spricht, dass durch einen Zustimmungsvorbehalt eine gleiche Situation geschaffen wird wie bei einem vereinbarten Abtretungsausschluss.⁶ Eine Abtretung ist bei einem Zustimmungsvorbehalt nämlich solange ausgeschlossen, bis der Schuldner seine Zustimmung erteilt. Mithin gelten auch sog. abgeschwächte Abtretungsausschlüsse als Abtretungsausschluss im Sinne des § 399 Var. 2 BGB. K kann sich demnach auf den Abtretungsausschluss nach § 399 Var. 2 BGB berufen.

2. Ausnahme nach § 354a Abs. 1 S. 1 HGB

Die Abtretung könnte ausnahmsweise nach § 354a Abs. 1 S. 1 HGB wirksam sein. Dies erfordert, dass der zwischen T und K geschlossene Kaufvertrag für beide Teile ein Handelsgeschäft im Sinne von §§ 343, 344 HGB ist.

a) Kaufmannseigenschaft

Dazu müssten K und T Kaufleute sein. Istkaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt, § 1 Abs. 1 HGB.

aa) Kaufmannseigenschaft des K

(1) Vorliegen eines Gewerbes

Fraglich ist, ob die wirtschaftliche Betätigung des K als Gewerbe zu qualifizieren ist. Unter einem Gewerbe versteht man jede äußerlich erkennbare, planmäßige, erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete (str.) und selbstständige Tätigkeit, ausschließlich der freien Berufe.⁷ Zweifelhaft könnte alleine sein, ob K ein erlaubtes Gewerbe betreibt. Dem könnte entgegenstehen, dass die zuständigen Behörden es K untersagten, sein Geschäft für den Kundenverkehr zu öffnen. Durch diese Untersagung soll aber nicht primär die Tätigkeit des K als Friseur selbst bzw. der Abschluss dahingehender Werkverträge verboten, sondern nur die betreffenden Kunden vor Infektionen im Publikumsverkehr geschützt werden. Das behördliche Verbot untersagt den Gewerbebetrieb des K nicht.

(2) Betreiben eines Handelsgewerbes

Weiter müsste K ein Handelsgewerbe betreiben. K war als eingetragener Kaufmann zunächst Istkaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB. Durch die Viruskrise musste K aber seinen zehn Mitarbeitern kündigen und hatte kaum noch finanzielle Einnahmen. Er betreibt daher ein Gewerbe, das nicht mehr nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Mithin könnte K entweder Kleingewerbetreibender nach § 2 HGB oder Fiktivkaufmann nach § 5 HGB sein. In jedem Fall wäre K als Kaufmann zu behandeln. Eine Auseinandersetzung kann demnach dahinstehen.

bb) Kaufmannseigenschaft des T

T betreibt seinen Onlineshop seit mehreren Jahren und verdient damit seinen Lebensunterhalt, ohne aber im Handelsregister eingetragen zu sein. Sein Online-Shop erfüllt alle Merkmale des Gewerbebegriffs, sodass die Vermutung eines Handelsgewerbes nach § 1 Abs. 2 HGB greift. Die Beweislast für die Widerlegung liegt bei dem Gewerbetreibenden.⁸ Mangels anderweitigem Vorbringen des T bleibt es bei der Vermutung, dass das Gewerbe des T einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Dies wird zudem dadurch bekräftigt, dass T sich mit § 354a HGB auf handelsrechtliche Vorschriften beruft. Somit ist auch T Istkaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB.

b) Betriebsbezogenheit des Geschäfts

Schließlich müsste der Kaufvertrag jeweils zum Betrieb des Handelsgewerbes von K und T gehören. Die Betriebsbezogenheit wird grundsätzlich nach § 344 Abs. 1 HGB widerlegbar vermutet.⁹ Dem könnte entgegenstehen, dass sowohl K als auch T durch die Viruskrise von ihrer üblichen Geschäfts-

⁷ *Oetker*, Handelsrecht, 8. Aufl. 2019, § 2 Rn. 8.

