

Großkommentare der Praxis

Handelsgesetzbuch

Großkommentar

Begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts

Dritte Auflage, neu bearbeitet von

Ministerialrat Dr. Dieter Brüggemann, Celle
Professor Dr. Claus-Wilhelm Canaris, Hamburg
Präsident des Bundesgerichtshofes Dr. Robert Fischer, Karlsruhe
Professor Dr. Johann Georg Helm, Nürnberg
Oberstlandesgerichtsrat Dr. Paul Ratz †, München
Dr. Joachim Schulze-Osterloh, Hamburg
Rechtsanwalt Professor Dr. Wolfgang Schilling, Mannheim
Professor Dr. Peter Ulmer, Hamburg
Professor Dr. Hans Würdinger/Ass. Volker Röhrich, Hamburg

Vierter Band

§§ 373—376 Würdinger/Röhrich

§§ 377—382 Brüggemann



Walter de Gruyter & Co., Berlin 1970

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung · J. Guttentag,
Verlagsbuchhandlung · Georg Reimer · Karl J. Trübner · Veit & Comp.

Zitierweise

Würdinger/Röhricht in Großkommentar HGB

Brüggemann in Großkommentar HGB

Archiv-Nr. 2235702

**Satz und Druck: Walter de Gruyter & Co., Berlin 30
Alle Rechte, einschließlich des Rechts der Herstellung von Photokopien
und Mikrofilmen, vorbehalten**

Inhaltsverzeichnis des vierten Bandes (§§ 373—382)

Drittes Buch

Zweiter Abschnitt: Handelskauf

Vorbem. vor §§ 373/374: Inhaltsübersicht	1
A. Rechtsgrundlagen des Handelskaufs und ihre Auslegung	10
B. Das Wesen des Handelskaufs	16
C. Kaufähnliche Verträge und besondere Kaufarten	17
D. Der Abschluß des Handelskaufs	26
E. Einzelne Arten des Kaufs	42
I. Bar- oder Handkauf	42
II. Kreditkauf	42
III. Das Vinkulationsgeschäft	62
IV. Sicherungskauf	65
V. Hoffnungskauf	66
VI. Gattungskauf	66
VII. Kauf nach Probe oder Muster	72
VIII. Kauf auf Probe oder auf Besicht	79
IX. Kauf zur Probe	87
F. Die aus dem Kaufvertrag entsprechenden Rechte und Pflichten	88
I. Pflichten des Verkäufers	88
II. Die Gefahrtragung beim Kauf	107
III. Die Pflichten des Käufers	119
IV. Die Zurverfügungstellung der Ware durch den Käufer	134
V. Die Kosten der Erfüllung	137
G. Das überseeische Abladegeschäft	142
H. Das Verhältnis der Verkäufer- und Käuferpflichten zueinander: Die Einrede des nichterfüllten Vertrages; Folgen von Leistungsstörungen	166
I. Einleitung: Der Kauf als gegenseitiger Vertrag: genetisches und funktionelles Synallagma: Haupt- und Nebenpflichten	166
II. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages	168
III. Der Schuldnerverzug	173
IV. Der Verzug des Schuldners nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung	246
V. Unmöglichkeit und Unvermögen. Überblick	250
VI. Die positive Vertragsverletzung (schuldhaftige Vertragsverletzung)	263
§§ 373/374 Der Annahmeverzug des Käufers: Befugnisse des Verkäufers im Annahmeverzug des Käufers nach BGB und HGB	287
A. Inhaltsübersicht. Einleitung. Annahme und Abnahme	288
B. Voraussetzungen des Annahmeverzuges	289
C. Nachträglicher Fortfall des Annahmeverzuges sowie verwandte Fälle	296
D. Rechtsfolgen des Annahmeverzuges	297
I. Rechtsfolgen nach BGB (§ 374 HGB)	298
II. Rechtsfolgen nach HGB (§ 373 HGB)	300
§ 375 Spezifikationskauf	310
§ 376 Fixkauf	321

Inhaltsverzeichnis

§ 377	Mängelrüge	333
	Einleitung: Systematische Bedeutung der Vorschrift. Beispiele aus der Formularpraxis der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Vereinheitlichung des Kaufrechts im internationalen Rechtsverkehr.	343
	I. Voraussetzungen der Rügefrist	363
	II. Die Mängelrüge selbst. A. Untersuchung der Ware. B. Erstattung der Mängelanzeige. Offene und verborgene Mängel. Vertragliche Absprachen	374
	III. Die Rechtsfolgen der unterbliebenen und der geschehenen Mängelanzeige.	
	A. Unterbliebene (nicht gehörige) Mängelanzeige	404
	B. Gehörig erstattete Mängelanzeige Inhalt und Umfang der durch die Anzeige offengehaltenen Ansprüche des Käufers:	
	1. Sachmängelgewähr im allgemeinen. Mängelbegriff. Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Maßgebende Zeitpunkte.	408
	2. Aufriß der einzelnen Ansprüche des Käufers. Nachbesserung. Abgrenzung zur Anfechtung, zum Verschulden beim Vertragsschluß, zur Erschütterung der Geschäftsgrundlage, zur Unmöglichkeit und zum Verzug	429
	3. Einzeldarstellung	
	a) Wandelung	442
	b) Minderung	467
	c) Schadensersatz wegen Nichterfüllung	473
	d) Nachlieferungsanspruch.	479
	e) positive Vertragsverletzung.	483
	4. Verhältnis der einzelnen Gewährleistungsansprüche zueinander	489
	5. Ausschluß der Haftung für Mängel.	493
	6. Beweislast.	507
	7. Verjährung	515
	8. Anhang: Eigenschaftsgarantien. Garantiefristen	534
	IV. Arglist des Verkäufers	537
	V. Mängel bei Lieferung in Teilen und teilweise Mangelhaftigkeit einer Lieferung	555
	Zusatz 1: Mängelrüge beim einseitigen Handelskauf.	562
	Zusatz 2: Zusendung unbestellter Ware.	563
§ 378	Mängelanzeige bei Quantitätsdifferenzen und bei Lieferung anderer Ware.	565
§ 379	Aufbewahrungspflicht und Notverkauf bei Beanstandung der Ware	592
	Anhang zu § 379: Beweissicherungsverfahren	602
§ 380	Kauf nach Gewicht. Refaktie. Tara. Gutgewicht. Verpackungsmaterial. Gebinde	605
§ 381	Wertpapierkauf. Werklieferungsvertrag.	
	A. Wertpapierkauf	610
	B. Werklieferungsvertrag	631
§ 382	Viehkauf.	636

Vorwort zum vierten Band

Das Recht des Handelskaufs, dessen Kommentierung mit dem gegenwärtigen Band in der 3. Auflage vorgelegt wird, steht stärker als die übrigen Teile des Handelsgesetzbuchs — stellt man auf die gesetzgeberische Ausformung in den §§ 373 bis 382 HGB ab — im Schatten des Bürgerlichen, hier: des Bürgerlichen Kaufrechts. Daß die Rechtswirklichkeit anders aussieht, weiß jeder Kundige. Die zum Kaufrecht ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen befassen sich wohl zum größeren Teile mit Handelskäufen: nicht immer zweiseitigen, überwiegend jedenfalls solchen, die von dem Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen her in mehr oder weniger weitem Maße geprägt sind. Der Grundstücksverkehr darf hierbei außer Betracht bleiben.

Für die wissenschaftliche Behandlung des Stoffes ergab sich daraus unausweichlich und zugleich der Tradition des Werkes entsprechend, das Bürgerliche Kaufrecht in die Erörterung des Handelskaufs einzubeziehen. Man mag darüber streiten, in welchem Umfang das zu geschehen habe. Frühere Auflagen waren darin z. T. sehr ausgiebig gewesen. Die gegenwärtige hat die Linien etwas zurückgenommen. In den Vorbemerkungen vor § 373 ff. ist die prozessuale Thematik und der Fragenkreis des Einflusses des Konkurses auf schwebende Kaufverträge ausgeschieden worden, ebenso aus den Anmerkungen zu § 377 das Recht der Täuschungsanfechtung und das der Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung im Zusammenhang mit der Lieferung mangelhafter Ware; endlich wurde gestrichen — weil ohnehin nicht zum Kaufrecht gehörend — der frühere Anhang zu § 377 betreffend die Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte und die Verleitung zum Vertragsbruch. Dafür konnte Raum gewonnen werden für die eingehendere Behandlung aktueller kaufrechtlicher Themen: zwischenstaatliche Vereinheitlichung des Kaufrechts (Vorbemerkungen vor §§ 373 ff. und Einleitung zu § 377), Fragen des Abzahlungskaufs und Fragen des Energielieferungsvertrages (je in den Vorbemerkungen vor §§ 373 ff.). Eine Reihe von Vorschriften in Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen über die Abwicklung mangelhafter Lieferungen sind als Versuch eines repräsentativen Querschnitts in die Einleitung zu § 377 aufgenommen worden. Der Gesamtumfang des Bandes hat sich gleichwohl nicht vergrößert, sondern ist noch unter dem der Voraufgabe geblieben. Für die kommende Auflage harret der Bürgerlichrechtliche Teil der Erläuterungen zu § 377 und die Vorbemerkung vor §§ 373/374 einer stärkeren Durchforstung; weitere Umschichtung von Schwerpunkten wird dadurch möglich sein.

Weitgehend neu gefaßt sind die Vorbemerkungen vor §§ 373 ff., unter gleichzeitiger Einarbeitung des bisherigen Anhangs zu § 374, der damit entfiel. Auf diese Weise konnten die Pflichten der Vertragsparteien und die Folgen von Störungen der vorgesehenen Vertragsabwicklung in einem großen Abschnitt vor den Einzelvorschriften dargestellt werden. Von Grund auf neu bearbeitet sind § 375 und § 378. Aber auch die Erläuterungen zu den übrigen Paragraphen zeigen ein vielfältig gewandeltes Gesicht. Die Verfasser haben es sich angelegen sein lassen, neben einer Fortführung des Erläuterungsstoffes auf der Grundlage neuer Ergebnisse von Schrifttum und Rechtsprechung namentlich die dogmatischen Konturen der jeweiligen handelsrechtlichen Normen und ihre Einbettung in das allgemeine Bürgerliche Recht schärfer heraustreten zu lassen. Das wird in einer Zeit, in der der juristische Nachwuchs in Studium und Ausbildung für das Handelsrecht weithin auf die Vertrautheit mit den bloßen „Grundzügen“ sich beschränkt (weil prüfungsmäßig sich beschränken darf), nicht zuletzt didaktisch von Wert sein.

Vorwort

Neu ist, daß nunmehr allen führenden Paragraphen eine Inhaltsübersicht, den Vorbemerkungen vor §§ 373 ff. und dem § 377 ferner ein Stichwortverzeichnis vorangestellt worden ist. Die Verfasser hoffen, dem zeitbedrängten Benutzer damit eine Erleichterung geboten zu haben.

Das Werk gibt den Stand in Schrifttum und Rechtsprechung etwa von April 1970 wieder. Soweit der Druck es zuließ, sind noch später veröffentlichte Entscheidungen eingefügt worden.

München, Hamburg und Celle, im September 1970

Hans Würdinger

Volker Röhrich

Dieter Brüggemann

Zweiter Abschnitt

Handelskauf

Vorbemerkungen

Inhaltsübersicht (systematisch)

A. Rechtsgrundlagen des Handelskaufs und ihre Auslegung	Anm. 1ff.	1. Kauf von Wechseln oder Schecks in ausländischer Währung	Anm. 25
I. Allgemeines; HGB und BGB	Anm. 1	2. Ausländische Banknoten	Anm. 26
II. Handelsbrauch und Allgemeine Geschäftsbedingungen	Anm. 2	3. Kauf von Waren gegen Devisen	Anm. 27
1. Handelsbrauch	Anm. 2	4. Devisenbewirtschaftung	Anm. 28
2. Allgemeine Geschäfts- und Lieferungsbedingungen	Anm. 2	VIII. Das Zeitungs- oder Zeitschriftenabonnement	Anm. 29
III. Rangfolge beim konkreten Kaufgeschäft	Anm. 3	IX. Der Lieferungsvertrag	Anm. 30
IV. Rechtsgrundlagen des Übersekaufs im besonderen	Anm. 4	X. Der Werklieferungsvertrag	Anm. 31f.
V. Schiedsgerichts- und Arbitragsklauseln	Anm. 5	XI. Der Stromlieferungsvertrag	Anm. 33ff.
VI. Trade Terms und Incoterms	Anm. 6	1. Rechtliche Einordnung	Anm. 33
1. Trade Terms	Anm. 7	2. Sukzessivlieferungsvertrag oder Wiederkehrschuldverhältnis	Anm. 34f.
2. Incoterms	Anm. 8	3. Das Energiewirtschaftsgesetz	Anm. 36
VII. Vereinheitlichung des Kaufrechts	Anm. 9	4. Gas-, Wasser-, Dampf- und Wärmelieferungsverträge	Anm. 37
1. Das Einheitliche Kaufgesetz	Anm. 10	5. Energielieferung als Nebenpflicht	Anm. 38
a) Vorgeschichte	Anm. 10	XII. Gemischte Rechtsgeschäfte	Anm. 39f.
b) Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht	Anm. 11	D. Der Abschluß des Handelskaufs	Anm. 41ff.
c) Geltungsbereich	Anm. 12f.	I. Formlosigkeit	Anm. 41f.
2. Das Einheitliche Abschlußgesetz	Anm. 14	II. Bestimmbarkeit der Parteien, des Kaufgegenstandes und des Preises	Anm. 42ff.
3. Das Haager IPR-Abkommen	Anm. 15	1. Bestimmtheit der Parteien	Anm. 43
B. Das Wesen des Handelskaufs	Anm. 16f.	2. Bestimmbarkeit von Preis und Ware	Anm. 44
I. Der Begriff des Handelskaufs	Anm. 16	a) Bestimmung durch einen Dritten sowie Arbitrage- und Schiedsklausel	Anm. 45—50
1. Handelsgeschäft	Anm. 16	b) Bestimmung durch eine der Parteien	Anm. 51f.
2. Gegenstand (Ware oder Wertpapier)	Anm. 17	c) Spezielle Formen der Preisbestimmung	Anm. 53—58
C. Kaufähnliche Verträge und besondere Kaufarten	Anm. 18ff.	d) Preisänderungs- und Wertsicherungsklauseln	Anm. 59—61
I. Einbringung von Sachen in eine Gesellschaft	Anm. 18	e) Irrtum in der Preisberechnung	Anm. 62
II. Das conto à meta-Geschäft	Anm. 19	f) Einzelfragen zur Bestimmtheit der Ware	Anm. 63
III. Der Unternehmenskauf	Anm. 20	E. Einzelne Arten des Kaufs	Anm. 64ff.
IV. Hingabe von Schuldverschreibungen gegen ein Amortisationsdarlehen	Anm. 21	I. Der Bar- oder Handkauf	Anm. 64
V. Der Handelstausch	Anm. 22	II. Der Kreditkauf	Anm. 65
VI. Das Diskontgeschäft	Anm. 23	1. Berechtigung des Verkäufers zur Rückgängigmachung der Stundung	Anm. 66ff.
VII. Kauf von Devisen	Anm. 24ff.		

Drittes Buch, Zweiter Abschnitt: Handelskauf

- a) Kreditwürdigkeit des Käufers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Anm. 66
- b) Verschlechterung der Vermögensverhältnisse nach Vertragsschluß Anm. 67ff.
- 2. Der Abzahlungskauf Anm. 73
- 3. Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt Anm. 74ff.
 - a) Zweck und Zustandekommen Anm. 75
 - b) Die Wirkungen des Eigentumsvorbehalts Anm. 80ff.
 - c) Abweichende Vereinbarungen; Kontokorrent- und Konzernvorbehalt Anm. 83
 - d) Erlöschen des Eigentumsvorbehalts Anm. 84ff.
 - e) Verlängerter, weitergegebener und Verarbeitungsvorbehalt Anm. 87ff.
 - f) Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs Anm. 90
- III. Das Vinkulationsgeschäft Anm. 93ff.
- IV. Der Sicherungskauf Anm. 100
- V. Der Hofnungskauf Anm. 101
- VI. Der Gattungskauf Anm. 102ff.
 - 1. Allgemeines Anm. 102
 - 2. Der beschränkte Gattungskauf Anm. 102
 - 3. Handelsgut mittlerer Art und Güte Anm. 103
 - 4. Unmöglichkeit, Unvermögen und Vertretenmüssen Anm. 104ff.
 - a) Haftung und Haftungsbefreiung beim Gattungskauf allgemein Anm. 104
 - b) Die sog. wirtschaftliche Unmöglichkeit Anm. 105
 - c) Haftung und Haftungsbefreiung bei beschränkten Gattungsschulden, insbesondere bei Lieferung aus der Produktion des Verkäufers Anm. 106
 - d) Die Klausel „richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung vorbehalten“ Anm. 108
 - 5. Die Konkretisierung des Leistungsgegenstandes Anm. 109ff.
- VII. Der Kauf nach Probe oder Muster Anm. 112ff.
 - 1. Begriffsbestimmung Anm. 112
 - 2. Die praktischen Einzelfragen Anm. 113
 - 3. Besondere Gestaltungen Anm. 114
 - 4. Rechtsfolge der Zusage der Probegemäßheit Anm. 117ff.
 - a) Es wird nicht probegemäß geliefert Anm. 117
 - b) Es wird eine andere Ware geliefert Anm. 118
 - 5. Die Beweislast Anm. 119
 - a) Beweislast für das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Kaufs nach Probe Anm. 119
 - b) Beweislast für die Probemäßigkeit der Ware Anm. 120
 - c) Beweislast bei Verlust der Probe Anm. 122
 - d) Beweislast für die Identität der vorgelegten Probe Anm. 123
- 6. Das rechtliche Schicksal der Probe Anm. 124
- VIII. Der Kauf auf Probe oder Besicht Anm. 125
 - 1. Begriffsbestimmung Anm. 126ff.
 - a) Ein Kaufvertrag Anm. 126
 - b) Die Bedingung der Prüfung und Genehmigung Anm. 127
 - 2. Die Feststellung, ob Kauf auf Probe vorliegt Anm. 128
 - 3. Die Umtauschabrede Anm. 129
 - 4. Die für den Kauf auf Probe geltenden Vorschriften Anm. 130
 - a) Die Bedingung der willkürlichen Prüfung und Genehmigung Anm. 130
 - b) Verpflichtung zur Gestattung der Untersuchung Anm. 131
 - c) Die Genehmigung des Käufers Anm. 132
 - d) Die Folgen der Genehmigung und der Nichtgenehmigung Anm. 135
 - e) Die Beweislast Anm. 138
- IX. Der Kauf zur Probe Anm. 139
- F. Die aus dem Kaufvertrag entspringenden Rechte und Pflichten Anm. 140ff.
 - I. Pflichten des Verkäufers Anm. 140ff.
 - 1. Die Übergabeverpflichtung Anm. 141
 - 2. Die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung Anm. 144
 - 3. Die Auskunftspflicht Anm. 152
 - 4. Die Versandungspflicht Anm. 153ff.
 - a) Übernahme einer Übersendungspflicht durch den Verkäufer; Einfluß auf den Erfüllungsort Anm. 154
 - b) Die Lage beim sog. (einfachen) Versandungskauf Anm. 155
 - c) Inhalt und Umfang der Versandungspflicht Anm. 156
 - d) Die Verpflichtungen des Verkäufers hinsichtlich der Art und Weise der Versandung Anm. 158
 - e) Verletzung und Unmöglichkeit der Versandungspflicht Anm. 165
 - f) Der Eigentumsübergang bei Versandung der Ware Anm. 171
 - II. Die Gefahrtragung beim Kauf Anm. 176ff.
 - 1. Systematische Stellung der Gefahrtragungsregeln im Gesetz Anm. 177
 - 2. Der Gefahrübergang nach § 446 BGB Anm. 178
 - 3. Der Gefahrübergang nach § 447 BGB Anm. 182
 - a) Auslieferung an die Versandungsperson Anm. 183
 - b) Einfluß der Vertragswidrigkeit der Kaufsache auf den Gefahrübergang Anm. 184
 - c) Konzentration der Gattungsschuld und Gefahrübergang, insbesondere bei Sammelsendungen Anm. 185

A. Handelskauf — Rechtsgrundlagen und Auslegung

- d) Einfluß der Art und Weise sowie des Zeitpunkts der Versendung auf den Gefahrübergang Anm. 186
 - e) Versendung vom Erfüllungsort sowie von einem dritten Ort; der Verkauf rollender Ware Anm. 187
 - f) Transport durch eigene Leute des Verkäufers Anm. 188
 - g) Anwendbarkeit von § 447 BGB auf Versendung innerhalb desselben Ortes Anm. 189
 - h) Vertragliche Abänderungen; Einfluß kaufmännischer Klauseln, insbesondere franko, frei, frachtfrei; cif und fob Anm. 190
 - i) Der Gefahrbegriff des § 447 BGB Anm. 192
 - 4. Gefahrtragung beim Kauf in Bausch und Bogen Anm. 195
 - 5. Die Wirkungen des Gefahrübergangs Anm. 196 ff.
 - III. Die Pflichten des Verkäufers Anm. 200 ff.
 - 1. Die Preiszahlungspflicht Anm. 200
 - a) Zahlung des Käufers oder eines Dritten Anm. 200
 - b) Die Verzinsungspflicht Anm. 201
 - c) Vereinbarung der Vorauszahlung Anm. 202
 - d) Verrechnungsvereinbarung Anm. 203
 - e) Barzahlungsabrede Anm. 204
 - f) Zahlung durch Wechsel oder Scheck Anm. 205 ff.
 - g) Das Wechselremboursgeschäft Anm. 212 ff.
 - 2. Die Abnahmeverpflichtung Anm. 220 ff.
 - a) Der Begriff der Abnahme Anm. 221
 - b) Voraussetzungen der Abnahmepflicht Anm. 223
 - c) Zeit der Abnahme Anm. 227
 - d) Erfüllungsort für die Abnahme Anm. 228
 - e) Rechtsfolgen der Verletzung der Abnahmepflicht Anm. 229
 - IV. Die Zurverfügungstellung der Ware durch den Käufer Anm. 230 ff.
 - V. Die Kosten der Erfüllung Anm. 233
 - 1. Kosten der Übergabe Anm. 233
 - a) Kostenklauseln Anm. 233
 - b) Kosten im Überseeverkehr Anm. 234
 - 2. Kosten der Abnahme und Versendung Anm. 235
 - a) Die Kosten der Verpackung Anm. 235
 - b) Die Kosten des Transports Anm. 238
 - 3. Die Kosten der Rechtsübertragung Anm. 239
 - G. Das überseeische Abladegeschäft Anm. 240 ff.
 - I. 1. Begriff und Rechtsnatur Anm. 241 ff.
 - 2. Das unechte Abladegeschäft Anm. 242
 - 3. Abgrenzung zu anderen Verträgen Anm. 243
 - 4. Abladegeschäfte ohne Abladeklausel Anm. 244
 - 5. Das verlängerte Abladegeschäft Anm. 245
 - II. Anzuwendendes Recht (Rechtsgrundlagen) Anm. 246
 - III. Abgrenzung zum Wertpapierkauf Anm. 247
 - IV. Die Abladepflicht des Verkäufers Anm. 248 ff.
 - 1. Die Abladung Anm. 248
 - 2. Unmöglichkeit der Abladung Anm. 250
 - 3. Das (cif-)Abladegeschäft Anm. 251 ff.
 - a) cost Anm. 253
 - b) freight Anm. 254
 - c) insurance Anm. 255
 - d) Der Erfüllungsort Anm. 256
 - e) Voraussetzungen der Konzentration Anm. 258
 - f) Voraussetzungen des Gefahrübergangs Anm. 259
 - g) Die Verladeanzeige Anm. 261
 - h) Die Sammelladung Anm. 262
 - i) Der Verkauf schwimmender Ware Anm. 263
 - k) Rechtslage bei Durchkonossement Anm. 265
 - 4. Das Kostfrachtgeschäft Anm. 266
 - 5. Die Abladezeit Anm. 267
 - V. Die Andienung der Dokumente Anm. 269 ff.
 - 1. Erfüllungsort für die Andienung Anm. 270
 - 2. Übernahme- oder Bordkonossement Anm. 271
 - 3. Rechtzeitigkeit der Andienung Anm. 272
 - 4. Anspruch des Käufers auf reines Konossement Anm. 273
 - 5. Teilkonossement, Konossementsteilscheine, Kaiteilscheine, Delivery Order Anm. 274
 - 6. Die Transportversicherungspolice Anm. 275
 - 7. Die Vorlegung der Faktura Anm. 276
 - 8. Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers Anm. 277
 - VI. Das fob-Geschäft Anm. 278 ff.
 - VII. Das erweiterte fob-Ablade-Geschäft Anm. 281
 - VIII. Das „ex Schiff-“ oder „ab Kai-“Geschäft Anm. 282
 - IX. Die Klausel „Glückliche Ankunft vorbehalten“ Anm. 283
 - X. Überseekäufe ohne Basisklausel Anm. 284
 - XI. Die Zahlungspflicht des Käufers Anm. 285 ff.
 - 1. Zahlung gegen Dokumente Anm. 285
 - 2. Die Klausel „Kasse gegen Dokumente bei Ankunft des Dampfers“, insbesondere das Untersuchungsrecht des Käufers Anm. 286
 - 3. Einwendungen des Käufers gegen die Zahlungspflicht Anm. 288
- H. Das Verhältnis der Verkäufer- und Käuferpflichten zueinander; Die Einrede des nicht-