⁸ *Schwartze*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, Ed. 29, Stand: 15.7.2020, § 1 Rn. 30.

⁹ *Lehmann-Richter*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, Ed. 29, Stand: 15.7.2020, § 344 Rn. 8; *K. Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2018, § 344 Rn. 8.

⁶ BGH NJW 1997, 3434 (3435); *Roth/Kieninger* (Fn. 2), § 399 Rn. 39.

tätigkeit abwichen. Dagegen spricht, dass sich die Betriebsbezogenheit aus der Sicht eines objektiven Betrachters bestimmt.¹⁰ Auch können andere, nur mittelbar mit dem Betrieb zusammenhängende Geschäfte betriebsbezogen sein.¹¹ Ausreichend ist, wenn das Geschäft dem Interesse des Handelsgewerbes, seinem Zweck, die Substanz zu erhalten und mit ihm Gewinn zu machen, dienen soll.¹²

Sowohl K als auch T wollten ihr Geschäftssegment erweitern. Beide taten dies im Hinblick darauf, um in der Viruskrise die Substanz ihres Handelsgewerbes zu erhalten und um ihre wirtschaftliche Betätigung zu sichern. Aus Sicht eines objektiven Betrachters lässt sich jedenfalls ein mittelbares, mit dem Betrieb zusammenhängendes Geschäft bejahen. Die Betriebsbezogenheit liegt folglich sowohl für K als auch T vor.

3. Zwischenergebnis

Damit ist die Abtretung nach § 354a Abs. 2 S. 1 HGB zulässig. T hat die Kaufpreisforderung somit wirksam an I abgetreten.

IV. Erlöschen des Anspruchs, § 404 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB

Der Anspruch des I könnte durch Rücktritt des K erloschen sein. Gem. § 404 BGB könnte K gegenüber I die Einwendungen des Rücktritts entgegensetzen, sofern dieser zur Zeit der Abtretung begründet war.

1. Rücktritt des K, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB

a) Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Vorliegend hat K gegenüber I und T den Rücktritt erklärt. Zwar ist umstritten, ob der Schuldner ein etwaiges Gestaltungsrecht auch gegenüber dem Zessionar ausüben kann.¹³ Indem K den Rücktritt gegenüber I und T erklärt, kann eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik dahinstehen.

b) Rücktrittgrund, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Var. 2 BGB

K könnte gem. § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn T nicht vertragsgemäß geleistet und K dem T erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.

Indem K keine „reibunglosen Videokonferenzen“ durchführen kann, weicht die Istbeschaffenheit bei Gefahrübergang negativ von der Sollbeschaffenheit ab, sodass die Software jedenfalls nicht für die nach dem Kaufvertrag vorausgesetzte Verwendung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB geeignet ist.

Problematisch ist, dass K dem T keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Indem T erklärt, dass er den Kaufpreis begehrt und dies sein letztes Wort sei, hat T die Nacherfüllung jedoch ernsthaft und endgültig verweigert, sodass eine

¹⁰ *Lehmann-Richter* (Fn. 9), § 343 Rn. 13.

¹¹ BGHZ 63, 32 (35) = NJW 1974, 1462 (1463); BGH NJW 1997, 1779 (1780).

¹² BGH NJW 1960, 1852 (1853).

¹³ BGH NJW 1986, 919 (920); *Roth/Kieninger* (Fn. 2), § 404 Rn. 7 m.w.N.