Drittes Buch, Zweiter Abschnitt: Handelskauf

- erfüllten Vertrages; Folgen von Leistungsstörungen Anm. 289 ff.
- I. 1. Einleitung; der Kauf als gegenseitiger Vertrag; genetisches und funktionelles Synallagma Anm. 289
2. Haupt- und Nebenpflichten Anm. 290 ff.
- a) Bedeutung Anm. 290
- b) Abgrenzung Anm. 291
- c) Insbesondere die Abnahmepflicht Anm. 292
- d) Insbesondere der Abruf Anm. 293
- e) Verweigerung der Abnahme oder des Abrufs als Zahlungsverweigerung Anm. 294
- f) Nebenverpflichtung als Teil der Hauptverpflichtung Anm. 295
- II. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages Anm. 296 ff.
1. Einleitung; gesetzliche Ausgestaltung Anm. 296
2. Die Voraussetzungen des § 320 BGB im einzelnen Anm. 297 ff.
- a) Verpflichtung im Gegenseitigkeitsverhältnis Anm. 297
- b) Leistungswilligkeit des Einredeberechtigten Anm. 298
- c) Die Einrede bei Zession, Verjährung sowie beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger oder Schuldner Anm. 299
- d) Verhältnis zum Sachmängelrecht Anm. 300
3. Geltendmachung und Wirkungen der Einrede des nichterfüllten Vertrages Anm. 301
- a) Hinderung des Verzugesintritts Anm. 301
- b) Die Einrede im Prozeß Anm. 302
4. Der Umfang der Einrede des nichterfüllten Vertrages Anm. 304
5. Auswirkungen einer Vorleistungspflicht auf die Einrede Anm. 305
- a) Rechtslage bei Vorleistungspflicht des klagenden Vertragsteils Anm. 306
- b) Rechtslage bei Vorleistungspflicht des beklagten Vertragsteils Anm. 307
- c) Vorleistungsklauseln Anm. 308
- III. Der Schuldnerverzug Anm. 309 ff.
1. Einleitung Anm. 309
2. Eigene Vertragstreue als Bedingung für die Geltendmachung der Rechte aus § 326 BGB Anm. 311
3. Das dreifache Wahlrecht des nichtsäumigen Teils Anm. 312
4. Die Verzugsvoraussetzungen im einzelnen Anm. 313
- a) Das Ausbleiben der fälligen Leistung Anm. 313
- aa) Das Unterlassen der Leistung Anm. 313
- bb) Fälligkeit und Wirksamkeit des Anspruchs Anm. 321
- b) Die Mahnung Anm. 328
- aa) Rechtsnatur und Folgen Anm. 328
- bb) Anforderungen an die Mahnung Anm. 329
- cc) Überflüssigkeit der Mahnung Anm. 333
- c) Vertretenmüssen Anm. 337
- aa) Auf seiten des Käufers Anm. 337
- bb) Auf seiten des Verkäufers Anm. 338
- cc) Unrichtige Rechtsauffassung Anm. 339
5. Die Beweislast Anm. 340
6. Folgen des Verzugs Anm. 341 ff.
- a) Das Recht auf Vertragserfüllung nebst Ersatz des Verspätungsschadens Anm. 342
- aa) Das Recht auf Vertragserfüllung Anm. 343
- bb) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung Anm. 344
- b) Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung Anm. 350 ff.
- aa) Allgemein sowie der Anspruch des Verkäufers Anm. 350 ff.
- bb) Der Anspruch des Käufers Anm. 365 ff.
- c) Das Rücktrittsrecht Anm. 384 ff.
- aa) Die Rücktrittserklärung Anm. 384
- bb) Wirkung der Rücktrittserklärung Anm. 387
- cc) Die Unmöglichkeit der Rückgewähr Anm. 392
- dd) Verlust des Rücktrittsrechts durch Fristablauf, Verzicht, Verwirkung u. ä. Anm. 393
- ee) Ausschluß des Rücktrittsrechts nach § 454 BGB Anm. 394
7. Die Ausübung des Wahlrechts zwischen Erfüllung und den Rechten aus § 326 BGB in beiden Verzugsfällen, nämlich bei Verzug des Käufers und des Verkäufers Anm. 396 ff.
- a) Ziel des Wahlrechts Anm. 396
- b) Nachfrist und Ablehnungsandrohung Anm. 397
- aa) Die Form der Erklärung Anm. 398
- bb) Unwiderruflichkeit der Erklärung Anm. 399
- cc) Inhalt der Erklärung Anm. 400
- dd) Zeitpunkt der Erklärung Anm. 409
8. Heilung des Verzuges, insbesondere nachträgliche Erfüllung während der Nachfrist Anm. 410
9. Eintritt der Unmöglichkeit während des Fristablaufs Anm. 411
10. Die Wirkungen des fruchtlosen Ablaufs der Nachfrist Anm. 412
- a) Erlöschens des Erfüllungsanspruchs auf beiden Seiten; Befugnis zur Wahl zwischen den Rechten aus § 326 BGB Anm. 412
- b) Verhältnis der beiden Rechte aus § 326 BGB zueinander; Übergang von einem zum anderen Anm. 414

A. Handelskauf — Rechtsgrundlagen und Auslegung

- c) Rechtslage bei unzulässiger Ausübung des Wahlrechts Anm. 415
- d) Nachträglicher Fortfall der Wirkungen des fruchtlosen Fristablaufs Anm. 417
- 11. Entbehrlichkeit von Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung Anm. 418ff.
 - a) Die Erfüllungsweigerung Anm. 418
 - b) Der Fortfall des Interesses Anm. 424
 - aa) Fortfall des Interesses am Leistungsaustausch Anm. 424
 - bb) Adäquat ursächlicher Zusammenhang zwischen Verzug und Interessefortfall Anm. 425
 - cc) Die Wirkung des Wegfalls des Interesses Anm. 426
 - c) Verzicht durch vertragliche Vereinbarungen sowie sonstige vertragliche Abänderungen der Verzugsfolgen Anm. 428
- 12. Besonderheiten, falls der Säumige schon teilweise erfüllt hat, insbesondere bei Sukzessivlieferungsgeschäften Anm. 430ff.
 - a) Die Regelung des § 326 Abs. 1 S. 3 BGB Anm. 430
 - b) Besonderheiten bei Sukzessivlieferungsverträgen Anm. 435
- IV. Der Verzug des Schuldners nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung Anm. 454
 - 1. Der Anwendungsbereich des § 283 BGB Anm. 455
 - 2. Die Voraussetzungen des § 283 BGB Anm. 456
 - a) Verurteilung zur Leistung durch rechtskräftiges Urteil Anm. 456
 - b) Fristsetzung und Ablehnungsandrohung Anm. 458
 - 3. Die Rechtsfolgen der §§ 283, 325 Abs. 2 BGB Anm. 459
 - a) Rechtslage, als ob Schuldnerleistung dauernd unmöglich Anm. 459
 - b) Rechtslage, als ob die unterstellte Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten wäre Anm. 460
 - 4. Die Rechtslage bei teilweisem Ausbleiben der Leistung Anm. 462
- V. Unmöglichkeit und Unvermögen. Überblick Anm. 463ff.
 - 1. Begriffe Anm. 464
 - a) Die objektive Unmöglichkeit Anm. 465
 - aa) Allgemeines; logische, tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit Anm. 465
 - bb) Insbesondere die rechtliche Unmöglichkeit; öffentlich-rechtliche Verbote und Genehmigungsvorbehalte Anm. 467
 - b) Das Unvermögen Anm. 469
 - c) Dauernde und vorübergehende (subjektive oder objektive) Unmöglichkeit Anm. 470
 - 2. Die Rechtsfolgen von Unvermögen und Unmöglichkeit Anm. 471
 - a) Die anfängliche (ursprüngliche) Unmöglichkeit; die Regelung des § 306 BGB Anm. 471
 - aa) Der für die Abgrenzung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit maßgebende Zeitpunkt Anm. 471
 - bb) Ausnahmen vom Grundsatz des § 306 BGB; die Vorschriften der §§ 307, 308 BGB Anm. 472
 - b) Das ursprüngliche Unvermögen Anm. 473
 - c) Die Wirkungen nachträglicher (objektiver oder subjektiver) Unmöglichkeit der Verkäuferleistung Anm. 475
 - aa) Die Unmöglichkeit / das Unvermögen ist von keiner Vertragspartei zu vertreten Anm. 475
 - bb) Die Unmöglichkeit / das Unvermögen ist vom Käufer zu vertreten Anm. 477
 - cc) Die Unmöglichkeit / das Unvermögen ist vom Verkäufer zu vertreten Anm. 478
 - dd) Die Unmöglichkeit / das Unvermögen ist von beiden Vertragspartnern zu vertreten Anm. 480
 - 3. Die Verteilung der Beweislast Anm. 481
- VI. Die positive Vertragsverletzung (schuldhaftes Vertragsverletzung) Anm. 482ff.
 - 1. Einleitung; Begründungsversuche Anm. 482
 - 2. Fallgruppen Anm. 484
 - a) Allgemeines Anm. 484
 - b) Die schuldhaftes Schlechterfüllung Anm. 485
 - aa) Beispielfälle Anm. 485
 - bb) Verhältnis zu Verzug und Unmöglichkeit sowie den Gewährleistungsvorschriften Anm. 486
 - cc) Schlechterfüllung von Nebenleistungspflichten Anm. 486
 - c) Verletzung sonstiger Verhaltenspflichten Anm. 487
 - aa) Der betroffene Pflichtenkreis im allgemeinen; Terminologisches Anm. 487
 - bb) Schuldhaft treuwidrige Verstöße gegen das Mitwirkungsgebot und das Sabotageverbot Anm. 488ff.
 - cc) Schädigungen des Vertragspartners unabhängig von der Vertragserfüllung; Schutzpflichten im engeren Sinne Anm. 497
 - dd) Verstoß gegen Anzeige-, Aufklärungs- und Beratungspflichten Anm. 498ff.
 - 3. Die Rechtsfolgen der positiven Vertragsverletzung Anm. 502ff.
 - a) Überblick Anm. 502

Drittes Buch, Zweiter Abschnitt: Handelskauf

- b) Schadensersatz wegen Vertragsverletzung Anm. 503
 - aa) Allgemeines Anm. 503
 - bb) Verhältnis des Anspruchs zu sonstigen vertraglichen Ansprüchen, insbesondere zu den Gewährleistungsvorschriften Anm. 504
 - cc) Verjährung des Anspruchs Anm. 505
 - c) Schadensersatz wegen Nichterfüllung sowie Rücktritt vom Vertrag Anm. 506
 - aa) Unzumutbarkeit bzw. Gefährdung des Vertragszwecks als zusätzliche Voraussetzung für die Ausübung dieser Rechte Anm. 506
 - bb) Das Verbot des Nachschiebens von Gründen Anm. 509
 - cc) Eigene Vertragstreue als Voraussetzung für Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung Anm. 510
 - dd) Die Form der Ausübung dieser Rechte Anm. 511
4. Die positive Vertragsverletzung beim Sukzessivlieferungsvertrag Anm. 513
5. Die Verteilung der Beweislast bei der positiven Vertragsverletzung Anm. 518

Inhaltsübersicht (alphabetisch)

Abänderungen, vertragliche der Verzugsfolgen		Differenztheorie	Anm. 351
	Anm. 428	Diskontgeschäft	Anm. 23
Abladegeschäft	Anm. 240 ff.	Dispositionspapiere	Anm. 141
—, unechtes	Anm. 242	Dokumente gegen Akzept	Anm. 213
—, verlängertes	Anm. 241, 245	Drittabladung	Anm. 249, 282
Abladeklausel	Anm. 244	Durchkonnossement	Anm. 265
Abladezeit	Anm. 267		
Abladung	Anm. 248 f.	Eigentumsübergang beim Versendungskauf	Anm. 171
Ablehnungsandrohung	Anm. 397, 405 ff., 511		
Ablieferung	Anm. 142	Eigentumsverschaffungspflicht	Anm. 144 ff.
Abnahmepflicht	Anm. 221	Eigentumsvorbehalt, Kauf unter	Anm. 74 ff.
—, als Hauptpflicht	Anm. 292, 424	—, nachträglicher	Anm. 79
—, bei mangelhafter Ware	Anm. 224	—, verlängerter	Anm. 87
—, Klage auf	Anm. 224, 228	Einrede des nichterfüllten Vertrages	Anm. 296 ff.
Abnahmeverzug	Anm. 316	Entlastungsbeweis des Schuldners	Anm. 460
Abruf	Anm. 222	Erfüllung	Anm. 417
—, als Hauptpflicht	Anm. 293	Erfüllungsanspruch beim Verzug	Anm. 342 ff.
abstrakter Schaden des Käufers	Anm. 368 ff.	—, bei positiver Vertragsverletzung	Anm. 502
— des Verkäufers	Anm. 356 ff.	Erfüllungsgehilfe	Anm. 169
Abwicklungsverhältnis	Anm. 387, 414, 510	Erfüllungsort beim Versendungskauf	Anm. 154 f.
Akontozahlung	Anm. 200	—, für die Abladepflicht	Anm. 256
Akkreditiv	Anm. 214	—, für die Abnahmepflicht	Anm. 228
Allgemeine Geschäftsbedingungen	Anm. 2	Erfüllungsweigerung	Anm. 333, 373, 410, 418 f., 491, 514
Angebot mangelhafter Ware	Anm. 410		
Ankunftsvertrag	Anm. 282	Erlöschen des Erfüllungsanspruchs bei fruchtlosem Nachfristablauf	Anm. 412
Annahmeverzug	Anm. 180		
Anwartschaftsrecht	Anm. 80		
Anzeigepflichten	Anm. 498 f.	Falschberatung	Anm. 501
Arbitrageklausel	Anm. 5, 49 f.	Fälligkeit	Anm. 420 ff.
Aufklärungspflichten	Anm. 498 f.	—, des Kaufpreises	Anm. 322 f.
Auskunftspflicht	Anm. 152	—, der Verkäuferleistung	Anm. 327
Austauschtheorie	Anm. 352	Fixcharakter der Abladepflicht	Anm. 368
		Fob-Geschäft	Anm. 278
Barzahlung	Anm. 204	—, unechtes	Anm. 280
Beratungspflichten	Anm. 498	Franko-Klausel	Anm. 190, 233
Beschaffungsschulden, Verantwortlichkeit des Verkäufers bei	Anm. 479	Freizeichnungsklauseln	Anm. 453
Bestechung als positive Vertragsverletzung	Anm. 495	Fristsetzung	Anm. 393, 458
Beweislast			
—, beim Abladegeschäft	Anm. 288	Gattungskauf	Anm. 102 ff.
—, beim Kauf auf Probe	Anm. 138	Gattungsschuld, beschränkte	Anm. 102
—, beim Kauf nach Probe	Anm. 119	Gefahrbeginn des § 446 BGB	Anm. 181
—, bei positiver Vertragsverletzung	Anm. 518	—, des § 447 BGB	Anm. 192
—, beim Schuldnerverzug	Anm. 340	Gefahrtragung beim Abladegeschäft	Anm. 256 f.
—, bei Unmöglichkeit	Anm. 481	—, beim Kauf allgemein	Anm. 176 ff.
Börsenpreis	Anm. 55	—, beim Kauf in Bausch und Bogen	Anm. 195
		—, für Verpackungsmaterial	Anm. 235
c/f-Geschäft	Anm. 266	Gefahrübergang beim Abladegeschäft	Anm. 256, 259
oif-Klausel	Anm. 252 ff.	—, beim Kauf auf Probe	Anm. 137
		—, beim Versendungskauf	Anm. 164, 186, 196
Deckungskauf	Anm. 378 ff.	Gefährdung des Vertragszwecks	Anm. 506
Deckungspflicht des Käufers	Anm. 371	Geltendmachung des Nichterfüllungsschadens	Anm. 364
Deckungsverkauf	Anm. 360 ff.		
Delivery-Order	Anm. 274	Genehmigungsvorbehalte	Anm. 467
Devisenkauf	Anm. 24.	Gewährleistungsansprüche	Anm. 486

Drittes Buch, Zweiter Abschnitt: Handelskauf

Haftung des Fabrikanten beim beschränkten Gattungskauf	Anm. 107	Originalpreis	Anm. 58
Handelsbrauch	Anm. 2	Positive Vertragsverletzung	
Handelsgeschäft	Anm. 16	Anm. 168, 333, 415 f., 419 f., 482 ff.	
Hauptpflichten	Anm. 290	Preisänderungsklausel	Anm. 59
Incoterms	Anm. 8	Probemäßigkeit	Anm. 114 ff.
Interessefortfall	Anm. 424 ff.	Prompt-Klausel	Anm. 244
Kaiteilschein	Anm. 274	Rechtsauffassung, unrichtige	Anm. 339
Kalkulationsirrtum	Anm. 62	Rückgewähr, Unmöglichkeit der	Anm. 392
Kasse gegen Dokumente	Anm. 286 f.	Rücktritt	Anm. 384 ff.
Kauf eigener Sachen	Anm. 151	—, bei positiver Vertragsverletzung	Anm. 502
Kauf unter Eigentumsvorbehalt	Anm. 74 ff.	—, beim Schuldnerverzug	Anm. 312
Konkreter Schaden des Verkäufers	Anm. 359 ff.	—, Verhältnis zum Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung	Anm. 414
—, des Käufers	Anm. 375 ff.	Rücktrittserklärung	Anm. 384 ff.
Konnossementsteilschein	Anm. 274	Rückerstattungspflicht	Anm. 388
Kontokorrentvorbehalt	Anm. 83	Rücktrittsrecht bei Teilerfüllung	Anm. 433
Konzentration der Gattungsschuld	Anm. 109 ff.	Sabotageverbot	Anm. 488
Konzentration der Gattungsschuld und Gefahrübergang beim Versendungskauf, insbesondere bei Sammelsendungen	Anm. 185	Sacheinlage	Anm. 18
Konzentration, Voraussetzungen der beim überseeischen Abladegeschäft	Anm. 258	Sammelsendung	Anm. 185
dito beim Ankunftsvertrag	Anm. 282	Sammelladung	Anm. 262
Kosten		Schadensberechnung des Käufers	Anm. 367 ff.
— der Abnahme	Anm. 235	—, des Verkäufers	Anm. 355 ff.
— der Erfüllung	Anm. 233	Schadensersatzansprüche trotz Rücktritts	Anm. 391
— der Rechtsübertragung	Anm. 239	Schadensersatz wegen Nichterfüllung	Anm. 350 ff.
— des Transports	Anm. 238	—, Abgrenzung zum Verspätungsschaden	Anm. 312
— der Verpackung	Anm. 235	—, bei positiver Vertragsverletzung	Anm. 502, 505
— der Versendung	Anm. 235	—, Verhältnis zum Rücktrittsrecht	Anm. 414.
— im Überseeverkehr	Anm. 234	Schadensersatz wegen Vertragsverletzung	Anm. 502 ff.
— der Übergabe	Anm. 233	Schadensersatz wegen verspäteter Leistung	
— der Mahnung	Anm. 345	a. Verspätungsschaden	
Kreditkauf	Anm. 265 ff.	Schadensersatztheorien	Anm. 350 ff.
Kreditunwürdigkeit des Käufers	Anm. 66 ff.	Schiedsgericht	Anm. 5
Ladenpreis	Anm. 53	Schiedsgutachter	Anm. 45 ff.
Leistung unter Vorbehalt	Anm. 410	Schlechterfüllung, schuldhafte	Anm. 168, 485 f.
Leistungsurteil	Anm. 456	Schuldnerverzug	Anm. 284 ff., 293, 309 ff.
Leistungsverweigerungsrecht	Anm. 410	Schutzpflichten im engeren Sinne	Anm. 497
Leistungsverzug	Anm. 310	Schweigepflichten	Anm. 494
Leistungswilligkeit	Anm. 298	Schwimmende Ware	Anm. 263
Lieferung freibleibend	Anm. 162	Seetransport, Gefahr des	Anm. 242
Lieferverzug	Anm. 317	Selbstbelieferung, rechtzeitige	Anm. 108
Mahnung	Anm. 328 ff.	Selbstkostenpreis	Anm. 58
—, Kosten der	Anm. 345	Sorgfaltspflichten	Anm. 487
—, Entbehrlichkeit der	Anm. 333 ff.	Stromlieferungsvertrag	Anm. 34 ff.
Mangelschaden und Mangelfolgeschaden	Anm. 486	Stundung	Anm. 394 f.
Mangelhafte Gattungssache	Anm. 300	Stundungsabrede	Anm. 207
Mängelrüge	Anm. 230	Substitutionsklausel	Anm. 267
Marktpreis	Anm. 55, 368 ff.	Sukzessivlieferungsvertrag	Anm. 435 ff.
Mitwirkungsgebot	Anm. 483 f.	—, Abnahmepflicht beim	Anm. 443
Nachfrist	Anm. 397 ff., 427, 511	—, abstrakte Schadensrechnung des Käufers beim	Anm. 448
—, Angemessenheit der	Anm. 402	—, Erfüllungsanspruch beim	Anm. 439
Nachschieben von Gründen	Anm. 509	—, Erfüllungsverzug beim	Anm. 436, 444
Naturalherstellung	Anm. 366	—, Interessefortfall beim	Anm. 440
Neben(leistungs)pflichten	Anm. 290 ff., 486	—, Nachfristsetzung beim	Anm. 437
Netto Kasse	Anm. 172	—, positive Vertragsverletzung beim	Anm. 513
Nichtigkeit	Anm. 471	Surrogationsprinzip	Anm. 476
		Surrogationstheorie	Anm. 352
		Synallagma	Anm. 289

A. Handelskauf — Rechtsgrundlagen und Auslegung

Tagespreis	Anm. 54	Verpackungsmaterial	Anm. 235
Trade Terms	Anm. 6, 7	Verrechnungsvereinbarung	Anm. 203
Transportgefahr	Anm. 192f., 256	Versendungskauf	Anm. 155 ff.
Transportkosten	Anm. 238	—, Eigentumsübergang beim	Anm. 172
Transportperson	Anm. 173, 182 ff.	—, Erfüllungsort beim	Anm. 155
Transportversicherung	Anm. 163	—, Gefahrübergang beim	Anm. 155, 182
Transportversicherungspolice	Anm. 275	Versendungspflicht	Anm. 154 ff.
Teilerfüllung	Anm. 417, 430 ff.	Verspätungsschaden	Anm. 312, 314, 342 ff., 347 ff., 417
Teilleistungen	Anm. 320	Vertragspflichten, nachwirkende	Anm. 496
Teilverzug	Anm. 462	Vertragsstrafe	Anm. 376
Übergabe	Anm. 141, 143	Vertragstreue, eigene	Anm. 311, 412, 428, 510
Überseekauf	Anm. 4, 240 ff.	Vertragsvorbereitung, schleppende	Anm. 490
Umtauschabrede	Anm. 129	Vertrauensbasis, Zerstörung der	Anm. 492
Unmöglichkeit	Anm. 463 ff.	Verzinsungspflicht	Anm. 201, 388
—, der Abladung	Anm. 250	Vertretenmüssen	
—, anfängliche	Anm. 471	—, der Unmöglichkeit/des Unvermögens	Anm. 104, 106, 475 ff.
—, dauernde	Anm. 470	—, der Verzögerung	Anm. 337 f.
—, beim Gattungskauf	Anm. 104, 106, 479	Verzug	Anm. 309 ff.
—, logische	Anm. 465	—, mit der Abnahme	Anm. 316
—, während der Nachfrist	Anm. 411	—, Heilung des	Anm. 410
—, nachträgliche	Anm. 475	—, bei Teilleistungen	Anm. 320
—, Nachweis der	Anm. 457	—, beim Sukzessivlieferungsvertrag	Anm. 436, 444
—, objektive	Anm. 465	— und Sachmängelrecht	Anm. 318
—, Prozessuales bei der	Anm. 478	—, beim Versendungskauf	Anm. 319
—, rechtliche	Anm. 465, 467	s. auch Schuldnerverzug	
—, Vertretenmüssen der	Anm. 475 ff.	Vorauszahlung	Anm. 202
—, wirtschaftliche	Anm. 105	Vorleistungspflicht	Anm. 68, 305
—, zufällige	Anm. 177, 181	Wahlrecht	Anm. 312, 396, 412 ff.
Unterlassungspflichten	Anm. 494	—, des Konkursverwalters	Anm. 90, 92
Unternehmenskauf	Anm. 20	—, unzulässige Ausübung des	Anm. 415
Untersuchungspflicht	Anm. 277	Waren als Gegenstand des Handelskaufs	Anm. 17
Untersuchungsrecht	Anm. 131	Wechsel, Zahlung durch	Anm. 205 ff.
Unvermögen	Anm. 469	Wechselreimboursgeschäft	Anm. 212 ff.
—, ursprüngliches	Anm. 473	Werklieferungsvertrag	Anm. 31 ff.
—, Haftung für beim Gattungskauf	Anm. 104	Wertpapiere, als Gegenstand des Handelskaufs	Anm. 17
—, Vertretenmüssen	Anm. 475 ff.	—, s. auch Devisen	
Usancen	Anm. 2	Wertsicherungsklauseln	Anm. 61
Verbandsrecht	Anm. 4	Zahlungsklauseln	Anm. 202
Vereitelung von Vertragszielen	Anm. 493	Zahlungspflicht des Käufers	Anm. 200 ff.
Verfallklausel	Anm. 428, 453	Zahlungsverzug	Anm. 313, 315
Verhaltenspflichten, sonstige	Anm. 487	Zahlung unter Vorbehalt	Anm. 314
Verjährung von Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung	Anm. 505	Zahlungsweigerung	Anm. 294
Verkäuflichkeit, Vermutung der bei abstrakter Schadensberechnung	Anm. 370	Zurückbehaltungsrecht	Anm. 303, 321
Verkäuflichkeitswert	Anm. 370, 372	Zurverfügungstellung der Ware	Anm. 230 ff.
Verladeanzeige	Anm. 261	Zwischenspediteur	Anm. 197
Verpackungsmängel	Anm. 256		

Vor Anm. 1

Schrifttum: Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse* (15. Aufl. 1958) §§ 101 ff. über den Kauf nach bürgerlichem Recht; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I Allgemeiner Teil* (9. Aufl. 1968), Bd. II Besonderer Teil (9. Aufl. 1968); P. Oertmann, *Der gewöhnliche Handelskauf*, Ehrenberg Hdb IV Abt. 2; Schubert, *Deutsches Kaufrecht*, Berlin 1937; Ballerstedt, *Zur Lehre vom Gattungskauf*, *Festschr. f. Nipperdey* (1954, S. 261 ff.); Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (1948); v. Caemmerer, *Falschlieferung*, *Festschr. f. M. Wolff* (1952, S. 1 ff.); H. Grimm, *Der Einfuhrhandel* (3. Aufl. 1958); Mathies-Grimm-Sieveling, *Die Geschäftsbedin-*

gungen des Waren-Vereins der Hamburger Börse e. V. (3. Aufl. 1967); Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I (1957 u. Bd. II 1958); derselbe, Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, Ztschr. f. ausl. u. int. PrivatR — ZAIP — 1935, 1, 339 (auch als Sonderdruck erschienen). Vgl. ferner das unten zum Abladegeschäft angeführte Schrifttum.

A. Rechtsgrundlagen des Handelskaufs und ihre Auslegung

Anm. 1 I. Die Rechtsgrundlagen des Handelskaufs finden sich nur zum geringeren Teil im HGB. Die im ADHGB enthalten gewesene ausführlichere Regelung hatte sich derart bewährt, daß eine Reihe der Vorschriften dieses Gesetzes in das BGB übernommen und damit auf den ganzen Rechtsverkehr ausgedehnt worden sind. Die Regelung des HGB ist daher nur noch ein Torso. Die gesetzlichen Grundlagen finden sich heute fast durchweg im BGB. Die §§ 373—382 HGB enthalten nur einige wenige Sondervorschriften, die stets vor dem Hintergrund des allgemeinen Kaufrechts des BGB gesehen werden müssen.

Anm. 2 II. Auch die aus BGB und HGB insgesamt sich ergebende gesetzliche Regelung des Handelskaufs stellt nur einen Ausschnitt aus der Rechtswirklichkeit dar. Die Praxis des Handelskaufs ist entscheidend geprägt durch Handelsbrauch und Allgemeine Geschäftsbedingungen.

1) Die Berücksichtigung des **Handelsbrauchs**, d. h. der kaufmännischen Verkehrssitte, ist bereits durch § 346 HGB vorgeschrieben. Über Entstehung, Feststellung und Wesen des Handelsbrauchs sowie über die strittige Frage des Vorrangs von Handelsbräuchen vor nachgiebigem Gesetzesrecht vgl. ausführlich die Komm. zu § 346 HGB.

2) Den tiefsten Einbruch in das System der gesetzlichen Regelungen des Handelskaufs hat die Verwendung **allgemeiner Geschäfts- und Lieferungsbedingungen** (AGB) verursacht. Die Praxis des Handelskaufs wird heute weitgehend durch AGB bestimmt. Maßgebliche Motive für die Aufstellung von AGB sind vor allem das Rationalisierungsbedürfnis bei der Abwicklung gleichförmiger Massengeschäfte, die Anpassung der gesetzlichen Vertragstypen an die besonderen Verhältnisse der einzelnen Wirtschaftszweige sowie die Verstärkung der eigenen Stellung durch Risikoabwälzung auf den anderen Vertragspartner und schließlich auch einfach die nicht zu unterschätzende Sogwirkung eines modischen Trends zur Aufstellung eigener Geschäftsbedingungen. Zu diesem Fragenkreis und insbesondere auch zu dem Problem, auf welche Weise AGB Vertragsbestandteil werden, vgl. Anm. 168 ff. zu § 346 HGB.

In die Kategorie der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gehört auch das sogenannte **Verbandsrecht**. Es handelt sich dabei um Regeln, die von den Fachverbänden der verschiedenen Branchen (insbesondere des Großhandels) teils nur mit Geltungswillen für ihre Mitglieder aufgestellt worden sind, teils aber auch im Handelsverkehr der Mitglieder mit außenstehenden Dritten zugrunde gelegt werden.

Als **Usancen** (im engeren Sinne) bezeichnet man die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der verschiedenen Waren- oder Produktenbörsen, auf deren Basis der Importeur seine Ware nicht nur bezieht, sondern auch an den ausländischen Abnehmer oder Verarbeiter weiterliefert; vgl. für Hamburg die Sammlung von Geschäftsbedingungen, Schiedsgerichtsbestimmungen usw. des Warenhandels in Straatmann-Zinkeisen, Hamburgisches Börsenhandbuch (12. Aufl. 1969). Vielfach geben diese Usancen bestehende Handelsbräuche wieder oder entwickeln sich infolge durchgängiger einheitlicher Befolgung ihrerseits zu Handelsbräuchen. Im übrigen sind die Usancen jedoch kein Handelsbrauch (ebenso Schlegelberger-Hefermehl Rdnr. 3 zu § 346; Baumbach-Duden § 346 Anm. 1 A.). Dies bedarf deshalb der Hervorhebung, weil heute der Begriff der Usance vielfach ganz allgemein als gleichbedeutend mit Handelsbrauch verwendet wird, so daß die Bezeichnung als Usance den rechtlichen Charakter einer Bestimmung nicht mehr erkennen läßt.

Für Hamburg hat die Handelskammer am 30. April 1904 (Amtsblatt S. 631) die sogenannten Platzusancen für den Hamburgischen Warenhandel (geändert 1927, Amtlicher Anzeiger vom 19. Oktober 1927 Nr. 253) veröffentlicht, um diesen Geschäftsbedingungen die weiteste Verbreitung zu geben, womit die Empfehlung verbunden wurde, diese Bedingungen bei Abschlüssen regelmäßig zugrunde zu legen. Sie beschränken sich

auf Vertragsabschlüsse zwischen Hamburger Firmen, können aber kraft stillschweigender Unterwerfung auch für einen Geschäftspartner außerhalb Hamburgs verbindlich werden, OLG Hamburg in MDR 1951, 28. Abweichende Geschäftsbedingungen der Branchenverbände haben ihnen gegenüber den Vorrang. Daß diese Bedingungen als örtlicher Handelsbrauch im Sinne des § 346 verbindlich sind, wird bejaht vom RG in HansGZ. 1927 Hauptblatt Nr. 14; vgl. auch OLG Hamburg in MDR 1947, 133; 1951, 28; OGH in NJW 1951, 111; andererseits OLG Hamburg in HansGZ. 1906 Nr. 146 und in HansRGZ. 1928 B Nr. 299. Zur Klausel „Hamburger freundschaftliche Arbitrage und Schiedsgericht“ s. unten Anm. 50.

III. Der Inhalt eines konkreten Kaufgeschäfts bestimmt sich demnach in erster Linie nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, soweit nicht zwingende, unabdingbare gesetzliche Bestimmungen eingreifen; in zweiter Linie gelten die Geschäftsbedingungen des Branchenverbandes, denen sich die Vertragsschließenden unterwerfen sowie nach § 346 die Usancen, die sich ergänzend in der betreffenden Branche als allgemeiner Brauch entwickelt haben; in dritter Linie kommen etwaige, als Handelsbrauch bestehende Platzusancen zum Zuge und erst in vierter Linie sind die nachgiebigen gesetzlichen Bestimmungen maßgebend.

Anm. 3

IV. Die geschilderte Zurückdrängung des staatlichen Rechts zeigt sich im besonderen Maße beim Überseekauf (Abladegeschäft, Einfuhrhandel, Exporthandel), der dadurch gekennzeichnet ist, daß beim Kauf von über See zu versendenden Waren der Seetransport, insbesondere durch die Verschiffungspflicht, in den Kaufvertrag einbezogen ist. Hinsichtlich der einschlägigen Rechtsgrundlagen besteht folgende Situation.

Anm. 4

Das staatliche Recht (die inländische oder ausländische Rechtsordnung) wird, soweit die Regelung dispositive obligatorische Rechtsbeziehungen zum Gegenstande hat, in weitgehendem Maße ausgeschaltet. Es kommt zum Zuge, soweit es zwingend ist, so z. B. etwaige Formvorschriften oder in der Frage des Eigentumsübergangs oder sonstiger dinglicher Verfügungen, als dispositives Recht dagegen nur, soweit die rechtsgeschäftliche Regelung zusammen mit ihrer Ergänzung durch einschlägigen Handelsbrauch (Welthandelsbrauch) nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Parteiwillen Raum beläßt. Im übrigen erfolgt die Regelung des Überseekaufs durch Vertragsklauseln, durch Firmenformulare und durch Verbandsrecht; letzteres beherrscht insbesondere den Massengüterhandel (vgl. die Zusammenstellung in Straatmann-Zinkeisen, Börsenhandbuch a. a. O.). Welcher Geschäftspartner oder Verband im internationalen Geschäftsverkehr seine Bedingungen durchzusetzen vermag, ist eine Angelegenheit des wirtschaftlichen Konkurrenz- und Machtkampfes. Zum überseeischen Abladegeschäft vgl. unten Anm. 240ff.; Großmann-Doerth, Das Recht des Überseekaufs (1930).

V. Im Bereich des Handels, namentlich des internationalen Handels, werden auch die staatlichen Gerichte weitgehend ausgeschaltet. Diese Ausschaltung und damit zugleich die Fortbildung des selbstgeschaffenen Rechts des Handelsverkehrs, im besonderen des Überseehandels, durch die beteiligte Kaufmannschaft wird durch die regelmäßig vereinbarten Schiedsgerichts- und Arbitrage-Klauseln bewirkt (vgl. Schottelius, Die kaufmännische Schiedsgerichtsbarkeit, Bremen 1953; Eisemann-Mezger-Schottelius, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen, 1958; Kohler, Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft, Berlin 1967; zur Klausel: „Hamburger freundschaftliche Arbitrage und Schiedsgericht“ s. unten Anm. 50; über Verbandsschiedsgerichte s. Grimm, a. a. O. S. 103. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hat eine eingehende Regelung erfahren in dem Völkerbundsprotokoll (sog. Genfer Protokoll) über die Schiedsklauseln im Handelsverkehr vom 24. September 1923 (RGBl. 1925 II S. 47) und im Völkerbundsabkommen (sog. Genfer Abkommen) zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26. September 1927 (RGBl. 1930 II S. 1067, 1268), sowie in neuerer Zeit in dem UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (BGBl. 1961 II S. 122). Nach dem Inkrafttreten des UN-Übereinkommens gelten die Genfer Abkommen und das Genfer Protokoll noch im Verhältnis zu den Staaten, die dem neueren UN-Übereinkommen bisher nicht beigetreten sind; wegen der jeweils neuesten Liste der beigetretenen Staaten s. Baumbach-Lauterbach Einl. IV 2 D. Mit Wirkung vom 25. Januar 1965 ist für die Bundesrepublik ferner das Europäische Übereinkommen

Anm. 5

über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961 (BGBl. 1964 II S. 427) in Kraft getreten (Bekanntmachung vom 21. Januar 1965, BGBl. 1965 II S. 107); dazu näher Baumbach-Lauterbach a. a. O. sowie Kaiser, Das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, Zürich 1967. Eine Liste der Vertragsstaaten der beiden letztgenannten Abkommen nach dem Stand vom 1. April 1968 findet sich im Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 1968 S. 235.

Anm. 6 VI. **Trade Terms** und **Incoterms**. Angewiesen auf Klarheit und Kürze des Ausdrucks verwendet der Kaufhandel von jeher kurze, häufig nur in der Abkürzung gebrauchte Vertragsformeln. Trotz weltweiter Verbreitung haben sich in den einzelnen Ländern abweichende Auffassungen über Inhalt und Bedeutung dieser Klauseln herausgebildet, was bei internationalen Kaufabschlüssen nicht selten zu Mißverständnissen und Streitigkeiten geführt hat. Daraus hat sich schon frühzeitig ein Bedürfnis nach Vereinheitlichung der Auslegung der handelsüblichen Vertragsklauseln oder doch mindestens nach umfassender schneller Information über die verschiedenen Bedeutungsinhalte in den einzelnen Ländern ergeben.

Anm. 7 1) Dem Informationsbedürfnis soll ein erstmals 1923 erschienenes Handbuch der Internationalen Handelskammer „**Trade Terms, Handelsübliche Vertragsformeln**“ Rechnung tragen. Die neueste, 1955 als Dok. Nr. 16 der IHK erschienene Ausgabe enthält in Form synoptischer mit Anmerkungen versehener Tabellen die Auslegung der allgemein gebräuchlichen Trade Terms Ab Werk, Frei (franko) Waggon, Frei (franko) Bestimmungsort, F. A. S., F. O. B., C. & F., C. I. F., Frachtfrei, Ab Schiff (Ex Ship), Ab Kai in folgenden 18 Ländern: Ägypten, Australien, Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Italien, Jugoslawien, Kanada, Marokko, Niederlande, Norwegen, Österreich, Schweden, Schweiz, Südafrika, Vereinigte Staaten von Amerika, Vereinigtes Königreich. In der Einleitung zu dem Handbuch heißt es auf S. 7: „Bei einem Vergleich der einzelnen Auslegungen zeigen sich bei einer Reihe wichtiger Einzelheiten wesentliche Unterschiede. Ein Ein- oder Ausfuhrhändler, der beim Nachschlagen dieses Handbuchs feststellt, daß eine bestimmte Formel im Lande der anderen Vertragspartei oder im Bestimmungslande anders ausgelegt wird, sollte zur Vermeidung von Mißverständnissen die Rechte und Pflichten der Parteien sorgfältig im Verträge regeln.“ Zu den Trade Terms vgl. ferner Beyer, Recht der Internationalen Wirtschaft 54, 20; Eisemann a. a. O. 54, 114; Haage a. a. O. 1/56 (Beilage) und BB 1956, 195 sowie OLG Hamburg in MDR 1964, 601; Lebuhn-Herrlau, FOB und FOB-USancen europäischer Seehäfen sowie Lieferklauseln im internationalen Handel, 2. Aufl. 1968; Haage, Das Abladegeschäft, 4. Aufl. 1958.

Anm. 8 2) Um dem weitergehenden Bedürfnis nach Vereinheitlichung der Auslegung zu entsprechen, hatte die Internationale Handelskammer zunächst im Jahre 1936 unter der Bezeichnung **Incoterms** 1936 internationale, von den unterschiedlichen in den einzelnen Ländern herrschenden Auffassungen unabhängige Regeln für die Auslegung der handelsüblichen Vertragsformeln veröffentlicht. An ihre Stelle ist nunmehr eine revidierte Fassung aus dem Jahre 1953 getreten, die 9 Kurzformeln enthält. Es soll damit im internationalen Handel eine Vereinheitlichung der Interpretation dieser Klauseln angestrebt werden. Bisher sind die Incoterms jedoch noch nicht Welthandelsbrauch geworden. Sie werden zum Vertragsinhalt also nur durch ausdrückliche Bezugnahme im Kaufvertrag. Es bleibt jedoch zu wünschen, daß sie sich im Laufe der Zeit zum Welthandelsbrauch verdichten und infolgedessen im Bereich des internationalen Handels auch ohne Bezugnahme Geltung erlangen werden. Die in den Incoterms aufgestellten Interpretationsgrundsätze beziehen sich lediglich auf das kaufmännische Liefergeschäft und gelten nur im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer, während das im Beförderungsvertrag geregelte Verhältnis zwischen Befrachter und Verfrachter hierdurch nicht berührt wird; vgl. hierzu und zu den Incoterms allgemein die Kommentierung von Scharlibbe in Sonderbeilage der Deutschen Verkehrszeitung; ferner: Eisemann, Die „Incoterms 1953“, Wien 1954; derselbe, Die Incoterms in Handel und Verkehr, 1963 und Die Incoterms im internationalen Warenkaufrecht in ZHR Beiheft 30, 1967 m. w. Nachw.; Haage, Das Abladegeschäft, 4. Aufl. 1958. Die in den Incoterms 1953 behandelten Lieferklauseln sind abgedruckt in Anh. VI zu § 346. Der Erfolg der Incoterms

hat die IHK bewogen, darin den Wünschen der Wirtschaft folgend, Definitionen für 2 weitere, in internationalen Kaufverträgen gebräuchliche Vertragsformeln zu veröffentlichen (ICC-Rules 1967). Es handelt sich dabei um die Klauseln: I. „Geliefert Grenze (benannter Lieferort an der Grenze)“, sowie II. „Geliefert (benannter Bestimmungsort im Einfuhrland) verzollt“. Beide Definitionen sind als Anhang VII zu § 346 abgedruckt.

VII. **Vereinheitlichung des Kaufrechts.** Für internationale Käufe soll künftig einheitliches Recht gelten. Die mehr als dreißig Jahre währenden Bemühungen um eine Vereinheitlichung des Rechts des internationalen Warenkaufs haben einen vorläufigen Abschluß auf der Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964 gefunden. Die Haager Kaufrechtskonferenz hat unter Teilnahme von 28 Staaten

Anm. 9

- A. den Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, des weiteren kurz Einheitliches Kaufgesetz — EKG — genannt),
- B. den Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über den **Abschluß** internationaler Kaufverträge (Loi uniforme sur la formation des contracts de vente internationale des objets mobiliers corporels, des weiteren kurz Einheitliches Gesetz über den Vertragsabschluß genannt)

verabschiedet. Beide Entwürfe sind nach dem Vorbild des Genfer Wechsel- und Scheckrechtsabkommens in Form von Anlagen zu je einer Rahmenkonvention angenommen worden. Nach den insoweit übereinstimmenden Artt. I der beiden Rahmenkonventionen sollen die Vertragsstaaten die beiden Entwürfe entsprechend ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Regeln als innerstaatliches Recht in Kraft setzen. Beide Konventionen sind von der BRD bislang noch nicht ratifiziert. Mit der Ratifizierung insbesondere des Einheitlichen Kaufgesetzes kann jedoch in absehbarer Zeit gerechnet werden.

1. Das einheitliche Kaufgesetz.

a) Vorgeschichte

Anm. 10

Dem EKG vorangegangen waren zwei Entwürfe (1935 und 1939) des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom (sog. Römer Entwürfe). Nach dem Kriege wurden die Arbeiten wieder aufgenommen und führten 1951 zu einer internationalen Staatenkonferenz in Den Haag. Zur Grundlage der Beratungen diente der Entwurf von 1939. Die Konferenz beschloß die Einsetzung eines Kaufrechtsausschusses, der den Entwurf unter Beachtung gewisser von der Konferenz erlassener Direktiven umarbeiten sollte. Das Ergebnis seiner Beratungen wurde 1956 zusammen mit einem begleitenden Bericht der niederländischen Regierung, die die Betreuung der Arbeiten übernommen hatte, zur Weiterleitung an die übrigen Regierungen und die IHK übergeben (sog. Entwurf 1956). Zu den eingegangenen Änderungswünschen der Regierungen und der IHK nahm der Kaufrechtsausschuß z. T. lediglich Stellung, z. T. wurden sie in den Entwurf von 1956 eingearbeitet. Dieser letzte, 1963 veröffentlichte Entwurf diente dann als Grundlage der abschließenden Arbeiten der bereits erwähnten Haager Kaufrechtskonferenz von 1964. Materialien: Rabel, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes (Text des 1. Römer Entwurfs sowie erläuternde Stellungnahme Rabels) in Ztschr. f. ausl. u. int. PrivatR — ZAIP — 1935, 1, 339 (auch als Sonderdruck erschienen) und derselbe, Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band I 1936 (unveränderter Nachdruck 1957), Band II 1958 mit einem Bericht des Verf. über die Haager Konferenz von 1951 sowie einem Abdruck der Entwürfe von 1935, 1939 (1951) und 1956. Die Arbeiten der Konferenz von 1951 sind erschienen als Actes de la Conférence, Unidroit, 1952. S. ferner Riese, Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts in RabelsZ 1957, 16 ff. mit Abdruck des Entwurfs 1956 auf S. 124 ff.; derselbe, Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964, RabelsZ 1965, 1 ff. mit Abdruck des EKG auf S. 166 ff. Über die Arbeiten der Haager Konferenz von 1964 sind von dem niederländischen Justizministerium zwei Bände (engl. und frz.), Actes et Documents de la Conférence (Den Haag 1966), Band I Actes und Band II Documents, veröffentlicht worden.

Band I enthält auf S. 355ff. einen einführenden Kommentar von André Tunc mit intern. Literaturüberblick auf S. 360; vgl. auch den Auszug aus dem Text des EKG in Vorbem. vor § 377.

Anm. 11

b) Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht.

Zur Regelung des Verhältnisses von IPR und EKG bieten sich vor allem zwei Lösungsmöglichkeiten an. Wird ein Gericht eines Vertragsstaates mit einem Rechtsstreit aus einem internationalen Kauf befaßt, so kann es zunächst nach den Regeln des IPR die auf das bei ihm anhängig gewordene Rechtsverhältnis anwendbare Rechtsordnung ermitteln. Handelt es sich dabei um diejenige eines Vertragsstaates, so wendet das Gericht die Regeln des EKG (als ausländisches Recht) in der von dem betr. Vertragsstaat eingeführten Fassung an. Ergibt die Prüfung nach den Regeln des IPR, daß das anzuwendende Recht dasjenige eines Nichtvertragsstaates ist, so kommt das EKG nicht zur Anwendung; es verbleibt also bei dem bisher gegebenen Rechtszustand. Nach der anderen Lösung wird die Vorprüfung nach IPR völlig ausgeschaltet. Das angegangene Gericht eines Mitgliedstaates prüft lediglich, ob es sich um einen internationalen Kauf handelt, für den das EKG selbst sich für anwendbar erklärt. Fällt diese Prüfung positiv aus, so wendet das Gericht das EKG als innerstaatliches Recht an, gleichgültig, welche Rechtsordnung nach internationalem Privatrecht an sich zuständig wäre. Das EKG hat sich grundsätzlich für die zweite Lösung entschieden. Nach Artt. 2 EKG und I Abs. 9 der Rahmenkonvention sind bei der Anwendung dieses Gesetzes die Regeln des IPR ausgeschlossen, soweit nicht diese Gesetze selbst etwas anderes bestimmen. Ein Staat, der bereits durch frühere Abkommen über das auf internationale Käufe anwendbare Recht gebunden ist, kann jedoch nach Art. IV der Rahmenkonvention bei Ratifikation oder Beitritt zu ihr erklären, daß er das EKG nur anwenden werde, wenn die Anwendung jener Abkommen über das Kauf-IPR zur Anwendung des EKG führt. Dabei ist vor allem an das Haager Abkommen über das auf internationale Käufe beweglicher Sachen anwendbare Recht von 1951 gedacht (zu diesem Abkommen s. unten). Macht ein Staat, der beide Abkommen ratifiziert hat, von dem Vorbehalt des Art. IV Gebrauch, so gilt demnach die oben geschilderte sog. Vorschaltlösung. Zu Einzelfragen und insbesondere den Problemen, die sich ergeben könnten, wenn ein Staat beide Abkommen ratifiziert, ohne aber den Vorbehalt des Art. IV auszunutzen, s. ausführlich Zweigert/Drobnig, Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht in *RabelsZ* 1965, 146ff.