Fristsetzung durch K gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich ist („letztes Wort“)¹⁴.

c) Genehmigungsfiktion nach § 377 Abs. 2 HGB

Möglichweise könnte der Rücktritt nach § 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen sein. Dies setzt voraus, dass K als Käufer den Mangel der Software nicht rechtzeitig gerügt hat.

aa) Beiderseitiges Handelsgeschäft, §§ 343, 344 HGB

Ein beiderseitiges Handelsgeschäft lag vor (siehe oben).

bb) Ablieferung mangelhafter Ware

Weiter müsste T eine mangelhafte Ware abgeliefert haben. Für die Beurteilung, wann eine Software als abgeliefert gilt, werden verschiedene Zeitpunkte diskutiert. Nach einer Ansicht sei allein maßgeblich, dass die Software derart in den Machtbereich des Käufers gelangt, dass eine Untersuchung möglich ist.¹⁵ Nach anderer Ansicht sei eine Ablieferung hingegen erst dann anzunehmen, wenn ein ungestörter Probelauf durchgeführt wurde.¹⁶ Hiergegen spricht, dass ein solches Hinausschieben auf einen unbestimmten Zeitpunkt mit dem Bestreben des Kaufrechts nach Klarheit und möglichst schneller Regulierung von Mängeln, besonders im Rahmen von Kaufleuten, unvereinbar ist.¹⁷ Mithin ist der ersten Ansicht zuzustimmen. Indem K die Software herunterlud, hatte K bereits die Möglichkeit der Untersuchung. Eine Ablieferung lag mithin vor. Die Software war zudem mangelhaft (siehe oben).

cc) Unverzügliche Untersuchung

K hat die Audio- und Videofunktionen der Software am 1.4.2020 getestet. Dass Videokonferenzen mit Dritten nicht möglich sind, hat sich erst später gezeigt, sog. verdeckter Mangel.¹⁸

dd) Unverzügliche Rüge, § 377 Abs. 3 Hs. 1 HGB

K hat am gleichen Tag nach Entdecken des Mangels vergeblich bei T angerufen. Ein vergeblicher Anruf stellt keine Rüge dar.¹⁹

Möglicherweise könnte die Geltendmachung der Mangelhaftigkeit der Software im „Beschwerdebrieff“ des K vom 9.4.2020 eine taugliche Rüge darstellen. Problematisch ist indes, dass der Brief nicht zugegangen ist, sodass eine Genehmigung der Ware gesetzlich fingiert wäre, § 377 Abs. 3 Hs. 2 HGB. Etwas anderes könnte sich aus dem Wortlaut des § 377

¹⁴ BGH NJW 2016, 3235 (3238); *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 101.

¹⁵ BGHZ 60, 5 (6) = NJW 1973, 189 (189); BGH NJW 2000, 1415 (1416); *Westermann* (Fn. 4), § 438 Rn. 25, 27.

¹⁶ OLG Köln NJW 1991, 2156 (2157); *Hager*, AcP 190 (1990), 324 (330 f.).

¹⁷ BGH NJW 2000, 1415 (1416).

¹⁸ *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2018, § 377 Rn. 77.

¹⁹ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 39. Aufl. 2020, § 377 Rn. 40.

Abs. 4 HGB ergeben, wonach zur Erhaltung der Rechte des Käufers die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt. Fraglich ist somit, ob § 377 Abs. 4 HGB neben der Verzögerungsgefahr auch die Verlustgefahr erfasst.

Hierfür könnte sprechen, dass § 377 Abs. 4 HGB nach seinem Wortlaut nicht darauf abzielt, dass die Mängelrüge noch ihren Zweck erfüllen könnte. Selbst wenn diese dem Verkäufer derart spät zugeht, dass er nicht mehr entsprechend handeln kann, wäre § 377 Abs. 4 HGB einschlägig. Dies rechtfertigt eine Gleichstellung von Verzögerungs- und Verlustrisiko.²⁰ Das Schreiben des K wäre hiernach eine rechtzeitige Rüge.