Aus dem in den genannten Artt. statuierten Vorrang des EKG gegenüber dem IPR ergeben sich folgende Konsequenzen: Im internationalen Anwendungsbereich des EKG kommen dem IPR nur noch folgende Funktionen zu: Ausfüllung von Lücken des Einheitsgesetzes und dessen sachliche Ergänzung dort, wo es entsprechend seinem beschränkten Zweck keine Regelung getroffen hat (Zweigert/Drobnig a. a. O. S. 149f.). Bedeutung hat davon nur die zweite Aufgabe. Lücken, die sich bei Anwendung des EKG zeigen, sollen nach Art. 17 des Gesetzes zunächst durch Zurückgehen auf die allgemeinen sich aus dem Gesetz selbst ergebenden Rechtsgrundsätze ausgefüllt werden. Im übrigen wendet der Richter — vorbehaltlich anderweitiger Parteivereinbarung — auf alle bei ihm anhängig gewordenen Rechtsstreitigkeiten aus internationalen Käufen ausschließlich das EKG an. Das gilt selbst dann, wenn weder Käufer noch Verkäufer in Vertragsstaaten ansässig sind. Allerdings steht jedem Vertragsstaat nach Art. III der Rahmenkonvention bei Hinterlegung der Ratifikations- oder Beitrittsurkunde das Recht zu, zu erklären, daß er das EKG nur dann anwenden werde, wenn die Parteien des Kaufvertrags ihre Niederlassung oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Vertragsstaaten haben.

Anm. 12

c) Geltungsbereich des EKG.

Nach seinem Art. 1 soll das EKG auf alle internationalen Käufe anwendbar sein. Als internationale Käufe sollen nach demselben Art. alle Warenkäufe gelten, die zwischen Parteien gleich welcher Nationalität geschlossen werden, die ihre geschäftliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in verschiedenen Staaten haben. Hinzukommen muß, daß sich die verkaufte Ware im Augenblick des Vertragsschlusses auf dem Transport über eine Staatsgrenze befindet oder als Folge des Vertragsschlusses eine Staatsgrenze überqueren wird oder daß Angebots- und Annahmehandlung in verschiedenen Staaten bewirkt werden oder daß die Ware in ein anderes Land geliefert werden soll als dasjenige, in dem die Angebots- und Annahme-

handlungen vorgenommen worden sind. Im Falle des Vertragsschlusses durch Brief, Telegramm u. ä. sind Angebot und Annahme nur dann auf dem Gebiet desselben Staates erfolgt, wenn Absendetag und Empfang des Briefes, Telegrammes u. ä. auf dem Gebiet desselben Staates stattgefunden haben.

Nicht unter das EKG fallen Käufe von Wertpapieren und Geldsorten, eingetragenen oder eintragungspflichtigen Schiffen und von Luftfahrzeugen, von Elektrizität sowie Verkäufe im Wege der Zwangsvollstreckung, worunter auch die Verkäufe fallen, die auf Betreiben eines Zwangs- oder Konkursverwalters erfolgen (Art. 5); vgl. zu letzterem näher Riese, *RabelsZ* 1965 S. 16f. und 1957 S. 34f.).

Zwingende Bestimmungen der nationalen Rechte zum Schutz des Käufers bei Abzahlungsgeschäften bleiben unberührt (Art. 5 Abs. 2).

Als Kauf i. S. des EKG soll entsprechend § 381 Abs. 2 HGB auch der Werklieferungsvertrag behandelt werden (Art. 6).

Das EKG ist nachgiebigen Rechts. Seine Anwendbarkeit kann von den Parteien ganz oder teilweise durch Vereinbarung auch stillschweigend ausgeschlossen werden (Art. 3). Das gilt selbst dann, wenn die Parteien von der Bestimmung einer anderen statt dessen für ihr Rechtsverhältnis maßgebenden Rechtsordnung absehen.

Anm. 13

Die nachgiebige Natur der Regeln des EKG zeigt sich ferner an ihrem Verhältnis zu den Handelsbräuchen. Nach Art. 9 treten die Vorschriften des EKG grundsätzlich hinter Handelsbräuchen zurück. Der Vertragsinhalt wird damit durch folgende Faktoren bestimmt: in erster Linie maßgeblich sind die von den Parteien selbst getroffenen Bestimmungen, dann die Handelsbräuche und Verkehrsgewohnheiten, auf welche die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend Bezug genommen haben (Art. 9 Abs. 1 1. Halbs.) sowie die Gewohnheiten, die sich — auf Grund ihrer bisherigen Geschäftsbeziehungen — gerade zwischen den Parteien entwickelt haben (Art. 9 Abs. 1 2. Halbs.). Die Geltung beider Gruppen beruht auf dem feststellbaren subjektiven Parteiwillen. Ein Rangverhältnis wird sich zwischen ihnen nicht aufstellen lassen. Ein Konflikt, der nur auftreten kann, wenn die Parteien abweichend von ihrer bisherigen Übung bestimmte Handelsbräuche ausdrücklich oder stillschweigend als anwendbar vereinbart haben, wird im Zweifel zugunsten des vereinbarten Handelsbrauches zu lösen sein: die Parteien sind in diesem speziellen Fall eben von ihrer bisherigen Übung abgegangen. In der nächsten Linie wird der Vertragsinhalt bestimmt durch diejenigen Handelsbräuche und Verkehrsgewohnheiten („Usages“), die vernünftige Parteien gleicher Art in der gleichen Lage wie die vertragschließenden Parteien normalerweise als auf ihren Vertrag anwendbar angesehen hätten (Art. 9 Abs. 2). Hier wird also nicht auf den subjektiven Willen der Parteien abgestellt. Der Parteiwille ist objektiviert. Verkehrssitte und Handelsbrauch gehen dem EKG selbst dann vor, wenn die Parteien an ihre Anwendung nicht gedacht, ja wohl selbst dann, wenn sie den betreffenden Handelsbrauch nicht einmal gekannt haben. Das gilt auch dann, wenn sich feststellen läßt, daß die Parteien, hätten sie den betreffenden Handelsbrauch gekannt, seine Nichtanwendung vereinbart hätten. Art. 9 Abs. 2 S. 2 2. Halbs. stellt zwar die Maßgeblichkeit des Handelsbrauches bzw. der Verkehrssitte unter den Vorbehalt, daß nicht der Wille der Parteien entgegensteht. Man wird jedoch unter dem dort gebrauchten Ausdruck „volonté“ nur den wirklichen Willen zu verstehen haben, wie deutlicher aus der englischen Fassung der Vorschrift hervorgeht, die bestimmt, „that usages shall prevail unless otherwise agreed by the parties“ (wegen der Einzelheiten s. den Bericht von Otto Riese in *RabelsZ* 1965 S. 1ff.; den Überblick von Stumpf in *Außenwirtschaftsdienst* des BB 1964 S. 305 ff.; von Caemmerer, *Internationales Kaufrecht* in *Festschrift für Nipperdey* Abschnitt II 2; Larenz, *Formularpraxis und Rechtsvereinheitlichung im internationalen Kaufrecht* in *ZHR* 126 (1964) S. 146ff. sowie neuestens Tiling, *Haftungsbefreiung, Haftungsbegrenzung und Freizeichnung im Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen* in *RabelsZ* 1968 S. 258ff. m. w. Nachw.).

2. Das Einheitliche Gesetz über den Abschluß internationaler Kaufverträge.

Anm. 14

Der Anwendungsbereich dieses Übereinkommens deckt sich sachlich mit demjenigen des EKG. Für diejenigen Staaten, die nur dem ersteren Abkommen beitreten, ergibt sich dies aus Art. 1 der Anlage I zur Rahmenkonvention, für diejenigen Staaten,

die auch das EKG einführen, aus Art. 1 der Anlage II, der für den Anwendungsbereich auf das EKG verweist.

Eine Kommentierung des Einheitlichen Gesetzes über den Abschluß internationaler Kaufverträge würde den Rahmen dieses Kommentars überschreiten (wegen der Einzelheiten über das Gesetz vgl. den Bericht von von Caemmerer in *RabelsZ* 1965 S. 101 ff. und Stumpf in *Außenwirtschaftsdienst* des BB 1965 S. 11).

Anm. 15

3. Das Haager Abkommen über das auf internationale Käufe beweglicher Sachen anwendbare Recht von 1951.

Gegenstand dieses Abkommens ist nicht wie beim EKG die Vereinheitlichung der Sachnormen, sondern der Kollisionsnormen. Über sein Verhältnis zum EKG s. oben Anm. 10f. Es ist in Kraft getreten am 1. September 1964, nachdem die erforderliche Mindestanzahl von fünf Ratifizierungen vorlag. Inzwischen ist das Haager IPR-Abkommen von folgenden Staaten ratifiziert worden: Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Italien, Norwegen und Schweden. Die BRD hat das Abkommen nicht ratifiziert. Die Stellungnahme der Wirtschaft zu ihm ist überwiegend negativ ausgefallen; vgl. die Stellungnahme des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, abgedruckt in *RabelsZ* 1959 S. 151 ff. Der Text des Abkommens findet sich in *Ztschr. f. ausl. u. intern. PrivatR* 1952 S. 269, der Konferenzbericht von Dölle an gleicher Stelle S. 161. Vgl. ferner Petersen in *Ztschr. f. ausl. u. intern. PrivatR* 1959 S. 3 ff.

B. Das Wesen des Handelskaufs

Anm. 16

I. Der Begriff des Handelskaufs. Unter Handelskauf, von dem dieser zweite Abschnitt spricht, ist nicht etwa jeder Kauf zu verstehen, an welchem als Vertragspartei ein Kaufmann beteiligt ist. Vielmehr müssen folgende besonderen Voraussetzungen erfüllt sein:

1) Der Kaufvertrag muß ein Handelsgeschäft im Sinne der §§ 343 ff. sein, d. h. ein Geschäft eines Kaufmanns, das zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Zwar sind nach § 343 Abs. 2 die in § 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betrieb seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden. Indessen muß das Grundgeschäft, also der Kaufvertrag, in dem „Betrieb des Handelsgewerbes“ des Kaufmanns geschlossen werden und darf nicht außerhalb dieses Betriebes, z. B. als ein privates Geschäft, vorgenommen sein (s. § 343 Anm. 3).

Dagegen ist es nicht erforderlich, daß der Kauf auf Seiten beider Vertragspartner ein Handelsgeschäft bildet (sog. beiderseitiges Handelsgeschäft); es ist grundsätzlich ausreichend, daß der Kauf für einen der beiden Vertragspartner Handelsgeschäft ist (sog. einseitiges Handelsgeschäft). Ein Handelskauf liegt also nicht nur dann vor, wenn ein Kaufmann von einem Kaufmann eine Ware kauft, und auch nicht nur dann, wenn ein Nichtkaufmann von einem Kaufmann eine Ware kauft, sondern auch dann, wenn ein Kaufmann von einem Nichtkaufmann, z. B. von einem Landwirt, eine Ware kauft. Einzelne Vorschriften über den Kauf (§§ 377—379) jedoch finden nur auf den beiderseitigen Handelskauf Anwendung.

Anm. 17

2) Gegenstand des Kaufvertrages muß eine Ware oder ein Wertpapier sein (zum Begriff der Ware s. § 1 Anm. 29, des Wertpapiers § 381 Anm. 1). Das ergibt sich aus § 381 Abs. 1. Nach Abs. 2 derselben Vorschrift untersteht den Sonderregeln über den Handelskauf auch der Werkliefervertrag, sofern er ein Handelsgeschäft im Sinne des § 343 bildet (s. unten Anm. 31 ff.; § 381 Anm. 48 ff.). Ein Kauf, der zwar ein Handelsgeschäft ist, aber weder ein Wertpapier noch eine Ware zum Gegenstand hat, unterliegt zwar den sonstigen Regeln des HGB, z. B. dem § 348, nicht aber den Vorschriften des vorliegenden zweiten Abschnitts über den Handelskauf. Danach sind nicht Handelskäufe: der Kauf eines Grundstücks (RG 59, 21), einer Forderung (RG 17, 58; 26, 45), einer Hypothek oder eines Hypothekenbriefs (JW 04, 555¹⁶; anders beim Inhaberpfandbrief), eines Geschäftsanteils einer GmbH, einer Lebensversicherungspolice, eines Sparkassenbuchs (Anh. zu § 365 Anm. 10), eines Nachlasses (§ 312 BGB), einer Erbschaft (§ 2371 BGB; RG 61, 76; 59, 361; JW 1911, 664¹⁷; 1910, 572¹ u. 998³; 1905, 437¹⁸); über die Verpflichtung zur Lieferung fremder Zahlungsmittel (Devisengeschäft) unten Anm. 24.

C. Kaufähnliche Verträge und besondere Kaufarten**Anm. 18**

Über kaufähnliche Verträge sowie besondere Arten von Kaufverträgen, die aber, weil nicht auf Waren oder Wertpapiere gerichtet, ausschließlich den Kaufregeln des BGB unterstehen, vgl. Kuhn in RGRK-BGB § 433 Anm. 73 ff. u. 129 ff. Im Rahmen dieses Kommentars soll nur auf folgende Geschäfte und ihr Verhältnis zu den Bestimmungen über den Handelskauf kurz eingegangen werden:

I. Der Vertrag über die **Einbringung von Sachen** und Rechten als Sacheinlage **in eine Gesellschaft** ist seiner rechtlichen Natur nach kein Kauf, sondern ein Verpflichtungsvertrag eigener Art (Fischer in Großkomm. z. AktG § 20 Anm. 3). Jedoch kommt in beschränktem Rahmen eine entsprechende Anwendung einzelner Kaufrechtsbestimmungen, insbesondere Gewährleistungsvorschriften, in Betracht (Fischer a. a. O. Anm. 20; Schilling in Hachenburg GmbH-Ges. § 5 Anm. 28; Baumbach-Hueck AktG § 27 Rdnr. 5; Godin-Wilhelmi § 27 Anm. 5). Teilweise a. A. Schönle in NJW 1965, 2133.

II. Das **Conto-a-metá-Geschäft** fällt gleichfalls unter den Begriff des Kaufs; es ist der Ankauf in eigenem Namen, aber auf gemeinschaftliche Rechnung, so daß die Beteiligung des oder der andern nach außen nicht hervortritt; nach innen liegt ein Gesellschaftsverhältnis vor, und zwar eine Gelegenheitsgesellschaft (WarnRspr. 1916 Nr. 209; 1915 Nr. 207; JW 1905, 719¹⁰; Hamburg HansGZ 24 Hptbl. 30). Der Metist wird nach außen als Käufer Alleineigentümer der angekauften Stücke und überträgt auch als Verkäufer Eigentum an den für die Metagesellschaft erworbenen Stücken. Die vom Metisten erworbenen Stücke fallen daher als sein Alleineigentum in seine Konkursmasse; sein Gesellschafter hat eine bloße Konkursforderung (JW 1905, 719¹⁰). Nach diesen Gesichtspunkten beurteilen sich auch die Metaverbindungen im Bankgewerbe, insbesondere solche zu Arbitragezwecken, die dazu dienen, aus den Kursunterschieden an zwei verschiedenen Börsenplätzen, an denen die Metisten kaufen und verkaufen, Gewinn zu ziehen.

Anm. 19

III. Der **Kauf eines Unternehmens** oder **Handelsgeschäfts** kann ein beiderseitiges Handelsgeschäft sein; vgl. § 343 Anm. 11 mit Nachw. aus der Rspr. Obwohl zu dem Handelsgeschäft auch Waren und Wertpapiere gehören können, stellt der Kauf eines Handelsgeschäfts jedoch keinen Handelskauf im Sinne dieses Abschnitts dar. Denn Kaufgegenstand sind beim Unternehmenskauf nicht die Waren- und Wertpapierbestände als solche, sondern nur als Bestandteil des Handelsgeschäfts als Gesamtheit, wobei der sog. Unternehmenskern das eigentlich Wesentliche, die mitveräußerten Waren und Wertpapiere dagegen bloße Zugehörungen sind (s. dazu ausführlich § 22 Anm. 2). Dementsprechend passen die Sondervorschriften über den Handelskauf weder ihrem Zwecke nach, noch in ihren Konsequenzen auf den Unternehmenskauf. So ist z. B. der Verkauf eines Handelsgeschäfts i. d. R. Verkauf eines in Betrieb befindlichen Unternehmens. Gerät der Käufer in Annahme-, also in Gläubigerverzug, so ist dem Verkäufer mit dem für den Handelskauf erworbenen Rechtsbehelf des § 373 HGB nicht gedient. Da sich dieser nur gegen die einzelnen Bestandteile des Geschäfts richtet, würde der Verkäufer, der von ihm Gebrauch macht, sein Geschäft zerstören, mithin sinnwidrig verfahren. Will er nicht auf Erfüllung bestehen, so hilft ihm § 326 BGB. Da der Verkäufer nach Lage der Dinge zum Weiterbetrieb des Geschäfts gezwungen sein wird, stellt sich die Pflicht zur rechtzeitigen Abnahme des verkauften Geschäfts als eine Hauptleistung dar; Abnahmeverzug versetzt den Käufer in Schuldnerverzug, so daß dem Verkäufer die Wahl zusteht, ob er nach Ablauf der Nachfrist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder zurücktreten will (Hopmann JW 1914, 341). Von der Nachfristsetzung kann der Verkäufer absehen, wenn sein Interesse infolge des Verzugs weggefallen ist. Zur Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften beim Unternehmenskauf, vgl. u. a. BGH NJW 1969, 184 m. w. Nachw.

Anm. 20

IV. Ein Kauf oder kaufähnliches Geschäft, nicht ein Darlehnsvertrag liegt vor, wenn der Geldgeber dem Empfänger ein verzinsliches Amortisationsdarlehn gegen dessen Inhaberschuldverschreibungen in der Weise gewährt, daß die Schuldverschreibungen nicht zur Sicherung gegeben werden, sondern die beiderseitigen Leistungen im Verhältnis der Gegenseitigkeit stehen (RG WarnRspr. 1927 Nr. 29).

Anm. 21

V. Auf den **Tausch** finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung (§ 515 BGB). Demgemäß ist auch ein Begriff des **Handelstausches** aufzustellen. Er ist ein

Anm. 22

Tauschvertrag, der für wenigstens einen Vertragsteil ein Handelsgeschäft ist und dessen Gegenstand auf beiden Seiten Waren oder Wertpapiere sind. Die in der Vorauslage gemachte Einschränkung, der Tausch müsse auf beiden Seiten Handelsgeschäft sein, wird nicht aufrechterhalten. Wie die jetzige Auflage auch Schlegelberger-Hefermehl Einl. vor § 373 Rdnr. 5. Dagegen genügt nicht, daß auf einer Seite Waren oder Wertpapiere Tauschgegenstand sind. Denn die Sonderregelung des Handelskaufs beruht darauf, daß beiderseits Sachen des regelmäßigen Handelsverkehrs Gegenstand des Geschäfts sind: auf der einen Seite Waren und Wertpapiere, auf der anderen Geld. Zur entsprechenden Anwendung dieses Grundsatzes eignet sich nur das Tauschgeschäft, bei dem ebenfalls auf beiden Seiten Sachen des regelmäßigen Handelsverkehrs den Gegenstand des Geschäfts bilden. Ein Tausch, der nicht Handelstausch ist, würde also vorliegen, wenn Aktien gegen ein Grundstück, Forderungen gegen Waren eingetauscht werden. Steht der einheitliche Charakter eines Geschäfts fest, so wird seine Natur als Tausch durch die Einkleidung in zwei Kaufverträge ebensowenig beeinträchtigt (RG 50, 286; JW 1905, 326¹⁵; 1898, 307⁸⁹; ElsLothZ. 18, 534) wie die Bezeichnung eines Geschäfts als Tausch es ausschließt, daß in Wahrheit zwei Kaufverträge vorliegen (JW 97, 1869⁶⁵). Immerhin sind die gebrauchten Ausdrücke zur Willenserforschung verwendbar (RG 73, 90). Durch Zugabe von Geld wird der Charakter des Tausches so wenig geändert wie ein Kauf durch Zugabe von Ware zu einem Tausche wird (RG in SchlHolst-Anz. 1888, 4). Ausschlaggebend für die Unterscheidung zweier selbständiger Kaufverträge von einem (einheitlichen) Tauschvertrag ist, ob nach der objektiven Sachlage zwei individualisierte Sachleistungen unmittelbar gegeneinander ausgeglichen werden (RG 57, 266; 50, 285; JW 05, 326¹⁵; Gruch. 47, 429; Austausch von Wertpapieren). Nur in diesem Falle ist der Begriff eines Tauschvertrags erfüllt. Dies kann aber auch in der Weise geschehen, daß in einem sog. gespaltenen Vertrag die in der Regel einem einzelnen zukommende Parteirolle zwischen mehreren Personen aufgeteilt wird, indem also in einem einheitlichen Vertrag jemand seine Sache einem anderen überläßt und dafür die Sache eines Dritten erhält (RG 161, 1). Dagegen ist ein Doppelkauf anzunehmen, wenn jede Partei ihre Sachleistung gegen Geldzahlung hingeben will und nur im Endergebnis beabsichtigt ist, die Preise im Wege der Aufrechnung ganz oder teilweise auszugleichen (JR 1926 Nr. 1921). Man kann wohl den Satz aufstellen, der Tausch erfordere begrifflich dem Umsatz von Sache gegen Sache, von Ware gegen Ware. Man kann aus diesem Satze aber nicht den Schluß ziehen, es müsse der Erwerb einer Sache, einer Forderung, eines Rechts um einen bestimmten Preis immer ein Kauf sein (vgl. auch BGH 1, 28). Denn wenn auch die Parteien für ihre beiderseitigen Leistungen einen Preis bestimmt haben, so liegt doch ein Tausch vor, wenn zugleich die Abhängigkeit der beiden in Geld gewerteten Leistungen voneinander derart vereinbart ist, daß die beiderseits zu zahlenden Preise ganz oder auch nur teilweise durch gegenseitige Aufrechnung getilgt werden sollen. Alsdann werden in Wahrheit die beiderseitigen Sachleistungen unmittelbar gegeneinander ausgeglichen (RG 73, 88; JW 1898, 307⁸⁹). Ein einheitlicher Kaufvertrag liegt vor und kein Tausch, wenn im Vollzug der Kaufpreiszahlung eine Hingabe anderer Gegenstände (Barzahlung, Übernahme von Hypotheken, Hingabe an Zahlungs Statt oder zahlungshalber u. dgl.) ohne Heranziehung des Werts der hingegebenen Gegenstände zur Deckung stattzufinden hat (RG 73, 89; LZ 1908, 234³; JW 1897, 69^{65,66}; ROHG 5, 418; BayObLG. SeuffA. 68 Nr. 210). Zwei selbständige Kaufverträge liegen vor, wenn der Verkäufer, nachdem er die verkaufte Ware geliefert und den Preis empfangen hat, bis zur Höhe dieses Preises andere Waren zu bestimmten Einzelpreisen von dem Käufer zu empfangen hat (ROHG 18, 384). Werden für eine Sache als Gegenleistung eine Sache und Geld versprochen, so liegt ein Tausch nur vor, wenn die Sache den hauptsächlichlichen Gegenwert bildet und das Geld nur zur Ausgleichung zugeschossen wird (RG 88, 363). Umgekehrt ist es ein Kauf, wenn die Geldzahlung oder die Übernahme von Schulden auf den Kaufpreis die Hauptsache ist und die Zugabe von Ware oder von individuell bestimmten Werten nur zur Ausgleichung des Preises dient. Das eigentliche Barattogeschäft ist lediglich ein Tausch, Hingabe von Ware gegen Ware. Das uneigentliche Barattogeschäft, d. h. die Vereinbarung, derzufolge jede Partei Waren liefern soll, die zu Geld unter der Bestimmung angeschlagen werden, daß die Preise gleichstehen und durch Aufrechnung sich ausgleichen, oder daß ein Teil noch eine Zahlung zu leisten habe, ist kein

Tausch, sondern ein aus zwei Käufen zusammengesetzter Vertrag (ROHG 5, 419). Über die Vereinbarung, daß der Kaufpreis zu verrechnen sei, s. unten Anm. 203.

VI. Das **Diskontgeschäft** (Eskomptgeschäft) besteht in dem Erwerb noch nicht fälliger Wechsel gegen Entgelt, und zwar regelmäßig gegen Geld. Die diesem Vorgang zugrunde liegende causa kann verschieden sein und ist durch Auslegung zu ermitteln. In der Regel liegt ein Kauf nach §§ 433 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, 437 BGB vor (RG 93, 26; WarnRspr. 1927 Nr. 137; LZ 1930, 445⁴; 1919, 148⁴; auch bei entgeltlicher Hingabe eines Schecks (s. unten). Die diskontierende (nach österr. Sprachgebrauch eskomptierende) Bank erlangt den Wechsel durch Indossament und damit wechselmäßige Rechte gegen die Vormänner und den Akzeptanten. Der Verkäufer (Diskontant) erhält nicht die volle, sondern die um den Zwischenzins und die Provision gekürzte Wechselsumme. Das der Diskontierung zugrunde liegende Geschäft kann aber auch ein Darlehnsvertrag sein; dieses ist insbesondere beim Akzeptkredit möglich; vgl. darüber KG (West) BB 1954, 671; dagegen OLG Hamburg BB 55, 334; BGH 19, 282 NJW 56, 586; ferner: Würdinger, Akzeptkredit u. Gefälligkeitsaccept BB 54, 325 u. 1089; Böving BB 54, 790; v. Caemmerer, Fragen des Akzeptkredits NJW 55, 41.

Anm. 23

Der Wechselverkäufer haftet für die Formgültigkeit des Wechsels, also für den Bestand der aus dem Wechsel hervorgehenden Rechte nach § 437 Abs. 2 BGB (LZ 1930, 445⁴), insbesondere dafür, daß dem Wechselschuldner keine absoluten, dem Wechselgläubiger gegenüber wirksamen Einreden zustehen. Der Wechselverkäufer wird nur bei ausdrücklich dahingehender Vereinbarung Darlehnschuldner des Wechselkäufers; die Wechselübertragung dient dann als Sicherheit (RG LZ 1930, 445⁴); sonst haftet der Verkäufer auch nicht für Eingehen der Wechselsumme zivilrechtlich; der Käufer kann gegen den Verkäufer nur wechselrechtliche Ansprüche geltend machen; vgl. JW 1926, 361⁶ für den gleichliegenden Fall des Scheckverkaufs. Die Hingabe eines Schecks gegen Zahlung ist Scheckkauf (vgl. RG 112, 47), es verhält sich damit wie beim Wechselkauf (s. oben). Der Verkäufer des Schecks hat zivilrechtlich dafür einzustehen, daß die scheckrechtliche Anweisung in rechtswirksamer Weise begründet worden ist. Er haftet also nicht nur für die Echtheit der Unterschriften, sondern auch für die Formgültigkeit des Wertpapiers; außerdem hat er nach § 437 Abs. 2 BGB dafür aufzukommen, daß der Scheck nicht zum Zweck der Kraftloserklärung aufgeboten ist, und ferner; daß das im Scheck bezeichnete Guthaben (Art. 1 Nr. 3, Art. 3 SchG) zur Zeit der Scheckausstellung vorhanden war (RG 112, 48). Es besteht keine Handelsübung, daß der Verkäufer eines Inhaberschecks die scheckrechtliche Regrepflicht durch Namens- oder Firmenzeichnung auf der Rückseite des Schecks nach Art. 18 SchG übernehmen müßte (JW 1923, 604¹⁸). Für den Eingang der Schecksumme aber haftet er beim Fehlen besonderer Vereinbarungen zivilrechtlich nicht (RG 112, 49); auch nicht für die Zahlungsfähigkeit der bezogenen Bank (Hamburg „Recht“ 23 Nr. 1232).

VII. **Kauf von Devisen.** (Literatur: vgl. insbes. Artikel „Devisenhandel“ in Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, 3. Aufl. 1967; Obst/Hintner, Geld-, Bank- und Börsenwesen, 36. Aufl. 1967 S. 491 ff.; Lipfert, Internationaler Devisen- und Geldhandel, 1967 m. w. Nachw.). Devisen sind Ansprüche auf Zahlungen in ausländischer Währung an einem ausländischen Platz. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Devisen in Form von Guthaben bei ausländischen Banken — man spricht dann von einer Auszahlung — und Devisen in Form von Wechseln und Schecks, die auf eine ausländische Währung lauten und im Ausland zahlbar sind. Ausländische Münzen und Banknoten werden im banktechnischen Sprachgebrauch als Sorten bezeichnet. Die rechtliche Natur der auf den Erwerb von Devisen gerichteten Geschäfte kann recht verschieden sein. Der Erwerb einer Auszahlung ist, auch wenn der Verkehr zuweilen von einem Kauf spricht, im allgemeinen kein Kauf im rechtlichen Sinne. Es handelt sich bei dieser Transaktion, deren wirtschaftlicher Sinn darin liegt, den Importeuren die benötigten Devisen im Ausland zur Verfügung zu stellen, vielmehr um einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB (RG 107, 138; DJZ 1924, 397; WarnRspr. 1923/24 Nr. 177). Sein Inhalt besteht in einer Verpflichtung des Beauftragten (meist einer Bank), eine Zahlung in der vereinbarten ausländischen Währung an einen vom Auftraggeber (meist ein Importeur) zu bestimmenden Dritten (meist den ausländischen Geschäftspartner des Importeurs) auszuführen. Für den Gegenwert wird der Auftraggeber in seiner

Anm. 24

heimischen Währung belastet. Es sollen also nicht, wie es bei einem Kauf der Fall wäre, ausländische Sorten an den Auftraggeber geliefert werden, der Zweck ist vielmehr, einen Erfolg, nämlich die Tilgung der ausländischen Schuld des Auftraggebers zu bewirken. Die Ausführung besteht in der Regel in dem Zahlungsauftrag an die ausländische Bank oder der Beschaffung der ausländischen Valuta durch den Beauftragten (RG 107, 139). Der rechtliche Vorgang ist dem der Bank- oder Girouberweisung ähnlich und unterliegt im wesentlichen den gleichen Regeln. Der Kauf ausländischer Forderungen, d. h. solcher Forderungen, bei denen die Auszahlung in effektiver ausländischer Währung zu erfolgen hat, ist ein reiner Forderungskauf, der in erster Linie den §§ 437ff. BGB unterworfen ist, außerdem auch, soweit ein Handelsgeschäft vorliegt, den §§ 343ff. HGB, nicht aber den §§ 373ff. HGB (vgl. oben Anm. 17). Der Kauf ausländischer Wechsel, Schecks und Banknoten ist ein Kauf von Wertpapieren, also eines in einer Urkunde verbrieften Rechtes, dessen Ausgestaltung dem Zwecke dient, das Recht umlaufsfahig zu machen (§ 381 Anm. 1). Es finden daher sowohl die Vorschriften über den Kauf von Sachen wie die über den Kauf von Rechten auf den Kauf von ausländischen Banknoten, Schecks und Wechseln in ausländischer Währung Anwendung (RG 108, 280 u. 317; JW 1923, 176^o; vgl. auch § 381 Anm. 2; RG 59, 241). Ausländische Münzen, insbesondere uneinlosbare Münzen (z. B. Goldmünzen in den Ländern mit Goldwährung), sind eigentlich nur Waren, da sie ein Recht auf eine Leistung irgendwelcher Art nicht verkorpfern. Trotzdem beruht ihr Handelswert nicht auf dem materiellen Wert, sondern auf der Munzung. Diese Tatsache rechtfertigt es, die Vorschriften über den Kauf von Wertpapieren entsprechend auf sie anzuwenden.

Anm. 25

1. Gegenstand des Kaufs von Wechseln oder Schecks in ausländischer Währung ist zunächst das in dem Papier verkörperte Recht (RG 59, 244; 56, 253; 109, 279; RG in JW 1909, 492¹⁴). Daraus folgt, daß der Verkäufer gemäß § 437 Abs. 2 i. V. mit § 437 Abs. 1 BGB für den rechtlichen Bestand der Wechsel- bzw. Scheckforderung einzustehen hat. Er haftet also insbesondere, wenn die notwendigen Formvorschriften nicht gewahrt sind oder das Papier falsch oder gefälscht ist, so daß die Urkunde nicht das in ihr bezeichnete Recht verbrieft. Als ein Mangel im Bestand des Rechts ist es auch anzusehen, wenn eine Zahlungssperre oder eine Beschlagnahme die Geltendmachung des beurkundeten Rechts hindert (BGH LM Nr. 3 zu § 437 BGB). Beim Scheck haftet der Verkäufer auch dafür, daß Deckung vorhanden ist. Soweit es sich um Mängel im Bestand des Rechts handelt, ist die Anwendung von §§ 459ff. BGB ausgeschlossen. Für die Zahlungsfähigkeit des Bezogenen haftet der Verkäufer mangels besonderer Vereinbarung nicht (RG 112, 49; vgl. Hamburg OLGE 45, 142). Diese Haftung übernimmt der Verkäufer jedoch in der Regel nach wechsel- bzw. scheckrechtlichen Grundsätzen durch seine Unterschrift, sei es, daß er als Aussteller, sei es, daß er als Indossant zeichnet. Fehlt es an dieser Unterschrift, so ist im Zweifelsfalle anzunehmen, daß der Verkäufer diese Haftung nicht übernehmen wollte. Immer trifft den Verkäufer die Haftung gemäß § 437 Abs. 2 BGB dafür, daß das Papier nicht aufgegeben ist; es sei denn, daß diese Haftung ausdrücklich ausgeschlossen ist. Die Ansprüche aus allen diesen Rechtsmängeln verjähren in 30 Jahren. Kaufgegenstand ist ferner die Wechsel- oder Scheckurkunde als Sache, d. h. als korpertlicher Gegenstand. Weist die Urkunde als solche korpertliche Mängel auf, weil sie beispielsweise beschädigt oder unleserlich ist, so haftet der Verkäufer dafür nach den Vorschriften über die Sachmangelgewahr (§§ 459ff. BGB). Beim borsenmaigen Handel von Wechseln oder Schecks in ausländischer Währung haftet der Verkäufer nach §§ 459ff. BGB auch für die sogenannte Lieferbarkeit, d. h. dafür, daß die auf der Urkunde enthaltenen Unterschriften den Anforderungen des Börsenhandels entsprechen sowie, daß die Urkunden keinen äußerlichen Mangel aufweisen, die sie zum borsenmaigen Handel und Verkehr ungeeignet machen. Die Ansprüche des Käufers aus diesem Sachmangel verjähren gemäß § 477 BGB in 6 Monaten, wenn kein arglistiges Verschweigen vorliegt. Die Gefahr der Verschlechterung eines diskontierten Wechsels, die durch die Beseitigung des Goldstandards in dem Lande, in dem der Wechsel fällig ist, herbeigeführt wird, trägt der Diskonteur, der Käufer des Wechsels (RG 142, 23; s. dazu Klausing, JW 1934, 930).

Anm. 26

2. Ausländische Banknoten sind Inhaberschuldverschreibungen und unterliegen als solche auch den Vorschriften über Wertpapiere (RG 108, 280 u. 317;

JW 1923, 176⁶). Es ist jedoch hier zu berücksichtigen, daß diese Wertpapiere im Verkehr in wesentlichen Beziehungen als Sachen behandelt werden und im höchsten Maße vertretbare Sachen sind. Hieraus folgt, daß beim Kauf von ausländischen Banknoten die Sachmängel eine wesentliche Rolle spielen (RG 108, 281; Hamburg OLGE 45, 145). Doch ist hierbei zu beachten, daß eine gefälschte Note, also eine Urkunde, die völlig ungeeignet ist, Träger des Rechts zu sein, eine völlig andere Sache als die verkaufte ist und die Verpflichtung zur unverzüglichen Mängelrüge gemäß § 378 HGB entfällt, (JW 1923, 176⁶; OLG Hamburg Recht 1921 Nr. 640; Königsberg JW 1924, 1382⁶). Haftet der Verkäufer auch für Rechtsmängel, wie z. B. dafür, daß das Papier nicht aufgeboten ist oder als Zahlungsmittel nicht gilt, weil ein darauf befindlicher Stempel verfälscht ist (RG 108, 318), so kann der Käufer gemäß § 320 BGB Lieferung einer echten Note verlangen (RG 108, 280) und unterliegen seine Ansprüche nicht der kurzen Verjährungsfrist des § 477 BGB.

3. Beim Kauf von Waren gegen Devisen pflegt im allgemeinen nicht vereinbart zu werden, in welcher Weise die Zahlung zu erfolgen hat. Die Zahlungsklausel lautet meistens nur „zahlbar in effektiven Pfunden“ oder ähnlich. Hiernach ist es dem Käufer grundsätzlich freigestellt, ob er mittels Banknoten, Münzen, Wechselschecks, durch Überweisung oder Auszahlung bezahlen will. Häufig schränkt jedoch der Handelsbrauch diese Freiheit des Käufers ein. So ist in vielen Geschäftszweigen, besonders des internationalen Großhandels, Zahlung in Banknoten oder Münzen wegen der schwierigen Verwertungsmöglichkeit durch Handelsbrauch ausgeschlossen. Mitunter wird auch eine spezielle Zahlungsart, z. B. durch die Klausel „zahlbar in Ia Bankscheck auf London“, vereinbart. Dann ist nur diese Zahlungsart zulässig und muß der Scheck von einer ersten deutschen Bank auf London gezogen sein. Obgleich gemäß § 381 die Vorschriften über den Warenkauf auf den Kauf von Wertpapieren Anwendung finden, handelt es sich doch beim Warenkauf gegen Zahlung in ausländischer Währung, auch wenn die Zahlung durch Wertpapiere (Wechsel, Scheck oder Banknoten) erfolgt, nicht etwa um ein Tauschgeschäft. Die ausländischen Zahlungsmittel sind bei solchen Geschäften nur als Kaufpreis, nicht etwa ihrerseits auch als Ware zu betrachten. Hieraus ergibt sich insbesondere, daß dem Verkäufer nicht etwa die Gewährleistungsansprüche des Käufers wegen Sachmangels zur Seite stehen, wenn in verfälschten oder in anderer Weise mangelhaften Banknoten usw. bezahlt wird. Er kann also weder Wandelung noch Minderung verlangen, ist vielmehr allein darauf angewiesen, gemäß §§ 320 ff. BGB gegen den Käufer vorzugehen, weil dieser seiner Zahlungspflicht nicht genügt hat. Ebenso besteht für den Verkäufer, der ausländische Zahlungsmittel als Kaufpreis erhält, keine Pflicht zur unverzüglichen Mängelrüge gemäß § 377 HGB. Bei Zahlung mittels Schecks oder Wechsels in ausländischer Währung ist ferner noch zu berücksichtigen, daß diese mangels besonderer Vereinbarung nur zahlungshalber gegeben werden (vgl. unten Anm. 207); eine Rügepflicht besteht hier daher überhaupt nicht. Alle diese Regeln gelten nicht nur für den Fall, daß Zahlung in effektiver ausländischer Währung vereinbart worden ist, sondern auch dann, wenn zwar Zahlung in inländischer Währung gemäß § 244 BGB geleistet werden kann, tatsächlich aber in ausländischer Währung gezahlt wird.

Der Kauf von Devisen zu Kurssicherungszwecken wird naturgemäß zur Lieferung zu einem bestimmten Kalendertag abgeschlossen, ist daher ein Fixgeschäft nach § 376 und berechtigt zum Rücktritt bei Ausbleiben der ausländischen Währung zu dem vereinbarten Zeitpunkt (RG 108, 160 s. auch § 376 Anm. 11).

4. **Devisenbewirtschaftung.** Der Kapital- und Zahlungsverkehr mit fremden Wirtschaftsgebieten sowie der Verkehr mit Auslandswerten ist heute nach § 1 des am 5. Mai 1961 verkündeten und am 1. September 1961 in Kraft getretenen Außenwirtschaftsgesetzes (BGBl. I S. 481) grundsätzlich frei. Beschränkungen sind nur zulässig, soweit das AWG selbst und die zu seiner Ausführung erlassenen Rechtsverordnungen, insbesondere die Außenwirtschaftsverordnung i. d. F. vom 20. Dezember 1966 (BGBl. II 1967, 2) dies bestimmen. Sowohl das Gesetz als auch die AWVO unterliegen häufigen Veränderungen. Eine Kommentierung muß daher in diesem Zusammenhang unterbleiben. Auf die Spezialliteratur wird verwiesen.

VIII. Das Zeitungs- oder Zeitschriftenabonnement ist ein Kauf, nämlich ein einheitlicher Lieferungskauf (RG 148, 154, 158; Giese JW 1917, 631; Löffler, Presserecht I

Anm. 27

Anm. 28

Anm. 29

2. Aufl. 1969) nicht, wie Weisbecher in LZ 1920, 325 annimmt, Dienstvertrag; über den Postzeitungsvertrieb vgl. Henschel JZ 1954, 70.

Anm. 30

IX. Der sogenannte **Lieferungsvertrag**, d. h. der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, einem anderen eine Sache zu beschaffen, die er zu diesem Zwecke erst anschafft, fällt schon nach § 433 BGB unter die Regeln vom Kauf. Ist der Gegenstand des Lieferungsvertrages eine Ware oder ein Wertpapier und ist ein Teil Kaufmann, so liegt ein Handelskauf selbst dann vor, wenn der Verkäufer den Gegenstand von einem Dritten erst anfertigen lassen, ihn dann von diesem Dritten beziehen und dem Käufer liefern soll. Dies ist kein Werklieferungsvertrag. Vgl. BGH. in Arch. der DRspr. Nr. 1148 (1950): Gemüseanbau- u. Lieferungsvertrag ist Kauf.

Anm. 31

X. Nach Kaufregeln wird auch der Vertrag beurteilt, durch den sich jemand verpflichtet, eine Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, sogenannter **Werklieferungsvertrag**. Handelt es sich um eine vertretbare Sache, so bestimmt dies schon § 651 Abs. 1 BGB. Ist der Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache ein Handelsgeschäft, so liegt folglich ein Handelskauf vor, so daß bei einem zweiseitigen Handelsgeschäft auch § 377 zur Anwendung kommt (§ 377 Anm. 1 u. 51 sowie § 381 Anm. 49).

Handelt es sich aber um eine nicht vertretbare Sache, erst herzustellende Sache, so ist der Vertrag nach bürgerlichem Recht nicht lediglich nach den Regeln vom Kauf zu beurteilen; vielmehr finden zum Teil die Regeln vom Kauf, zum Teil die Regeln vom Werkvertrag Anwendung (§ 651 Abs. 1 BGB), weil ein sowohl dem Kauf als dem Werkvertrag verwandtes Rechtsverhältnis vorliegt (während, was im Auge zu behalten ist, auch bei nicht vertretbaren Sachen ein reiner Kaufvertrag vorliegt, wenn die Herstellung nicht Vertragspflicht des Verkäufers ist; vgl. LZ 1910, 622²²). Die Verwandtschaft mit dem Werkvertrag zeigt sich darin, daß die besonderen Bedürfnisse des Bestellers und die diesen Bedürfnissen angepaßte Arbeitsleistung des Unternehmers der Verpflichtung zur Lieferung der Sache einen individuellen Charakter verleihen. Deutlich tritt diese Eigentümlichkeit in den Vordergrund bei Anfertigungen auf Grund einer Erfindung, bei Herwirkung eines künstlerischen Gedankens, bei Einrichtung einer Fabrik und bei Herstellung einer Anlage; als solche Anlage kann unter Umständen auch die Anfertigung einer Maschine betrachtet werden. Auf einen solchen Vertrag läßt § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB die Regeln über den Kauf zwar grundsätzlich zur Anwendung kommen, ändert diese Regeln jedoch nach den für den Werkvertrag geltenden Bestimmungen ab (hierüber zu § 381). Über den Begriff nicht vertretbarer beweglicher Sachen s. § 381 Anm. 16 ff.

Anm. 32

Ist der Vertrag, nach dem der Unternehmer aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare Sache herzustellen hat, ein Handelsgeschäft und der herzustellende Gegenstand eine bewegliche Sache, so erleiden die soeben erörterten Grundsätze gemäß § 381 Abs. 2 HGB eine Abänderung; es finden nämlich außer den nach § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB gemischten Regeln des Werkvertrags und des Kaufs noch weiter die §§ 373—380 HGB Anwendung. (So auch schon nach RG 25, 89; ROHG 14, 43). Das bedeutet im wesentlichen: Ist der Kauf ein zweiseitiges Handelsgeschäft, so muß der Besteller das Werk, sofern nicht die Lieferbedingungen anderes bestimmen, unverzüglich nach der Ablieferung untersuchen und seine Gewährleistungsansprüche durch rechtzeitige Mängelrüge wahren. Sind die Rechte so gewahrt, so beginnt die Verjährung dieser Ansprüche nicht wie beim Kauf mit der Ablieferung (§ 477 BGB), sondern wie beim Werkvertrag mit der Abnahme des Werks (§§ 638, 639 BGB), d. h. mit der körperlichen Entgegennahme in dem äußerlich erkennbaren Willen, die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung hinzunehmen (RG 58, 338; JW 1910, 659²⁵). Daß § 381 Abs. 2 nicht alle Vorschriften über den Handelskauf, sondern nur die §§ 373—380 auf einen solchen Vertrag anwenden will, sagt D. 245 ausdrücklich. Dieser Wille des Gesetzgebers hat auch im Gesetz selbst deutlichen Ausdruck gefunden. In der Rechtsprechung (RG 52, 316; JW 1910, 659²⁵; KG in DJZ 1903, 322; Breslau Recht 1902, 560²⁶²⁰; anders Hamburg OLGE. 9, 274) ist diese Meinung die herrschende. Weiteres s. § 381 Anm. 49 ff.

Anm. 33

XI. 1. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung wird der Stromlieferungsvertrag, also der Vertrag über die Gewährung elektrischer Kraft, durch den sich der eine Teil verpflichtet, elektrische Energie in bestimmter Spannung in der zur Zuführung

dienenden Leitung zur jederzeitigen Entnahme ständig bereitzuhalten, als ein Vertrag eigener Art betrachtet, der vorwiegend nach **Kaufrecht** zu behandeln ist, weil die zu liefernde elektrische Energie ungeachtet der Tatsache, daß sie keine Sache in dem strikten Sinn des § 90 BGB ist, im Verkehr als Ware behandelt wird (RG 67, 232; 86, 13; JW 1930, 1924; RG 148, 326ff.; Enneccerus-Lehmann 1958 S. 643f.; Soergel-Ballerstedt Vorbem. 16 vor § 433 m. w. Nachw. auch über abweichende Meinungen). Wird dagegen die elektrische Beleuchtung von Straßen, Gebäuden, Zäunen usw. übernommen, sei es für kurze oder längere Zeit, so liegt ein Werkvertrag vor (Enneccerus-Lehmann a. a. O.). Zu beachten ist dabei jedoch, daß die Energielieferung, wenn sie durch ein dem öffentlichen Recht unterstehendes Unternehmen erfolgt, häufig öffentlich-rechtlich geregelt ist.

2. Seit langem umstritten ist dagegen, ob der Stromlieferungsvertrag, wenn er analog dem Kauf zu behandeln ist, einen sogenannten Sukzessivlieferungsvertrag darstellt, d. h. einen einheitlichen Vertrag, der die Verpflichtung zur Leistung und Abnahme einer bestimmten Gütermenge beinhaltet, die jedoch nicht auf einmal, sondern in Raten abgerufen und geliefert werden soll, oder ein sogenanntes Wiederkehrschuldverhältnis, das mit jeder einzelnen Stromentnahme kraft einer, wenn auch nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragsschlusses immer wieder neu für einen weiteren Zeitabschnitt entsteht, also nicht ein für allemal begründet ist. Die Annahme eines Wiederkehrschuldverhältnisses wird vertreten von RG 148, 326ff.; Jaeger-Lent KO § 17 Bem. 18b; Bartholomeyczik, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwirtschaft 1950 S. 14; Palandt-Gramm § 433 Anm. 1a und Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 326 Anm. 13; Mentzel-Kuhn Bem. 27 zu § 17; Böhle-Stamschräder KO § 3 Anm. 4c; Ullmann JW 1933 S. 2634; Fischer NJW 1954, 379; Enneccerus-Lehmann¹⁵ S. 407.

Gegen die Konstruktion des Wiederkehrschuldverhältnisses und für einen einheitlichen Sukzessivlieferungsvertrag haben sich ausgesprochen: LG Mannheim NJW 1953, 1699 mit zust. Anm. von Böhm; OLG München Rechtsbeil. z. EltW Nr. 5/54; LG Paderborn MDR 1951, 303; LG Hagen KTS 1958, 93 mit abl. Anm. von Künne und von älteren Entscheidungen Kiel JW 1931, 2139; Ffm. JW 1931, 3146; Celle JW 1933, 928; Köln, Darmstadt, Naumburg JW 1933, 2229f.; aus der Literatur: Diekmann NJW 1955, 1387; Fischerhoff NJW 1954, 1874; Larenz, Schuldrecht I^{8/9} S. 24 Anm. 2; Soergel-Ballerstedt, Vorbem. 30 vor § 433; zweifelnd Soergel-Reimer Schmidt § 241 Rdnr. 10 a. E.; Eiser-Riederer-Sieder, Energiewirtschaftsrecht IV S. 19ff. mit weiteren ausführlichen Nachweisen über den Meinungsstreit. Offengelassen worden ist die Frage in BGH LM Nr. 3 zu § 17 KO.