Dagegen könnte sprechen, dass die Rüge selbst keine Willenserklärung, wohl aber eine geschäftsähnliche Handlung darstellt, sodass die allgemeinen Zugangsregeln entsprechend anwendbar sind.²¹ Versendet der Käufer die Rüge per Post und geht diese auf dem Weg verloren, ist sie nicht zugegangen. Eine andere Auffassung würde in dogmatisch nicht nachvollziehbarer Weise mit diesem Grundsatz brechen.²² Entsprechend regelt § 377 Abs. 4 HGB daher nur die Verzögerungs-, nicht aber die Verlustgefahr.²³ Auf den Zugang der Rüge käme es somit weiterhin an. Lediglich für die Rechtzeitigkeit der Abgabe wirke die Vorschrift zugunsten des rügenden Käufers. Sobald der Käufer Kenntnis von dem fehlenden Zugang bzw. dem Verlust erlangt, hätte er die Rüge unverzüglich nachzuholen.²⁴

Hiernach hätte K mangels Zugang nicht rechtzeitig gerügt. Vielmehr hätte K in dem Moment, als er davon Kenntnis erlangte, dass der Brief nie bei T zuing, die Rüge unverzüglich nachholen müssen. Auch dies unterließ er.

Da die Meinungen zu einem unterschiedlichen Ergebnis kommen, ist ein Streitentscheid erforderlich. Gegen eine Gleichstellung von Verzögerungs- und Verlustrisiko spricht, dass die Entbehrlichkeit des Zugangserfordernisses dogmatisch nicht stringent begründet ist. Besonders deutlich wird dies dadurch, dass es sich bei einer Rüge um eine geschäftsähnliche Handlung handelt. Die allgemeinen Zugangsregeln müssen auch hier Anwendung finden, da solche andernfalls nur noch von einer Einzelfallbetrachtung abhängen. Weiterhin könnte der Empfänger nur schwer beweisen, dass die Rüge nie zugegangen ist.²⁵ Daher regelt § 377 Abs. 4 HGB nur die Verzögerungs-, nicht aber die Verlustgefahr.

Wegen der fehlenden rechtzeitigen Nachholung der Mängelrüge, gilt die Ware daher grundsätzlich als genehmigt, § 377 Abs. 4 Hs. 2 HGB.

²⁰ Müller, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2015, § 377 Rn. 186; Mössle, NJW 1988, 1190 (1191).

²¹ Hopt (Fn. 19), § 377 Rn. 32; so auch Müller (Fn. 20), § 377 Rn. 172; a.A. Reinicke, JZ 1987, 1028 (1031).

²² Grunewald (Fn. 18), § 377 Rn. 72.

²³ BGHZ 101, 49 (53) = NJW 1987, 2235 (2236); Roth, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, Kommentar zum HGB, 9. Aufl. 2019, § 377 Rn. 18; Grunewald (Fn. 18), § 377 Rn. 72.

²⁴ Roth (Fn. 23), § 377 Rn. 18; Mössle, NJW 1988, 1190 (1190 f.).

²⁵ BGHZ 101, 49 (55) = NJW 1987, 2235 (2236).

ee) Arglist, § 377 Abs. 5 HGB

Der Genehmigungsfiktion könnte entgegenstehen, dass T die Mangelhaftigkeit der Software arglistig verschwiegen haben könnte. Arglist setzt voraus, dass der Verkäufer das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft kannte oder mit dieser Möglichkeit rechnete und es ihm bewusst war, dass seinen Vertragspartnern der Mangel unbekannt sein könnte und sie bei Kenntnis der Sachlage die angebotene Ware nicht als Vertragserfüllung angenommen hätten.²⁶

Für die Annahme eines arglistigen Verschweigens spricht, dass T damit hätte rechnen können, dass seine „Premium-Unternehmenssoftware für Videokonferenzen“ gerade die beworbene Funktion des „Videoanrufs“ nicht besitzt. Er verfügt über nur wenig vorhandene Programmierkenntnisse und hätte damit rechnen müssen, dass ihm fundamentale Fehler unterlaufen können. Eine Software für Videokonferenzen ohne die Erfüllung dieser Funktion hätten die Vertragspartner schließlich nicht als Vertragserfüllung angenommen.