Einigkeit ist nur hinsichtlich der sogenannten Sonderabnehmerverträge erzielt worden; das sind Verträge, die auf die besonderen Belange eines oder beider Vertragsparteien zugeschnitten sind, indem etwa Lieferung oder Abnahme einer Höchst- oder Mindestmenge oder ein besonderer, von dem allgemeinen Tarif abweichender Preis vereinbart worden ist. Sie werden heute fast allgemein als echte Einheitsverträge angesehen (BGH LM Nr. 3 zu § 17 KO). Für die normalen Kleinabnehmerverträge hat der Meinungsstreit die Frage einer Klärung nicht näher gebracht. Beide Meinungen können beachtliche Gründe für ihre Ansicht anführen: Die Befürworter des Wiederkehrschuldverhältnisses können geltend machen, daß die Stromabnehmerverträge deutlich von dem gewohnten Bild echter Sukzessivlieferungsverträge (zum Begriff s. o. Anm. 33) abweichen, insofern als bei ihnen von einem einheitlichen Vertrag über die ratenweise Lieferung einer bestimmten Menge elektrischer Energie schwerlich die Rede sein kann, da eine abzunehmende Menge nicht festgelegt ist, sondern erst später durch den tatsächlichen Stromverbrauch bestimmt wird. Für den Einheitsvertrag spricht dagegen die Gekünsteltheit der Konstruktion ständig neuer (stillschweigender) Vertragsschlüsse bei jeder neuen Stromabnahme, die dem Wiederkehrschuldverhältnis zugrunde liegt, sowie der Text des Abschn. III 2 der Allg. Versorgungsbedingungen, der ausdrücklich von einem Vertrag spricht, der „ein einheitliches dauerndes Rechtsverhältnis“ schafft. Hinter dem gesamten Meinungsstreit steht ein konkursrechtliches Problem: die Sorge der Verteidiger des Wiederkehrschuldverhältnisses, bei Annahme eines einheitlichen Vertrages könnte der Konkursverwalter des Stromkunden die Weiterbelieferung mit Strom nur erreichen, indem er nach § 17 KO in das gesamte Vertragsverhältnis mit dem Ver-

Ann. 34

Ann. 35

sorgungsunternehmen auch hinsichtlich der vergangenen Zeitabschnitte eintritt, wodurch die rückständigen Stromgeldforderungen aus dem Range einfacher Konkursforderungen herausgehoben und zu Masseschulden würden (§ 59 Nr. 2 KO). Die Konstruktion des Wiederkehrschuldverhältnisses soll dagegen sicherstellen, daß nur das Entgelt für die nach Konkurseröffnung bezogenen Stromlieferungen Masseschuld wird (§ 59 Nr. 1 KO), die rückständigen Forderungen aus der Zeit vor Konkurseröffnung dagegen Konkursforderungen bleiben. Es muß jedoch bezweifelt werden, ob der Lösung des Problems durch die Verschiebung auf die dogmatische Ebene unter der Fragestellung Sukzessivlieferungsvertrag oder Wiederkehrschuldverhältnis in irgendeiner Weise gedient ist. Auch bei Annahme eines einheitlichen Stromlieferungsvertrages kann der Konkursverwalter die Erfüllung nach § 17 KO ablehnen, wodurch sich die rückständigen Forderungen des Versorgungsunternehmens in einen Schadensersatzanspruch umwandeln, der einfache Konkursforderung ist, und anschließend sofort den Abschluß eines neuen Vertrages fordern. Das nach § 6 Abs. 1 EnerG einem Kontrahierungszwang unterliegende Versorgungsunternehmen ist verpflichtet, diesen Antrag anzunehmen, es sei denn, daß ihm der Abschluß „aus wirtschaftlichen Gründen . . . nicht zugemutet werden kann“ (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 EnerG). M. E. sollte der Streit um den konkursrechtlichen Rang der rückständigen Forderungen, um den es letztlich bei der Frage nach dem Wiederkehrschuldverhältnis allein geht, hier bei der Frage der Zumutbarkeit für das Versorgungsunternehmen offen ausgetragen werden. Gegen die Annahme, der Neuabschluß sei dem Versorgungsunternehmen nicht zumutbar, weil es ständig seine kostspieligen Erzeugungs- und Verteilungsanlagen unterhalten müsse und deshalb wegen seiner Entgeltforderungen für die Vergangenheit nicht auf die Konkursquote verwiesen werden dürfe, BGH LM Nr. 3 zu § 17 KO (für einen Sonderabnehmervertrag). Es wäre jedoch wünschenswert, der Gesetzgeber würde diese Frage einer endgültigen Klärung zuführen, vgl. die Regelung in § 36 Abs. 2 VglO.

Anm. 86 3. Die deutsche Energiewirtschaft (Elektrizitäts- und Gasversorgung) untersteht der Staatsaufsicht: § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz) vom 13. Dezember 1935 (RGBl. I S. 1451). Das Energiewirtschaftsgesetz ist nach 1945 in Kraft geblieben und gilt einschließlich seiner DVOn. seit 1949 als Bundesrecht fort. Für das Rechtsverhältnis zwischen dem Versorgungsunternehmen und den Beziehern elektrischer Energie sind im besonderen maßgebend die „Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorgungsunternehmen“, welche auf Grund des § 7 des EnerG mit Wirkung vom 1. April 1942 an für verbindlich erklärt worden sind. Nach einem Gutachten des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 1952 gelten die Allgemeinen Bedingungen als Rechtsverordnungen fort, nach anderer Meinung handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen, vgl. die Nachw. bei Eiser-Riederer-Sieder IV S. 3ff. Wegen weiterer Einzelheiten zum Energiewirtschaftsrecht s. die bereits zitierte Spezialliteratur sowie Ludwig/Cordt/Stech, Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, Wasserversorgung, 1965. Nachweise über die ältere Literatur finden sich in der Voraufll. Anm. 14.

Anm. 87 4. Gas-, Wasser- und Dampflieferungsverträge bieten keine Besonderheiten. Die Gasuntersteht genauso wie die Elektrizitätsversorgung der Staatsaufsicht (§ 1 Abs. 1 EnerG, s. dazu auch schon vorige Anm.). Gas (RGSt. 11, 117), Wasser (vgl. RGSt. 14, 121; JW 1901, 442⁹¹), Dampf in Röhrenleitungen (RGSt. 44, 335) sind bewegliche Sachen, Verträge über ihre Lieferung sind daher Kaufverträge. Auch hier besteht die Streitfrage, ob die Verträge als ein einheitliches Liefergeschäft oder als Wiederkehrschuldverhältnis aufzufassen seien, s. dazu oben Anm. 34f. Für Tarifabnehmer von Gas gelten die „Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz der Gasversorgungsunternehmen“, die zugleich mit den Allg. Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit für verbindlich erklärt worden waren, sowie die Tarifordnung vom 10. 2. 1959 (vgl. zur Gaslieferung: Stein, Die Allgemeinen Versorgungsbedingungen mit Gas, 1952; Ludwig/Cordt/Stech a. a. O.; Freudenburg, Gaslieferungsverträge JR 1950, 649). Verträge auf Lieferung von Wärme sind dagegen ähnlich zu beurteilen wie Elektrizitätslieferungsverträge.

Anm. 88 5. Nebenleistung ist die Verpflichtung zu Lieferung von Gas, Wasser, Dampf und Wärme, wenn sie untrennbar mit der Gewährung von Räumen verbunden ist. Wird eine

Wohnung mit Zentralheizung oder elektrischem Licht oder Gasbeleuchtung, eine Fabrik mit Dampfkraft, ein Raum mit Wasserzuführung vermietet, so ist eine besondere Eigenschaft der Mieträume gewährleistet, die die Räume erst gebrauchsfertig macht, wie auch z. B., wenn ein Kühlraum vermietet wird, dem die niedrige Temperatur erst durch Durchlüftung oder Umhüllung verliehen wird (vgl. RG 75, 354; 33, 47; RGSt. 20, 417; WarnRspr. 1913 Nr. 285; SeuffA 62, 60). Es handelt sich dann um einen einheitlichen Mietvertrag, auch wenn die Vergütung für Licht, Heizung usw. besonders berechnet ist; es liegt darin nur ein Zuschlag zum Mietpreis der Räume. Darüber, ob der Mieter einen besonderen Zuschlag zum Mietzins zu entrichten hat, wenn nichts ausgemacht ist, entscheidet die örtliche Gewohnheit (vgl. Bamberg SeuffA. 62, 60). Das Entgelt für die Überlassung von Gasuhren, Wasser- und Kraftmessern ist nicht als Miete, sondern als Zuschlag zu dem für die Lieferung der Kraft zu zahlenden Preise anzusehen (vgl. Kiel SchlHolstAnz. 11, 227).

XII. Gemischte Rechtsgeschäfte. (Literatur: Hoeniger, Gemischte Verträge in ihren Grundformen, 1910; Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, Iher. Jb. 60, 106; Enneccerus-Lehmann, § 100 S. 393ff.; Larenz, II⁸ § 34 S. 1ff.). Der gesetzliche Typ des Handelskaufs, wie er sich aus der Gesamtheit der Vorschriften des bürgerlichen und Handelsrechts ergibt, beansprucht für den Geschäftsverkehr keine Verbindlichkeit. Anders als im Sachenrecht gibt es im Schuldrecht keinen Typenzwang. Das Gesetz bildet vielmehr nur das ab, was es im Wirtschaftsleben als den typischen Kaufvertrag als Resultat der historischen Entwicklung vorgefunden hat. Das Prinzip der Vertragsfreiheit stellt es den Parteien frei, im Rahmen des nachgiebigen Rechts diesen gesetzlichen Vertragstypus des Handelskaufs nach ihren Bedürfnissen abzuändern, wozu auch gehört, daß in einem Handelskauf Elemente anderer Vertragstypen aufgenommen werden können. Man spricht dann von gemischten Verträgen. Gewöhnlich werden folgende Arten gemischter Verträge unterschieden, wobei allerdings einzuschränken ist, daß auch diese Systematik keinerlei Verbindlichkeit für sich in Anspruch nehmen kann:

Anm. 39

1. Typische Verträge mit **andersartiger Nebenleistung**. Als Beispiel bietet sich etwa ein Lieferungsvertrag mit zusätzlicher Montageverpflichtung an, wenn letzterer keine wesentliche Bedeutung für den Gesamtvertrag zukommen soll (teilweise anders Larenz II⁸ S. 5, der Verträge mit andersartiger Nebenleistung noch nicht zu den gemischten Verträgen rechnen will; in der Sache selbst besteht aber Übereinstimmung).

2. Kombinations- oder Zwillingsverträge. Bei ihnen besteht die Gegenleistung des einen Vertragsteils aus mehreren Leistungen, von denen keine für sich allein die Hauptleistung ist und die jeweils einem anderen Vertragstyp angehören. Als Beispiel möge wiederum der schon genannte Lieferungsvertrag mit Montageverpflichtung dienen, mit dem Unterschied allerdings, daß diesmal der Montage wesentliche Bedeutung zukommt. Ein weiteres, häufig genanntes Beispiel ist der Vertrag des Pensionsgastes bei einem Gastwirt, bei dem die Leistung des Wirtes Elemente der Miete (Zimmer), des Kaufes (Speisen, Getränke) und der Dienstleistung (Bedienung usw.) enthalten kann.

3. Doppeltypische oder Zwitterverträge. Diese von Larenz a. a. O. S. 6 plastisch Austauschverträge mit anderstypischer Gegenleistung genannten Verträge sind dadurch charakterisiert, daß die ausgetauschten Leistungen, also Leistung und Gegenleistung, jeweils einem anderen Vertragstyp angehören. Z. B. besteht bei einem Veräußerungsgeschäft die Gegenleistung ausnahmsweise nicht in Geld, sondern in der Verpflichtung zur Erbringung gewisser Dienstleistungen oder in der zeitweisen Überlassung bestimmter Betriebsanlagen.

4. Verträge mit Typenvermischung oder Typenverschmelzungsverträge. Sie sind zu finden bei den sogenannten Geschäftsbesorgungsverträgen des § 675 BGB (hier sind Werk- oder Dienstvertrag und Auftrag miteinander verschmolzen) sowie bei der gemischten Schenkung (Verschmelzung von Schenkung und einem Austauschvertrag, etwa Kauf).

Die rechtliche Behandlung dieser gemischten Verträge entzieht sich jedem Schema. Sie richtet sich zuallererst mehr noch als bei den normalen typischen Geschäften nach den Besonderheiten des konkreten Vertrages unter Berücksichtigung der von den Parteien verfolgten Zwecke. Lücken in den vertraglichen Vereinbarungen müssen dadurch

Anm. 40

geschlossen werden, daß auf dieser Grundlage behutsam ermittelt wird, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie bei Vertragsschluß daran gedacht hätten, den später strittig gewordenen Punkt ausdrücklich zu regeln (sogenannter hypothetischer Parteiwille). Die Heranziehung der gesetzlichen auf typische Verträge zugeschnittenen Regeln muß stets der Ermittlung des so verstandenen Parteiwillens untergeordnet bleiben. Am unbedenklichsten lassen sich die dispositiven Normen des Gesetzes noch bei der ersten obengenannten Gruppe anwenden. Bei ihnen prägt der Vertragstypus der Hauptleistung den Vertrag in seiner Gesamtheit. Für die Nebenleistung können bestenfalls einige Vorschriften des Vertragstyps, dem sie angehört, ergänzend herangezogen werden. Ein solcher Fall liegt vor beim Verkauf eines Geschäftsgeheimnisses unter Verpflichtung zur Anleitung bei der Verwendung, bei der Überlassung einer Erfindung auf bestimmte Zeit gegen Entgelt mit der Verpflichtung zur Unterstützung (Pachtvertrag, RG 76, 235; 90, 164), bei dem schon mehrfach zitierten Beispiel des Verkaufs einer Maschine unter der Verpflichtung des Verkäufers, die Maschine aufzustellen und den Käufer in ihre Handhabung einzuweisen (ROHG 9, 219; 11, 63), bei Verkauf eines Warenlagers und des Inventars mit der Verpflichtung, in die Verträge mit den Angestellten und in den Mietvertrag über die Geschäftsräume einzutreten (Gruch. 28, 1034). Bei der Miete von Elektrizitätszählern, Gas- und Wassermessern als Nebenleistung kann die Gewährleistung für diese Geräte ergänzend nach den Grundsätzen der Miete zu behandeln sein. Bei den Verträgen der Gruppe 2, den sogenannten Kombinationsverträgen, werden hingegen häufig die Regeln der beiden kombinierten Vertragsarten nebeneinander jede für sich anzuwenden sein. Besteht die Verpflichtung des Veräußerers im genannten Beispiel in der Lieferung und Aufstellung der Maschine oder Anlage, ohne daß letztere Nebenverpflichtung ist, so werden Mängel der Ware selbst nach den Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts, Mängel der Montage nach denjenigen des Werkvertragsrechts behandelt (so auch Larenz a. a. O. S. 6). Die Einheitlichkeit des Vertrages zeigt sich jedoch daran, daß ein etwaiges Wandlungsrecht in bezug auf die eine Leistung den gesamten Vertrag erfaßt, falls bei Wandlung des einen Leistungsteils auch das Interesse an dem anderen fortfällt. Auch der Verkäufer, der sich zugleich verpflichtet, die von ihm fortgesetzt zu liefernden Waren im Dienst des Käufers zu vertreiben, hat wie beim Dienstvertrag das Kündigungsrecht nach § 626 BGB für das ganze aus Kauf und Dienstvertrag gemischte Rechtsgeschäft beim Vorhandensein eines wichtigen Grundes; dasselbe Recht muß dann auch dem Käufer zustehen. Ähnliches gilt bei der dritten Gruppe, den doppeltypischen Verträgen. Bei ihnen gilt für Leistung und Gegenleistung jeweils die zu ihrem Vertragstyp gehörende Regelung, soweit nicht die innere Einheitlichkeit des Vertrages zwingend die Auflösung des gesamten Vertrages, etwa im Kündigungsfall, erfordert. Bei den Verträgen der Gruppe 4, unter denen in dem hier interessierenden Zusammenhang im wesentlichen die gemischte Schenkung in Betracht kommt, kann der Sinn des Vertrages zuweilen die Zerlegung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil fordern (Trennungstheorie) oder die Betonung der Einheitlichkeit des Geschäfts. Vgl. hierzu insbesondere Enneccerus-Lehmann¹⁵ S. 402 und S. 496 ff. und Larenz a. a. O. S. 127 ff. Mehrere aus wirtschaftlichen Gründen zusammengefaßte Rechtsgeschäfte brauchen schließlich überhaupt kein Rechtsgeschäft mit einheitlicher Beurteilung zu sein; es ist immer Tatfrage, welche Vertragsform den einzelnen Punkten gerecht wird. Anders, wenn das eine Rechtsgeschäft nicht ohne das andere bestehen kann; dann ist nur ein einheitlicher Vertrag vorhanden. Diese Einheitlichkeit wird nicht dadurch gestört, daß die Parteien bei den mehreren Rechtsgeschäften nicht dieselben sind. Mängel des einen Rechtsgeschäfts treffen auch das andere (RG 51, 181; 79, 436; 86, 107; 97, 220). Diese Einheitlichkeit beantwortet auch die Frage nach der Form dahin, daß für alle Einzelgeschäfte die höchste Form verlangt wird, die für eines der Geschäfte vorgeschrieben ist (§ 350 Anm. 38). Handelt es sich nicht um einen solchen Gesamtvertrag, so daß die Erfüllbarkeit jedes einzelnen Geschäfts von dem Bestand des andern unabhängig ist, so ist der Zusammenhang nur ein äußerlicher; jedes Geschäft hat sein eigenes Schicksal (RG 79, 311).

D. Der Abschluß des Handelskaufs

Anm. 41 I. Der Abschluß des Handelskaufs ist grundsätzlich formlos möglich. Die Formfreiheit beruht aber nicht auf einer Vorschrift des HGB, sondern sie ergibt sich daraus, daß

schon das BGB von der Regel ausgeht, daß Verträge formfrei sind. Zu beachten ist jedoch § 311 BGB, wonach ein Vertrag über das ganze Vermögen in gerichtlicher oder notarieller Form abgeschlossen werden muß. Zum ganzen Vermögen können auch Waren und Wertpapiere gehören. Keine Ausnahme von dem Grundsatz der Formfreiheit machen die Wertpapiere, die durch Indossament übertragen werden. Denn die Indossierung des Wertpapiers ist die Erfüllung des Kaufgeschäfts. Der Kaufvertrag selbst bedarf auch bei indossablen Wertpapieren keiner Form. Die Vorschrift über die Form von Grundstücksveräußerungsverträgen (§ 313 BGB) kommt hier nicht in Betracht, da der Kaufvertrag über ein Grundstück kein Handelskauf ist (vgl. oben Anm. 17). Auch die Formvorschrift des § 15 GmbHG, nach dem der obligatorische Vertrag über Veräußerung von Geschäftsanteilen einer solchen Gesellschaft an die gerichtliche oder notarielle Form geknüpft ist, kommt hier nicht in Betracht, weil ein solcher Geschäftsanteil weder eine bewegliche Sache noch ein Wertpapier ist und daher nicht Gegenstand eines Handelskaufs sein kann (oben Anm. 17).

Kann der Handelskauf also regelmäßig formlos geschlossen werden, so genügen auch stillschweigende Willenserklärungen. Es ist nichts weiter erforderlich, als daß nach den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen die beiden übereinstimmenden Willenserklärungen vorhanden sind, und zwar in bestimmbarer Weise. Verkehrsbüchlich erfolgt in Detailgeschäften, die mit Kassenzetteln verkaufen, insbesondere in Warenhäusern, die Annahme des Kaufantrages durch Ausstellung und Übergabe des Abschlußzettels (KG in KGBI. 1924, 107). Gleiches gilt für den Kauf in Selbstbedienungsläden. Eine Form für den Vertragsabschluß kann jedoch von den Parteien vereinbart sein; § 350 Anm. 44. Über Ausstellung von Bestätigungsschreiben, Schlußnoten, Bestellscheinen s. § 346 Anm. 101ff.; vgl. dort auch zur Wirkung der stillschweigenden Entgegennahme derselben. **Anm. 42**

II. Der Abschluß eines wirksamen Kaufvertrages setzt (wie bei allen Verträgen) voraus, daß sich die Parteien über alle Punkte des Vertrages geeinigt haben, „über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll“ (§ 154 BGB). Dazu und über das Zustandekommen von Verträgen im allgemeinen vgl. den Anhang zu § 361. Für den Kaufvertrag im besonderen ist **wesentlich, daß die vertragschließenden Parteien, der Kaufgegenstand und der zu entrichtende Preis mindestens bestimmbar sind.** **Anm. 43**

1. Zwei bestimmte Parteien müssen miteinander einig werden. Jedoch ist Verkauf in fremdem Namen ohne Nennung des Auftraggebers möglich. Der Käufer kann auf Nennung des Namens des Verkäufers verzichten; es ist dies nicht nur so gemeint, daß später der Name auf Verlangen des Käufers mit der Wirkung zu offenbaren wäre, daß der Abschließende selbst hafte, wenn er seinen Auftraggeber nicht namhaft machen kann. Für den Handelsmakler besteht zwar ein solcher Satz bei Schlußnoten mit vorbehaltener Aufgabe (§ 95 Anm. 1ff.). Es ist jedoch auch möglich, daß mit Einverständnis des Käufers der Verkäufer ungenannt bleibt. Es können ferner bestimmte Eigenschaften des Gegners, z. B. daß die vorbehaltene Auskunft über ihn genüge (Naumburg OLGE 24, 177), oder daß er ein Primakassekunde oder Primaablander sei, ausbedungen werden (§ 95 Anm. 6). War der Verkäufer in den Glauben versetzt, es handle sich um einen inländischen Käufer, während ihm nachher ein ausländischer Käufer genannt wird, dem er als solchem nur zu einem höheren Preise verkauft hätte, so unterliegt der Kauf der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.

2. Preis und Ware müssen bestimmbar sein. Ausreichend ist, wenn die Parteien sich über die Modalität der Preisberechnung derart geeinigt haben, daß die Festsetzung des Preises der Willkür einer Partei entrückt ist und ohne weitere Zustimmungserklärung der Parteien objektiv erfolgen kann. Es genügt, daß die Leistung nach Gegenstand, Art, Zeit und Ort aus objektiv gegebenen Umständen bestimmbar ist, sei es durch eine der Vertragsparteien nach §§ 315, 316 BGB (unten Anm. 51ff.), sei es durch einen Dritten nach § 317 BGB (unten Anm. 45ff.), sei es in ergänzender Auslegung durch das Gericht (RG 60, 175; 66, 121; 85, 291; 90, 29; JW 1912, 73¹¹; LZ 1913, 380¹²). Ist die Lücke aber so groß, daß sie nicht durch billiges Ermessen ergänzt werden kann, so ist der Vertrag unwirksam (RG 41, 282; 85 291). **Anm. 44**

Anm. 45 a) Dem Erfordernis der Bestimmbarkeit kann dadurch genügt werden, daß die Bestimmung einem Dritten überlassen wird (Schiedsgutachter, Schiedsrichter). Die Bestimmung der Leistung kann nach Art, Zeit, Umfang usw. oder nach allen diesen Beziehungen dem Ermessen des Dritten anheimgegeben werden. Die durch den Dritten getroffene Bestimmung hat hier insofern konstitutive Bedeutung, als durch sie der Inhalt der den Parteien obliegenden Pflichten erst konkretisiert, u. U. die Rechtspflicht der Partei überhaupt erst begründet wird. Der Dritte hat im Zweifel die Bestimmung nach billigem Ermessen (= sachverständigem Ermessen, RG LZ 1908, 160¹⁹; WarnRspr. 11, 319; JW 1936, 502) zu treffen: § 317 BGB. Die von dem Dritten getroffene Entscheidung ist unwiderruflich (RG WarnRspr. 1913 Nr. 356). Sie ist ein unverbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist: § 319 Abs. 1 S. 1 BGB und kann unter dieser Voraussetzung auch Schadensersatzansprüche gegen den Dritten auslösen; BGH 43, 374. Die Parteien können aber auch vereinbaren, daß die Bestimmung des Dritten schon dann unverbindlich sein soll, wenn sie unbillig ist; offenbare Unbilligkeit ist dann zur Unverbindlichkeit nicht erforderlich (RG 99, 106). Zur Frage, inwieweit durch die Schiedsgutachtereinbarung die Erteilung von Auskunft zwecks Überprüfung des Schiedsgutachtens ausgeschlossen werden kann s. OGHZ 4, 39.

Anm. 46 Offenbar unbillig ist das Schiedsgutachten nicht schon dann, wenn es objektiv unbillig ist. Offenbare Unbilligkeit liegt vielmehr erst dann vor, wenn der Schiedsgutachter den Grundsatz von Treu und Glauben in grober Weise verletzt hat und sich die Unbilligkeit seines Spruchs dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers — wenn auch möglicherweise erst nach eingehender Prüfung, BGH VersR 1963, 390 oder Beweisaufnahme RG LZ 1911, 546¹⁹ — sofort aufdrängen muß RG 69, 167; 96, 62; 99, 106; 105, 106; 147, 58, 63; WarnRspr. 1909 Nr. 395; 1911 Nr. 319; 1913 Nr. 356; JW 1908, 711³; LZ 1910, 547¹³; 1913, 381¹³; BGH NJW 1958, 2067; BB 1963, 281; LM Nr. 8 zu § 317 BGB Flüchtigkeit und Oberflächlichkeit bei den der Bestimmung vorangehenden Ermittlungen ist noch nicht gleichbedeutend mit offenkundiger Unbilligkeit. Ebensovienig genügt es, daß andere Sachverständige zu einem anderen Ergebnis gelangen (RG WarnRspr. 1913 Nr. 357). Für die Unbilligkeit kommt es allein auf das Ergebnis des Schiedsgutachtens an; die Verletzung selbst wesentlicher Verfahrensgrundsätze, wie die Verweigerung des rechtlichen Gehörs, ist ohne Belang, BGH 6, 335. Ähnliches gilt für die unzutreffende Auslegung des Vertrages (RG JW 1910, 836⁷⁴; Gruch. 50, 828). Andererseits ist ein Schiedsgutachten insoweit ohne bindende Kraft, als es über den Rahmen der den Schiedsgutachtern gestellten Aufgabe hinausgeht (RG JW 1910, 836⁷⁴).

Anm. 47 Abgrenzung von ähnlichen Erscheinungen. § 317 BGB setzt voraus, daß der Dritte die Leistung einer der Parteien gerade für ihren Vertrag bestimmen soll. Die Vorschrift findet daher keine Anwendung, wenn die Parteien die Marktpreise als maßgebend bezeichnen, die von irgendeinem Ausschusse ganz allgemein für Geschäfte dieser Art festgesetzt werden (RG JW 1904, 289⁹), oder wenn die Parteien die Leistung nach Maß, Menge, Gewicht oder sonstwie schätzungsweise angegeben haben, denn § 317 BGB setzt eine erst durch Schätzung nach Maß, Menge, Gewicht oder sonstwie zu bestimmende Leistung voraus. Die Regeln der §§ 317 bis 319 BGB sind jedoch zumindest entsprechend anzuwenden auf diejenigen Schiedsmänner, die zwar nicht den Vertragswillen ergänzen sollen, dafür aber vermöge ihrer besonderen Sachkunde entweder a) den bereits vorhandenen Vertragswillen klarstellen oder b) bestimmte Unterlagen herbeischaffen und (natürliche oder rechtliche) Tatsachen feststellen sollen. Die unter a) und b) genannten Tätigkeiten bezeichnet man als Schiedsgutachten im engeren oder eigentlichen Sinne (RG 96, 60). Da der Dritte bei diesen Schiedsgutachten im eigentlichen Sinne nicht die Aufgabe hat, den Vertragsinhalt zu schaffen, sondern Tatsachen klarzustellen, zu ermitteln, kann Maßstab für die Unverbindlichkeit seines Gutachtens nicht dessen offenbare Unbilligkeit (§ 319 Abs. 1 BGB) sein, sondern dessen offenbare Unrichtigkeit: BGH LM Nr. 7 zu § 317 BGB; BGH NJW 1965, 150; OLG Celle MDR 1962, 900. Die Schiedsgutachter, die an Stelle der Kontrahenten den Vertragswillen ergänzen (Mot. zu § 357 des Entw. S. 195) oder in der zuletzt erwähnten Weise klarstellen sollen, sind **zu unterscheiden von** den in § 1025 ZPO vorgesehenen **Schiedsrichtern**, die Rechts- und Tatfrage gleich dem ordentlichen Richter entscheiden. Das schieds-

richterliche Verfahren findet auf Schiedsgutachter keine entsprechende Anwendung. Der wesentliche Unterschied zwischen Schiedsrichter und Schiedsgutachter besteht darin, daß der Schiedsrichter über Existenz oder Nichtexistenz einer materiellen Berechtigung zu entscheiden, die aus dem Tatbestand entspringende Rechtsfolge festzustellen hat, indem er das objektive Recht auf einen konkreten Fall anwendet, während der Schiedsmann nicht Recht anwendet, sondern erst gestaltend festsetzt, was zwischen den Parteien gelten soll, also an Stelle der Parteien das vertragliche Recht setzt. Der Schiedsrichter entscheidet an Stelle des Richters einen Rechtsstreit, der Schiedsgutachter setzt Tatbestandselemente fest, ohne die sich daraus ergebende Folgerung für oder gegen den Anspruch einer der beiden Parteien zu ziehen; vgl. zu der Abgrenzung eingehend BGH 6, 335, 338. Der Schiedsgutachter entscheidet also im Gegensatz zum Schiedsrichter und zum ordentlichen Richter nicht über rechtliche Ansprüche der Parteien, sondern nur über Vorfragen, wie über die Auslegung von Vertragsbedingungen, die Art der Ausführung einer Leistung, über die Qualität einer Ware oder deren Minderwert (OLG Hbg. OLGE 17, 378; 38, 57), über die Höhe eines Schadens, die Angemessenheit des Preises, die Ursächlichkeit eines Ereignisses, die Wertberechnung in einem Auseinandersetzungsverfahren (BGH NJW 1957, 1834), den Zeitwert eines Fahrzeugs durch Schätzung (BGH LM Nr. 7 zu § 317 BGB) oder die Voraussetzungen einer Kündigung (BGH 9, 143, 145). Dieser Unterschied freilich wird insofern etwas verwischt, als auch im Rahmen eines Schiedsgerichtsverfahrens dem Schiedsrichter größere Entscheidungsfreiheit nach billigem Ermessen und damit eine Gestaltungsbefugnis eingeräumt werden kann; vgl. z. B. RG 147, 24. Gleichwohl behält der Unterschied zwischen schiedsrichterlicher Streitentscheidung und schiedsgutachtlicher Leistungsbestimmung seine Bedeutung: das Schiedsgerichtsurteil kann nur aus den in § 1041 ZPO genannten Gründen aufgehoben werden, das Schiedsgutachten dagegen unterliegt den §§ 318 Abs. 2, 319 BGB. Der Schiedsrichtervertrag bedarf nach § 1027 ZPO der Schriftform, außer wenn er beiderseitiges Handelsgeschäft unter Vollkaufleuten ist, § 1027 Abs. 2 ZPO. Aus einem Schiedsspruch gemäß §§ 1042 ff. ZPO findet die Zwangsvollstreckung statt, während die Bestimmung der Leistung nach § 317 BGB niemals für vollstreckbar erklärt werden kann, vielmehr, wenn der eine Vertragsteil die durch den Schiedsmann konkretisierte Verpflichtung nicht erfüllt, die andere Partei erst die Erfüllungsklage erheben muß. Es ist daher, auch wenn einem Schiedsgericht sowohl Streitentscheidung als auch Gestaltung nach billigem Ermessen übertragen ist, die Funktion des Schiedsgerichts zu unterscheiden, indem es zum einen im Rahmen der §§ 1025 ff. ZPO, zum anderen gemäß der §§ 317 ff. BGB tätig wird, mag es auch äußerlich in einem einheitlichen Verfahren erfolgen. Sofern jedoch die Parteien zur Beendigung eines streitigen Rechtsverhältnisses, das schiedsrichterlich zu entscheiden ist, das Schiedsgericht im Rahmen des schiedsrichterlichen Verfahrens auch zur Gestaltung ihrer Rechtslage ermächtigen, erfolgt auch diese durch Urteil.

In einem Vertrag zugunsten eines Dritten kann eine Schiedsklausel mit Wirkung für den Dritten vereinbart werden (LZ 1925, 1325⁶). Sind Schiedsmänner nicht von vornherein im Vertrag vorgesehen oder ist ein Schiedsgutachtervertrag erst abgeschlossen, nachdem der Schaden entstanden war, so hat der Vertrag die rechtliche Natur eines Vergleichs (§ 350 Anm. 3). Die Schiedsmänner sind im Zweifel in gemeinsamem Zusammenwirken der Parteien zu ernennen. Sind drei Schiedsmänner vorgesehen, so ist der Obmann, wenn sich die Parteien nicht einigen, von den zwei Schiedsmännern zu ernennen, von denen jede Partei einen ernannt. Es ist zulässig, einem Vertragsteil oder einem Dritten die Ernennung sämtlicher Schiedsmänner vertraglich einzuräumen (vgl. RG 26, 373; WarnRspr. 1919 Nr. 5). Auch auf eine Behörde können sich die Parteien als die zur Ernennung Berechtigte einigen, wenn die Ernennung in den Geschäftsbereich der Behörde gehört, wie z. B. Handelskammern (RG 53, 387). Gerichte können jedoch nicht zur Ernennung angegangen werden (RG 94, 174; JW 1919, 320²³), sondern nur Richter für ihre Person. Nur eine physische Person, nicht eine Firma kann Schiedsmann sein (Mot. II 194). Ist doch eine Firma ernannt, so ist es Sache der Auslegung, wer von der Firma oder ihren Angestellten gemeint ist, OLG Hamburg, OLGE 17, 378. Auch auf eine Behörde können sich die Parteien einigen, soweit diese Behörde nicht schon kraft Gesetzes zur verbindlichen Entscheidung zuständig ist: BGH LM Nr. 8 zu § 317 BGB; vgl. auch BGH NJW 1955, 665 = LM Nr. 8 zu § 1025 ZPO; ein Gericht

kann dagegen nie zum Schiedsmann bestellt werden: RG 169, 232, 237; BGH LM Nr. 8 zu § 1025 ZPO und Nr. 3 zu § 317 BGB; vgl. aber auch OLG Hamburg JZ 1963, 172 (zweifelhaft!). Ein Recht, den von der anderen Partei benannten Schiedsmann wegen Befangenheit abzulehnen, besteht nicht, RG 152, 207. Kann oder will der Dritte den Spruch nicht geben oder verzögert er ihn ungebührlich, so ist der Rechtsweg in der Sache selbst eröffnet (§ 319 Abs. 1 BGB; § 64 Abs. 1 Satz 2, § 184 Abs. 1 Satz 2 VVG). Haben die Schiedsmänner zwar einen Minderwert festgestellt, aber nicht dessen Betrag, so kann die Klage nur auf den Betrag gerichtet werden. Die rechtliche Grundlage bildet auch dann noch der Schiedsvertrag (RG 90, 170). Dasselbe gilt, wenn der Vertragsgegner seine Mitwirkung zur Ernennung des Schiedsmannes verweigert (RG 33, 268) oder die nötigen Schritte zur Berufung des Schiedsmannes innerhalb angemessener Frist unterläßt (LZ 1907, 663^a). Das Verfahren richtet sich im Zweifel nach den am Ort der Begutachtung bestehenden Gebräuchen; jedenfalls kann kein Vorwurf daraus hergeleitet werden, daß der Dritte die dort geltenden Prozeßgesetze beobachtet hat. Die Parteien müssen sich gegenseitig von der Aufstellung ihres Schiedsmannes Nachricht geben, damit jeder Teil vor den Schiedsmännern seinen Standpunkt vertreten kann. Irgendwelche Verfahrensvorschriften bestehen im Gegensatz zum schiedsrichterlichen Verfahren nicht. Erweist sich die Kommission nachträglich als unrichtig zusammengesetzt, so muß sich jeder Teil auf einen neuen Spruch einlassen. Der Spruch eines nur aus zwei Schiedsmännern bestehenden Schiedsausschusses muß einstimmig erfolgen (RG 87, 195), es sei denn es handle sich um Ziehung einer Durchschnittssumme (§ 317 Abs. 2 BGB). Der Mittelwert kann aber dann nicht maßgebend sein, wenn die Schätzungen der beiden Schiedsgutachter so weit voneinander abweichen, daß entweder die eine oder die andere offenbar unbillig sein muß, BGH LM Nr. 9 zu § 317 BGB = NJW 1964, 2401. Zur Bestimmung einer Summe durch mehrere Dritte, vgl. auch Laule DB 1966, 769. Sind mehr als zwei Schiedsmänner bestellt, so geht der Parteiwille im Zweifel und wenn nicht etwa eine Durchschnittssumme zu ziehen ist (§ 317 Abs. 2 BGB) dahin, daß Stimmenmehrheit den Spruch bestimmt (Kiel OLGE. 16, 367). Zu den Pflichten des bei Mehrheitsentscheidung Überstimmten: BGH 22, 343. Soll die Mehrheit nicht entscheiden, so braucht der Überstimmte sich der Mehrheit nicht zu fügen und deren Spruch nicht mit zu unterzeichnen. Gegen den Spruch selbst findet der Rechtsweg nach doppelter Richtung statt: Die unterlegene Partei kann den Spruch wegen Irrtums, Bedrohung oder arglistiger Täuschung des Schiedsmannes anfechten (§ 318 BGB); die siegende Partei wird sich alsdann nicht auf einen neuen Spruch einzulassen brauchen, sondern Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte verlangen dürfen. Die unterlegene Partei kann ferner wegen offener Unbilligkeit des Spruchs die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung in der Sache selbst anrufen (§ 319 Abs. 1 BGB).

Anm. 48 Die Parteien können auch stillschweigend vereinbaren, daß die Bestimmung eines Dritten unbedingt maßgebend sein soll. Dies ist der Fall, wenn der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen soll (§ 319 Abs. 2 BGB). Dann gilt die Bestimmung des Dritten, auch wenn sie offenbar unbillig ist. Nur arglistiges Zusammenwirken einer Partei mit dem Schiedsmann ermöglicht alsdann einen Angriff (RG 24, 360; a. M. RG 10, 131), abgesehen von der Anfechtung wegen Irrtums, Drohung und arglistiger Täuschung (§ 318 BGB; WarnRspr. 1913 Nr. 356). Eine solche unbedingte Unterwerfung unter die Bestimmung eines Dritten wird in der Regel aus der Abrede des Ausschlusses des Rechtsweges zu folgern sein (RG 24, 360; KG in OLGE. 17, 210) und in der Arbitrageklausel.

Anm. 49 Die Arbitrageabrede (Frommer ZHR 39, 325; Witkowski JW 1916, 1327; Zander Gruch. 49, 792) bedeutet im eigentlichen und ursprünglichen Sinne, daß bei Streit darüber, ob eine Ware kontraktgemäß sei oder nicht, ob die Lieferung als rechtzeitig erfolgt zu gelten hat oder nicht, die Arbitragestelle zu entscheiden habe. Hier ist nicht der Inhalt der Leistungspflicht streitig, sondern, ob die Ware oder die erfolgte Lieferung ihrer Qualität nach den an sich unstreitigen Lieferpflichten entspricht. Die Arbitrage in diesem Sinne ist daher kein Schiedsgerichtsverfahren, denn sie entscheidet nicht darüber, welche Rechtsfolge sich aus einem Sachverhalt ergibt; sie ist vielmehr ein Schiedsgutachten im engeren Sinne, auf das §§ 317ff. BGB entsprechend anwendbar sind (s. oben Anm. 47); sie gibt ein für die Parteien verbindliches Sach-

verständigenurteil über die Qualität, über Wert oder Minderwert der Ware ab. Nach RG 73, 259 soll die Arbitrageklausel dahin zu verstehen sein, daß der Käufer die Ware, wenn sie noch als zur Vertragserfüllung geeignet erscheint, annehmen müsse und wegen des Minderwerts gegenüber der vertragsmäßigen Beschaffenheit nur Preisminderung nach dem Spruch gewählter Arbitratoren, bei Vereinbarung der Arbitrage eines bestimmten Platzes, nach dem Spruche der an dem betreffenden Handelsplatz bestehenden Arbitragekommission, verlangen könne. Dagegen mit Recht in Übereinstimmung mit OLG Königsberg in PosMSchr. 1908, 34 Ritter in ArchBürgR 37, 174, wonach für die Bedeutung der Klausel der an dem betreffenden Orte herrschende Handelsgebrauch maßgebend ist. Die Klausel „bei etwaigen Qualitätsdifferenzen steht dem Käufer nur das Recht auf Preisminderung zu; die Ware ist mit dem durch Hamburger freundschaftliches Schiedsgericht festgesetzten Minderwert zu übernehmen“ bezieht sich auf alle Qualitätsdifferenzen, einerlei auf welchem Rechtsgrund sie beruhen; nicht nur das Wandlungsrecht, sondern auch das Rücktrittsrecht bei positiver Vertragsverletzung nach §§ 325, 326 BGB ist ausgeschaltet, ebenso etwaige aus einem Verschulden des Verkäufers hergeleitete Ansprüche (Hamburg in HansRGZ 1937 B 135). Die Klausel „Hamburger Privatschiedsgericht“ ist gleichbedeutend mit der Klausel „Hamburger Privatarbitrage“ (Hamburg HansRGZ 1940 B 382). Das Arbitrageverfahren ist ausgeschlossen, wenn eine völlig andere Sache oder eine Ware in betrügerischer Packung geliefert ist (RG 47, 142). Nur dann kann auch bei einer Qualitätsstreitigkeit die Arbitrage außer acht gelassen werden, wenn die beteiligten Kreise wegen der Neuheit und Unbekanntheit des Mangels allgemein das Arbitrageverfahren für unanwendbar halten (Hamburg HansRGZ 1930 Nr. 2085). An der Verpflichtung des Käufers zur rechtzeitigen Mängelrüge wird durch die Arbitrageklausel nichts geändert (LZ 1911, 781¹), doch ist in der Arbitrage nicht darüber zu entscheiden (WarnRspr. 1925 Nr. 15; 1915 Nr. 59). Auch Auslandsarbitrage kann vereinbart werden, z. B. Londoner Arbitrage. Die Arbitratoren entscheiden insbesondere über die vertragsmäßige Beschaffenheit der Ware, die Rechtzeitigkeit der Lieferung und ähnliche Streitigkeiten tatsächlicher Art auf Grund ihrer kaufmännischen Erfahrung; insoweit können sie auch Ermittlungen anstellen. Zur Entscheidung über Rechtsfragen, z. B. über das Zustandekommen des Kaufvertrags, über Ansprüche aus einem zahlungshalber gegebenen Wechsel, über Schadensersatzansprüche, Gewährleistung, Rechtzeitigkeit der Mängelrüge, Rücktritt usw. sind die Arbitratoren nicht zuständig (RG WarnRspr. 1925 Nr. 15; 1915 Nr. 59). Im Gegensatz zu den Schiedsrichtern, die einen nach § 1039 ZPO niedergelegten Schiedsspruch nicht mehr abändern können (RG 41, 398) steht es ihnen im Falle der Beanstandung ihres Gutachtens frei, einen berechtigten Spruch abzugeben. Über das im Ausfuhrhandel übliche Survey-Verfahren vgl. Leo, „Die neuen Geschäftsbedingungen des deutschen Ausfuhrhandels“ in Übersee-Stud. Heft 10, 35. Ist, wie in diesen Bedingungen, bestimmt, daß die Qualitätsfeststellung der usancemäßig am Bestimmungsort zu ernennenden Experten für beide Teile bindend sei, so ist ein Handelsbrauch, wonach der überseeische Käufer berechtigt wäre, einen Experten nach seinem Belieben auszuwählen, grundsätzlich nicht anzuerkennen; die Möglichkeit einer anderen Beweisführung ist nicht ausgeschlossen (Hamburg HRR 1930 Nr. 2086). Weigert sich der Käufer grundlos, das seinige zum Zustandekommen der Arbitrage zu tun, so kann der Verkäufer den Käufer so behandeln, als wolle er von der Arbitrageklausel keinen Gebrauch machen, und ihn auf den vollen Kaufpreis verklagen (RG 73, 261). Der vertragstreue Teil kann statt dessen aber auch die amtliche Arbitrage des betreffenden Platzes anrufen. Es steht nichts im Wege, daß die Parteien sich einer ausländischen Arbitrage unterwerfen; dann gilt das dortige Arbitragerecht (RG 30, 370). Es kann dann auf Leistung gemäß diesem Spruch geklagt werden. Weiteres über die Arbitrage § 377 Anm. 251 ff. Bei cif-Geschäften und c & f-Geschäften (s. unten Anm. 256, 266) ist der überseeische Abladeort der Erfüllungsort im Sinne von Leistungsort; daran ändert die Arbitrageklausel nichts (RG 87, 135; 90, 3).

Mit der Arbitrageklausel kann auch eine Schiedsklausel verbunden sein. Dies ist z. B. der Fall bei der verbreiteten Klausel „**Hamburger freundschaftliche Arbitrage und Schiedsgericht**“. § 20 Abs. 1 der Platzusancen für den Hamburgischen Warenhandel bestimmt:

Anm. 50

„Unter Arbitrage ist die Entscheidung von Streitigkeiten im Schiedswege unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte nicht nur über Qualitätsfragen, sondern auch über alle anderen aus dem Geschäft entstehenden Streitpunkte, insbesondere auch über Rechtsfragen zu verstehen, es sei denn, daß in dem Verträge ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.“

Gelegentlich wird nur die Klausel „Hamburger freundschaftliches Schiedsgericht“ oder „Freundschaftliche Arbitrage“ gebraucht. Auch dann bedeutet sie sowohl Arbitrage wie Schiedsklausel: § 20 der Platzusancen gibt örtlichen Handelsbrauch wieder (BGH NJW 1960, 1296). Obwohl die Hamburger Platzusancen als solche nur für Hamburger Firmen verbindlich sind, kann sich ihnen auch ein nicht ortsansässiger Kaufmann unterwerfen. Dies ist nach OLG Hamburg MDR 1951, 28 = NJW 1951, 111 schon dann der Fall, wenn er einen der Hamburger Arbitrageklausel mit dem Zusatz „Gerichtsstand Hamburg“ enthaltenden Schlußschein annimmt. Da die Klausel keine bloße Qualitätsarbitrage ist, sondern, wie sich aus § 20 der Platzusancen ergibt, die Regelung sämtlicher Streitigkeiten aus einem bestimmten Vertrag durch ein Schiedsgericht unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte bezweckt, hat das Schiedsgericht selbständig und abschließend über alle Rechtsfragen einschließlich der nach der Gültigkeit des Kaufvertrages und damit der Schiedsgerichtsklausel zu entscheiden. Damit befindet es auch endgültig über seine eigene Zuständigkeit und den Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges; es hat die sog. Kompetenz-Kompetenz (OLG Hamburg MDR 1947, 133; BGH MDR 1952, 487 = NJW 1952, 1018; BB 1955, 552). Dies ist deshalb bemerkenswert, weil Schiedsgerichte im Regelfall nur befugt sind, vorläufig über die Einwendung, daß ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe, zu entscheiden, während der ordentliche Richter zur Nachprüfung dieser Frage berechtigt und verpflichtet bleibt: §§ 1037, 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (vgl. KG JW 1924, 1182¹⁴ für Berliner „Arbitrage“; RG WarnRspr. 1934 Nr. 42, die allerdings bereits die Einschränkung machten, daß dem Schiedsgericht die Kompetenz-Kompetenz zustehen könne, wenn es vereinbart sei). Der Schiedsvertrag muß, um gültig zu sein, nach § 1027 Abs. 1 ZPO ausdrücklich geschlossen sein, der gesetzlichen Schriftform genügen und darf nicht in einer Urkunde mit anderen Vereinbarungen enthalten sein. Formfrei ist die Vereinbarung eines Schiedsgerichts nur, wenn sie als beiderseitiges Handelsgeschäft unter Vollkaufleuten getroffen wird: § 1027 Abs. 2 ZPO.

Das Schiedsgericht wird gebildet, indem jeder der beiden Vertragspartner einen Schiedsrichter bestellt. Einzelheiten auch über das Verfahren sind in § 20 Abs. 2 bis 4 der Platzusancen geregelt. Zu dem Fall, daß einer der beiden Schiedsrichter seine Unterschrift unter einen Schiedsspruch verweigert, vgl. BB 1954, 645.

Über internationale Schiedsgerichtsbarkeit s. oben Anm. 5.