Gegen ein arglistiges Verschwiegen könnte hingegen sprechen, dass T die Software einige Tage programmierte. Dies könnte zumindest darauf schließen, dass er eine Software anbieten wollte, die ihre Funktionen ordnungsgemäß erfüllt. Dem steht indes entgegen, dass es T „herzlich egal“ war, ob ein Videoanruf tatsächlich möglich ist. Ihm ging es zuvörderst darum, seine Software zum Preis von 5.000 € zu verkaufen, um auch während der herrschenden Viruskrise sein Geschäft erweitern zu können. Er wollte nur das schnelle Geld, um sich seinen Traum von der Villa in Thailand zu erfüllen. T hätte somit zumindest damit rechnen müssen, dass Videokonferenzen nicht „einwandfrei“ möglich sind und das K als Käufer diesen Zustand nicht als Vertragserfüllung ansehen würde. T hat die Mangelhaftigkeit der Software daher arglistig verschwiegen, sodass die Rüge entbehrlich ist.

f) Zwischenergebnis

T kann sich nicht auf einen Ausschluss der Mangelgewährleistungsrechte des K nach § 377 HGB berufen.

2. Begründetheit des Rücktritts im Zeitpunkt der Abtretung

Im Zeitpunkt der Abtretung war der Rücktritt mithin begründet.

V. Zwischenergebnis

Der Kaufpreiszahlungsanspruch des I gegenüber K ist durch Rücktritt erloschen.

B. Ergebnis

I hat keinen Anspruch gegen K auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 5.000 €.

²⁶ BGH NJW 1986, 316 (317); Grunewald (Fn. 18), § 377 Rn. 89.

Frage 2: Hat F gegen K einen Zinsanspruch nach dem Handelsgesetzbuch?**A. Zinsanspruch F gegen K aus § 353 HGB i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB**

F könnte gegen K einen Anspruch auf Zinszahlung gem. § 353 HGB i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB haben.

I. Fällige Forderung

Zunächst müsste eine Forderung des F gegenüber K vorliegen. Hier bestellte K bei F am 21.5.2020 Haarpflegeprodukte im Wert von 10 €. Mithin lag eine Kaufpreisforderung des F gegenüber K vor, § 433 Abs. 2 BGB, die am 28.5.2020 fällig war.

II. Beiderseitiges Handelsgeschäft

Weiter müsste für K und F ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegen, §§ 353, 344 HGB.

1. Handelsgeschäft des F

F ist eingetragener Kaufmann. Der Verkauf von Haarpflegeprodukten stellt für ihn ein Handelsgeschäft dar.

*2. Handelsgeschäft des K**a) Kaufmannseigenschaft des K*

Der Kaufmannseigenschaft des K steht entgegen, dass K am 14.5.2020 sein Handelsgewerbe aufgegeben hat. Fraglich ist jedoch, wie sich der Umstand ausgewirkt haben könnte, dass K noch als Kaufmann im Handelsregister eingetragen war. Dies könnte zur Folge haben, dass er weiterhin nach § 15 Abs. 1 HGB als Kaufmann zu behandeln wäre, sog. negative Publizität des Handelsregisters. Dies wäre der Fall, solange eine eintragungspflichtige Tatsache in der Angelegenheit des K nicht eingetragen und bekannt gemacht worden war, es sei denn, dass F dies bekannt war.

aa) Eintragungspflichtige Tatsache in der Angelegenheit des K

Das Erlöschen der Firma ist eine eintragungspflichtige Tatsache, § 31 Abs. 2 S. 1 HGB, die in der Angelegenheit des K einzutragen war.

bb) Nicht eingetragen und nicht bekannt gemacht

Die Löschung wurde nicht eingetragen und auch nicht bekannt gemacht.

cc) Gutgläubigkeit des F

F könnte sich nicht auf § 15 Abs. 1 HGB berufen, wenn ihm der einzutragende Umstand bekannt war. Die Publizitätswirkung nach § 15 Abs. 1 HGB greift nicht, sofern der Dritte positive Kenntnis von der nicht eingetragenen Tatsache hat.²⁷ Die Anforderungen an die positive Kenntnis sind hoch. We-

der besteht eine Nachforschungspflicht,²⁸ noch genügt eine Kenntnis solcher Tatsachen, aus denen sich die eintragungspflichtige Tatsache ergibt.²⁹ Selbst eine fahrlässige Unkenntnis begründet, egal wie grob sie auch sein mag, keinen Ausschluss des § 15 Abs. 1 HGB.³⁰

F wunderte sich über die deutlich geringere Bestellung des K. Ferner kam er zufällig noch am selben Tag am Salon des K vorbei und sah, dass K bereits sämtliche Schilder von den Schaufenstern entfernt hatte. Darüber hinaus erfuhr F über Bekannte, dass K sein Geschäft wahrscheinlich schließen würde. Selbst wenn hieraus eine entsprechende Schlussfolgerung gezogen werden könnte, genügt dies nicht für die positive Kenntnis im Sinne von § 15 Abs. 1 HGB. F hat lediglich grob fahrlässig verkannt, jedoch nicht positiv gewusst, dass K nicht mehr Kaufmann ist. § 15 Abs. 1 HGB schützt nur das abstrakte Vertrauen,³¹ sodass der Umstand, dass F keinen Blick in das Handelsregister warf, an diesem Ergebnis nichts ändert. K ist daher gegenüber F gem. § 15 Abs. 1 HGB weiterhin als Kaufmann zu behandeln.

b) Handelsgeschäft des K

Weiter müsste es sich um ein Handelsgeschäft des K handeln. Dies wird gemäß § 344 Abs. 1 HGB widerlegbar vermutet (siehe oben). Die Widerlegung dieser Vermutung setzt im Gegensatz zu § 15 Abs. 1 HGB voraus, dass der Vertragspartner den privaten Charakter des Geschäfts kannte oder hätte kennen müssen.³² Der private Charakter des Geschäfts muss ferner nach außen hin sichtbar werden.³³ Hier hätte F aufgrund der oben genannten, nach außen objektiv in Erscheinung tretenden Umstände erkennen müssen, dass K die Produkte nicht mehr für seinen Friseursalon und damit seine wirtschaftliche Betätigung erwerben würde. Insbesondere spricht die Bestellmenge für einen privaten Gebrauch des K. Die Vermutung kann daher hier widerlegt werden. Ein Handelsgeschäft des K lag mithin nicht vor.

3. Zwischenergebnis

Ein beiderseitiges Handelsgeschäft liegt nicht vor.

III. Zwischenergebnis

Ein Anspruch des F gegen K auf Zinszahlung gem. § 353 HGB i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB besteht nicht.

B. Ergebnis

F hat keinen Anspruch auf Zinsen nach HGB.

²⁸ Hopt (Fn. 19), § 15 Rn. 7.

²⁹ Hopt (Fn. 19), § 15 Rn. 7.

³⁰ Müther (Fn. 27), § 15 Rn. 13.

³¹ BGHZ 65, 309 (311) = NJW 1976, 569 (569); Müther (Fn. 27), § 15 Rn. 2.

³² BGH, Urt. v. 8.1.1976 – ZR III 148/73, Rn. 30 (juris) = BeckRS 2012, 00789; K. Schmidt (Fn. 9), § 344 Rn. 9; diff. Weyer, WM 2005, 490 (500 f.).

³³ Lehmann-Richter (Fn. 9), § 344 Rn. 8.

²⁷ Müther, in: Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, Ed. 29, Stand: 15.7.2020, § 15 Rn. 13.