Ann. 51

b) Selbst einem der Vertragschließenden kann die Bestimmung der Leistung überlassen werden (§ 315 BGB), und zwar sowohl ihres Inhalts als auch der Art und Weise ihrer Ausführung, wie die Bestimmung des Zeitpunktes der Leistung (RG 64, 116; 104, 116), der Höhe der Abzahlungsraten auf den Kaufpreis (JW 1912, 73¹¹; vgl. LZ 1910, 308⁸), auch der Ware, wenn Bestimmbarkeit, z. B. durch einen zuvor anzuhörenden Sachverständigen, besteht (JW 1912, 73¹¹; 1913, 541⁴; WarnRspr. 1923/24 Nr. 155). Haben dagegen die Parteien irgendeinen Punkt späterer Einigung vorbehalten, so ist bis dahin überhaupt kein Vertrag zustande gekommen: § 154 BGB. § 315 BGB gilt also nur dann, wenn sich die Parteien über den Inhalt des Vertrages einig sind und einige Punkte in das Ermessen einer Partei gestellt haben. In diesem Fall hat nicht erst das Gericht, sondern schon der Berechtigte selbst die Lücke auszufüllen. Erforderlich ist aber, daß der typische Geschäftszweck feststeht. Hat sich eine Partei freies Belieben ausbedungen, ob sie erfüllen will oder nicht, während der andere Teil gebunden sein soll, so ist § 315 BGB ebenfalls unanwendbar. Steht fest, daß die Parteien mit der Bestimmung durch eine von ihnen einverstanden sind, so hat im Zweifel der Gläubiger die Bestimmung zu treffen (§ 316 BGB), wenn sich nicht ausnahmsweise aus den Umständen ein anderes ergibt (JW 1909, 15⁸; Stuttgart OLGE. 20, 142). Die Leistung muß ferner bestimmbar sein, d. h. die Lücken dürfen nicht so groß sein, daß sie durch billiges Ermessen nicht ausgefüllt werden können (oben Anm. 45), wie wenn z. B. bei Spekulationsunternehmungen

kein Teil ohne Genehmigung des andern verkaufen soll und jeder Anhalt fehlt, wann die Genehmigung erteilt werden muß (WarnRspr. 1913 Nr. 221; JW 1913, 541⁴). Dem Erfordernis der Bestimmbarkeit ist dadurch genügt, daß die Leistung nach den beiderseitigen Bedürfnissen, nach den persönlichen Verhältnissen und nach dem Vertragszweck durch das Ermessen eines billig abwägenden Mannes, d. h. nach billigem Ermessen, bestimmt werden kann, mag auch Vertragsinhalt oder Verkehrssitte keine Anhaltspunkte zu einer Bestimmung bieten. Die Parteien können dem Ermessen weitere oder engere Grenzen ziehen, also auch vereinbaren, daß z. B. nur offenbar unbilliges Ermessen (oben Anm. 46) dem Bestimmenden nicht erlaubt sei. Es fehlt an der Bestimmbarkeit, wenn die Bestimmung der reinen Willkür einer Partei überlassen ist; in solchen Fällen derartiger Willkür ist der Vertrag ungültig (ROHG 7, 157). Fälle reiner Willkür sind nicht gegeben, wenn der Käufer aus der Produktion des Verkäufers periodisch die ihm passenden Artikel zu bestimmbarren Preisen auswählen darf (ROHG 19, 331; hier ist ein Recht der Auswahl eingeräumt), oder wenn ein Grundstück zur Ausbeute überlassen wird, solange es abbauwürdig erscheine (JW 1909, 451²; über Zeitdauer und Umfang entscheidet § 315 BGB), oder wenn bei Ausschreibungen der Ausschreibende sich die Verteilung der Leistungen unter die Bietenden vorbehält (Recht 1909 Nr. 220 u. 221; der Ausschreibende schließt dann über die verteilten Leistungen ab), oder wenn ein Fabrikant seine Nebenprodukte, ohne eine Zeitdauer festzusetzen, vergibt (hier ist der Vertrag wirksam, solange der Fabrikant die Nebenprodukte herstellt; er ist nicht auf unbestimmte Zeit abgeschlossen), oder wenn sich ein Teil das Recht vorbehält, sich an den Einkäufen des anderen Teils zu beteiligen (WarnRspr. 1909 Nr. 67). Weitere Fälle ausreichender Bestimmbarkeit nach billigem Ermessen: Zahlung nach Bequemlichkeit, Besserungsscheine, Nachzahlungsversprechen, Abruf nach Bedarf, Stundung (JW 1912, 73¹¹), Höhe oder Zeit der Lieferungsraten des Verkäufers (RG 64, 116; 60, 178; JW 1909, 721⁸ u. 452⁸; LZ 1912, 148¹²) oder der Kaufpreistraten des Käufers (Stuttgart OLGE 20, 142), Lieferpflicht des Verkäufers nach seiner Sortierung, oder Versprechen einer angemessenen Gewinnbeteiligung (JW 1921, 106³). Ist vereinbart, daß eine gewisse Menge nach und nach innerhalb einer gewissen Zeit abzunehmen ist, ohne daß gesagt ist, ob Käufer oder Verkäufer die Bestimmung treffen kann, so kann jede Partei die Bestimmung nach billigem Ermessen treffen; paßt die Bestimmung der anderen Partei nicht, so trifft sie der Richter nach § 242 BGB (LZ 1912, 458²²). Ist die Bestimmung einmal getroffen, was formlos, selbst durch schlüssige Handlungen geschehen kann, JW 1912, 346¹¹; BGH LM Nr. 2 zu § 5 AbzG, so wird sie mit Zugang unwiderruflich, OLG Hamburg MDR 1956, 292. In allen Fällen des § 315 BGB hat den Beweis, daß sein Ermessen ein billiges ist, derjenige zu führen, dem die Bestimmung zusteht (BGH NJW 1969, 1809). Der Bestimmende kann seine Bestimmung nur beseitigen, wenn er sie wegen Irrtums, Betrugs usw. mit Erfolg anfigt. Entspricht die getroffene Bestimmung nicht der Billigkeit oder wird die Bestimmung über eine angemessene Zeit hinaus verzögert, so ist das Bestimmungsrecht, ohne daß eine Inverzugsetzung nötig wäre, verbraucht, und es erfolgt die Bestimmung durch Urteil (§ 315 Abs. 3 BGB; JW 1912, 386⁶). Ehe nicht die Bestimmung durch den Berechtigten oder durch das Gericht getroffen ist, gerät der Leistungspflichtige nicht in Verzug und können gegen ihn die Grundsätze über Leistungsverzug (§ 326 BGB) nicht angewendet werden. Die Bestimmung kann noch im laufenden Prozeß vom Gericht getroffen werden (RG 64, 116; JW 1912, 386⁶; 1909, 721⁸; Prot. I 465). Wenn der Berechtigte selbst die Bestimmung trifft und daraufhin nach § 326 BGB vorgeht, so hat er mit der Möglichkeit zu rechnen, daß der Richter ein anderes Ermessen walten läßt und noch keinen Verzug annimmt (RG 90, 29). Auch Vorverträge (§ 350 Anm. 45) müssen dem Erfordernis der Bestimmbarkeit der Leistung nach § 315 BGB genügen (LZ 1912, 542¹⁵).

Obwohl das Gesetz darüber keine Vorschrift enthält, ist es auch zulässig, die Bestimmung statt in das billige Ermessen in das freie Belieben einer Partei zu stellen. Jedoch kann eine solche Vereinbarung nach § 138 BGB unwirksam sein, wenn sie die eine der Parteien der reinen Willkür der anderen ausliefert (vgl. Soergel-Reimer Schmidt § 315 Rdnr. 5). Der Vertrag ist ferner in entsprechender Anwendung des § 319 Abs. 2 BGB unwirksam, wenn der Berechtigte die Bestimmung nicht treffen kann oder will

Ann. 52

oder sie verzögert. Auch die von den Berechtigten nach freiem Belieben getroffene Bestimmung kann von dem Richter daraufhin überprüft werden, ob sie sich in den von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gezogenen Grenzen hält (vgl. Soergel-Reimer Schmidt a. a. O. m. w. Nachw.).

Ann. 53 c) **Spezielle Formen der Preisbestimmung.** In aller Regel werden Verkäufer und Käufer einen bestimmten Preis vereinbaren. Ist eine Vereinbarung über die Preisbestimmung nicht getroffen worden, auch nicht in der oben Anm. 44—51 beschriebenen Form, daß den Preis der Verkäufer nach § 316 BGB oder ein Dritter nach §§ 317 ff. BGB festsetzen soll, so ist der Vertrag in aller Regel noch nicht geschlossen. Häufig ist aber, wenn über den Preis bei den Kaufverhandlungen überhaupt nicht gesprochen worden ist, stillschweigend **der im Geschäftsbetrieb des Verkäufers allgemein geforderte Preis vereinbart** (Erman-Weitnauer § 433 Anm. III 3b; Staudinger-Ostler § 433 Rdnr. 47). Diese Form der Preisbestimmung kann bei Käufen in Ladengeschäften heute als üblich gelten. In diesem Fall ist ein fest bestimmter Preis gegeben. Wenn jemand z. B. im Wirtshaus Speisen oder Getränke bestellt, in einer Apotheke, in einem Geschäft mit festen Preisen Einkäufe macht, so sind die Preise des Verkäufers durch die Erklärungen der Parteien in schlüssiger Weise fest bestimmt. Für billiges Ermessen, für Bestimmung durch eine Partei ist kein Raum. Die §§ 315, 316 BGB finden keine Anwendung. Der auf diese Weise bestimmte Preis wird als der **Ladenpreis** oder mit einem anderen Wort als der **kundenübliche Preis** bezeichnet; in diesem Falle will sich der Käufer schlechthin dem Preise unterwerfen, zu dem die Waren dieser Art gerade vom Verkäufer seinen anderen Kunden allgemein abgegeben werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Durchschnittspreise für solche Ware höher oder niedriger sind (RG JW 1905, 437¹⁶). Diese Kundenpreise sind aus den Büchern des Verkäufers zu ermitteln (ROHG 7, 157). Ähnlich liegt der Fall, wenn bestimmte Preise mit dem Zusatz vereinbart sind, es solle der Käufer dieselbe Preisermäßigung genießen wie die festen Kunden, die regelmäßigen Abnehmer, des Verkäufers. Beweispflichtig für die Preisermäßigung als Abweichung vom vereinbarten Preis ist der Käufer (ROHG 6, 69). „**Äußerste Vorzugspreise**“ oder Vorzugspreise für erste Abnehmer sind die billigsten Preise, die gleichstehenden Kunden oder Abnehmern ersten Ranges regelmäßig vom Verkäufer bewilligt werden. **Feste Preise** bedeutet lediglich die Ankündigung eines Geschäftsgrundsatzes.

Ann. 54 Ein im obigen Sinne bestimmter Preis ist auch der **laufende Preis (= Tagespreis)**. Das ist der jeweilige mittlere Durchschnittspreis, den eine bestimmte Ware an einem bestimmten Tag und Ort erzielt (Staudinger-Ostler § 433 Rdnr. 47; Palandt-Putzo § 433 Anm. 3 A a; Schlegelberger-Hefermehl § 373 Rdnr. 25). Im Unterschied zu dem reinen Durchschnittspreis werden bei der Ermittlung des laufenden Preises ungewöhnlich hohe oder niedrige Abschlüsse nicht berücksichtigt (Düringer-Hachenburg-Hoeniger I Anm. 14 a). Der laufende Preis spielt im Gesetz eine Rolle als derjenige Preis, zu dem Waren mit Markt- oder Börsenpreis im Wege des Selbsthilfeverkaufs freihändig veräußert werden dürfen (§§ 385 BGB, 373 Abs. 2 HGB), sowie als der bei freihändiger Pfandverwertung einzuhaltende Preis (§ 1224 BGB).

Ann. 55 Unter dem **Marktpreis** versteht man gewöhnlich denjenigen Preis, der für eine Ware bestimmter Gattung und Art von durchschnittlicher Güte an dem Handelsplatz, an dem sie einen Markt hat, und in dessen Handelsbezirk zu einer bestimmten Zeit im Durchschnitt, und zwar bei normaler Marktlage gewährt wird (RG 34, 117, 121; 47, 104, 113; Staudinger-Ostler § 453 Rdnr. 2). Diese Definition läßt den Unterschied zu dem laufenden Preis jedoch nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennen. Marktpreis ist nicht jeder beliebig erzielte Durchschnittspreis, sondern primär der auf Grund der bestehenden örtlichen Einrichtungen von zuständiger Seite festgestellte Preis (Düringer-Hachenburg-Hoeniger I Anm. 14 b; Schlegelberger-Hefermehl § 373 Rdnr. 25). Vornehmlich sind dabei amtliche Festsetzungen gemeint, jedoch genügen auch außeramtliche, also private Feststellungen, wenn sie von festen, anerkannten Einrichtungen ausgehen (RG 34, 117, 121; Düringer-Hachenburg-Hoeniger a. a. O.; Schlegelberger-Hefermehl ebenfalls a. a. O.). Rein private, den Vermögensinteressen von Gewerbetreibenden dienende Preisverzeichnisse bleiben außer Betracht (RG JW 1927, 1143⁵). Erst wenn Feststellungen der bezeichneten Art nicht vorhanden sind, kann ein Marktpreis aus dem

laufenden Preis ermittelt werden. Dieses Vorgehen ist aber nur zulässig, wenn die Ware zu der betreffenden Zeit an dem betreffenden Ort überhaupt in ausreichender Menge gehandelt worden ist (RG 34, 117, 122; Düringer-Hachenburg-Hoeniger und Schlegelberger-Hefermehl jeweils a. a. O.). Auf diese Weise kann auch für nicht an der Börse gehandelte oder nicht zu ihr zugelassene Wertpapiere ein Marktpreis ermittelt werden. Eine Unterart des Marktpreises ist der **Börsenpreis**. Darunter versteht man den durch den Börsenvorstand nach Maßgabe des § 29 Börsengesetz amtlich festgestellten (Markt-)Preis für börsengängige Waren oder Wertpapiere. Bei letzteren spricht man von Kurs. Der Preis muß wirklich gezahlt sein. Eine bloße „Geldnotiz“ ist kein Marktpreis in diesem Sinne (RG 34, 117, 121f.), denn diese Notierung besagt, daß es an dem fraglichen Börsentag zu keinen Abschlüssen gekommen ist, sondern daß für die Ware nur Nachfrage vorhanden war und der Nachfragende selbst zu dem notierten Gebot (seinem höchsten) die Ware nicht erhalten hat, weil zu diesem Preis kein Anbieter verkaufsbereit war. An der Börse werden nämlich nicht nur Preise festgesetzt, zu denen tatsächlich Geschäfte abgeschlossen worden sind, die also bezahlt wurden. Falls keine Umsätze erfolgten, werden auch die Kurse festgelegt, zu denen an der Börse Kauf- oder Verkaufsaufträge vorgelegen haben. Auf den Kurszetteln werden diese Vorgänge durch besondere Abkürzungen ausgedrückt: G = Geld bedeutet: die Ware war zu diesem Preis lediglich nachgefragt, aber nicht angeboten; B = „Brief“, „Papier“, „Ware“ bedeutet: es wurde nur angeboten, Nachfrage war nicht vorhanden; b = bezahlt: es wurden Geschäfte zu diesem Preis abgeschlossen; bG = bezahlt und Geld: es wurden Geschäfte zu diesem Preis abgeschlossen, aber es war noch unbefriedigte Nachfrage vorhanden; bB = bezahlt und Brief: es wurden Geschäfte zu diesem Preis abgeschlossen, aber es war noch Angebot vorhanden; et bz G = etwas bezahlt und Geld: von den limitierten Kaufaufträgen wurde nur ein Teil ausgeführt, es war noch Nachfrage vorhanden; et bz B = etwas bezahlt und Brief: von den limitierten Verkaufsaufträgen wurde nur ein Teil ausgeführt, es blieb noch Angebot übrig. Statt „b“ bedient man sich auch der Bezeichnung „bz“ und statt „B“ der Bezeichnung „P“ = Papier oder „W“ = Ware. Daß der Selbsteintritt des Kommissionärs bei B- oder G-Notiz nicht zulässig ist, dafür vgl. die Komm. zu § 400. Der Kurs ist gestrichen, wenn weder Angebot noch Nachfrage vorhanden war.

Die amtliche oder der amtlichen gleichstehende Feststellung des Marktpreises hat infolge ihrer erfahrungsmäßigen Zuverlässigkeit die Vermutung der Richtigkeit für sich: aber auch nicht mehr. Sie ist widerlegbar, und zwar nicht nur wegen Arglist, Schreibfehler, Versehen, sondern auch wegen objektiver Unrichtigkeit. Der Gegenbeweis kann darin bestehen, daß bewiesen wird, daß ein Irrtum über das, was unter Kurs oder Marktpreis zu verstehen war, stattgefunden hat (RG 101, 52), oder daß ein anderer Preis der wahre Marktpreis ist, oder daß wegen zu geringfügiger Umsätze ein wirklicher Marktpreis gar nicht vorhanden war (RG 12, 8). Auch daß der Kurs von einem Bankhause „diktiert“ wird, kann die Maßgeblichkeit der Kursnotiz erschüttern. Denn in diesem Falle zeigt sie das nicht an, was sie anzeigen soll, den Grad der Verkäuflichkeit der Ware (RGSt 23, 437). Der Gegenbeweis ist versagt, wenn nach dem erkennbaren Parteiwillen der amtlich festgestellte Kurs schlechthin maßgebend sein sollte. Wird die Ware nachträglich an der Börse nicht mehr notiert, ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu ermitteln, was als Ersatz der früheren Börsennotierungen zu gelten hat. Der Vertrag wird nicht ungültig (RG JW 1907, 5⁵). Ist nur an einem Tag kein amtlicher Börsenkurs notiert, so ist der letzte amtliche Kurs maßgebend (RG LZ 1926, 487¹³).

Der für den Marktpreis maßgebende Ort ist nach § 453 BGB im Zweifel der Erfüllungsort, das ist, wenn ein Ort für die Leistung im Verträge weder ausdrücklich bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist, der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses (§ 269 Abs. 1 BGB). Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetrieb des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes (§ 269 Abs. 2 BGB). Ist am Erfüllungsort kein Markt, so ist der Marktpreis des Ortes maßgebend, zu dessen Verkehrsbereich der Erfüllungsort in bezug auf Waren der betreffenden Art gehört (RG 47, 113; 6, 28; ROHG 14, 141). Denn entscheidend ist nicht der Marktpreis

Anm. 56

Anm. 57

am Erfüllungsort, sondern der für den Erfüllungsort maßgebende Marktpreis. Die für den Marktpreis maßgebende Zeit ist die Zeit der Erfüllung. Bei Termin- und Tageskäufen macht ihre Bestimmung keine Schwierigkeiten. Bei Lieferungskäufen ist der Wille der Parteien zu erforschen, ob der Tag des Vertragsschlusses (das wird wohl das Regelmäßige sein) oder der vom Gläubiger oder Schuldner gewählte Tag der Erfüllung oder der gewählte Beginn der Erfüllung zur Grundlage dienen soll. Der § 315 BGB findet hier entsprechende Anwendung (RG JW 1906, 683⁹). Über die Klausel „Lieferzeit freibleibend“ s. § 346 Anm. 142.

Die Maßgeblichkeit des Marktpreises setzt eine besondere Vereinbarung im Kaufvertrag voraus. Andernfalls fehlt die Einigung über den Kaufpreis noch oder es gelten §§ 316 ff. BGB. Umgekehrt ist bei Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung für die Anwendung der §§ 316 ff. BGB kein Raum mehr (RG „Recht“ 1922 Nr. 791). Bei Kauf von Waren, die einen Marktpreis haben, ist aber mangels anderer Vereinbarung der Marktpreis gewöhnlich als gewollt anzusehen (Nipperdey ZBH 1930, 300).

Anm. 58

Weitere Formen der Preisbestimmung: Der **Fabrik- oder Originalpreis** ist der Preis, den die Fabrik dem Zwischenhändler bei Verkauf im großen bewilligt. Zuschläge sind unzulässig, Kosten des Vertriebs von einer etwaigen Verkaufsstelle aus dürfen also nicht aufgeschlagen werden (vgl. RG WarnRspr. 1914 Nr. 201; Staudinger-Ostler § 433 Rdnr. 48). Anders ist es bei Verkauf zum **Selbstkostenpreis** darunter sind die genannten Gestehungskosten zu verstehen, d. h. der Einstandspreis zuzüglich aller Unkosten, jedoch ohne Gewinnaufschlag (OLG Hamm BB 1965, 1369; Erman-Weitnauer § 433 Anm. III 3b; Staudinger-Ostler § 433 Rdnr. 48). Zur Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer Rechnungen vorzulegen, vgl. OLG Hamburg OLGE 39, 168. Das Zahlungskonto braucht der Verkäufer dem Käufer nicht gutzubringen. Zu beachten ist ganz allgemein bei Verkäufen zum Selbstkostenpreis, daß im Verkehr heute vielfach darunter nur noch ein annehmbarer, d. h. nach billigem Ermessen des Verkäufers zu bestimmender Preis verstanden wird. Vereinbarung des **Konkurrenzpreises** bedeutet, daß der Verkäufer zu den gleichen Preisen zu liefern hat wie seine Konkurrenz (RG LZ 1910, 308⁸; Staudinger-Ostler § 433 Rdnr. 48; Erman-Weitnauer § 433 Anm. III 3b; unklar Soergel-Ballerstedt § 433 Rdnr. 46). Die Bedingung der Lieferung zu **konkurrenzfähigen Preisen** bedeutet, daß die Durchschnittspreise der Konkurrenz maßgebend sind, d. h. der Käufer muß sich zu den Preisen im Wettbewerb halten können (LZ 1911, 389⁴; vgl. LZ 1913, 755⁷: konkurrenzfähige, entgegenkommende Preise sind billige Fabrikpreise). Die Zusage, daß einem Bewerber der Zuschlag erteilt werde, wenn er zu den gleichen Bedingungen wie die Konkurrenz liefere, heißt, daß der Bewerber Gleichwertiges zu gleichen Preisen wie die Konkurrenz anbieten müsse und daß das pflichtmäßige Ermessen des Zusagenden über die Gleichwertigkeit entscheiden solle (RG „Recht“ 1907 Nr. 2245). Sollen **Syndikatspreise** (Verbandspreise, Kartellpreise, Konventionspreise, Konditionspreise) maßgebend sein, so sind Preise gemeint, die das betreffende Syndikat als seine Preise jeweils bekanntgibt, und zwar regelmäßig zur vertraglichen Erfüllungszeit. Soll sich der Kaufpreis nach dem Steigen oder Fallen der Syndikatspreise (Richtpreise) ändern, so hat der Käufer einen dementsprechenden Aufschlag bei steigenden Preisen zu bewilligen, so daß ihm noch ein angemessener Verdienst übrigbleibt; bei fallenden Richtpreisen hat der Verkäufer dem Käufer einen entsprechenden Abschlag zuzugestehen. Nach § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (GWB) sind horizontale Preisvereinbarungen, d. h. Vereinbarungen der Unternehmer desselben Wirtschaftszweiges, für ihre gleichartigen Waren bei Abschlüssen mit Dritten gleiche oder nach gleichen Kostenfaktoren zu berechnende Preise zugrunde zu legen (Preis-, Kalkulationskartell), grundsätzlich unwirksam. Wegen der Einzelheiten zu § 1 GWB vgl. die Spezialliteratur insbesondere Müller-Henneberg, Schwartz, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl. 1963 mit Nachtrag 1966; Rasch-Westrick, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 3. Aufl. 1966. Zur Frage der Auswirkungen dieses Verbots auf einen zu dem (unwirksamen) Kartellpreis abgeschlossenen Einzelkaufvertrag vgl. Ballerstedt JZ 1956, 267 einerseits und BGHSt. WuW 1956, 64; Flume WuW 1956, 457 und Fikentscher BB 1956, 793 andererseits. Die Voraussetzungen der vertikalen Preisbindung sind in §§ 16 ff. GWB geregelt, das Verbot der Preisdiskriminierung durch marktbeherrschende Unternehmen in § 26 Abs. 2 GWB.

d) **Preisänderungsklauseln.** Häufig versucht der Verkäufer, sich gegen eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zu sichern, indem er sich in besonderen Klauseln die spätere Festsetzung oder doch wenigstens eine Preisänderung vorbehält (**Hausse-Klausel**). Die Klausel „**Preise freibleibend**“ bedeutet regelmäßig, daß der Verkäufer den endgültigen Kaufpreis nach billigem Ermessen so zu bestimmen hat, daß dieser mit den jeweiligen Marktpreisen und der jeweiligen Wirtschaftslage übereinstimmt, ohne daß dem Käufer ein Recht zur Loslösung von dem Vertrag bei Preiserhöhung zustünde (BGH 1, 353 = NJW 1951, 711; RG 103, 414; 104, 306). Dies gilt auch dann, wenn — wie es regelmäßig geschieht — zusammen mit dieser Klausel bereits ein bestimmter Preis vereinbart wird. Die Preisbestimmung hat dann die Bedeutung eines **Richtpreises**. Der Verkäufer ist in diesem Fall berechtigt, den endgültigen Preis entsprechend der Veränderung der allgemeinen Wirtschaftslage zur Zeit der Lieferung heraufzusetzen, und zwar in etwa so, daß der (neue) Preis sich zur Konjunktur bei Lieferung so verhält wie der alte Preis zur Konjunkturlage bei Vertragsabschluß. Auf diese Weise ermöglicht es die Klausel dem Verkäufer, der Veränderung der allgemeinen Preisverhältnisse Rechnung zu tragen, ohne daß das konkrete im Abschluß des Vertrages liegende Spekulationsmoment preisgegeben wird (so ausdrücklich RG 103, 414, 416; vgl. auch RG 105, 368). Letzterer Gesichtspunkt wird in den späteren Entscheidungen der Gerichte (s. oben) nicht mehr mit gleicher Deutlichkeit festgehalten. Es ist jedoch anzunehmen, daß in der Sache das gleiche gemeint ist; andernfalls könnte der Entscheidung BGH 1, 353 nicht zugestimmt werden. Der BGH hält es am angegebenen Ort auch für möglich, daß die Klausel im Einzelfall dahin auszulegen sein kann, daß der Verkäufer berechtigt sein soll, von dem geschlossenen Vertrag abzugehen und einen höheren Preis vorzuschlagen, welches Angebot der Käufer dann annehmen oder ablehnen kann, wobei das Schweigen des Käufers auf das neue Angebot als Zustimmung zu gelten habe. Diese Auslegung wird jedoch nur selten zutreffen, da die Klausel in aller Regel bezweckt, den Käufer dem Risiko der Preissteigerung zu unterwerfen, so daß er an eine sich in den oben aufgezeigten Grenzen haltende Preiserhöhung gebunden ist. Eines erneuten Konsenses bedarf eine Preiserhöhung nur dann, wenn sie das Maß des auf den Käufer übergewälzten Risikos übersteigt. Während also die Klausel „freibleibend“ grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Bewegung einzelner Kostenfaktoren den Verkäufer generell berechtigt, den Endpreis entsprechend der Marktlage in der oben aufgezeigten Weise zu bestimmen, wird der „gleitende Preis“ vielfach auch mit der Erhöhung bestimmter Kostenfaktoren (Rohstoffe, Löhne, Transporttarife usw.) in Beziehung gesetzt und kann dann nur bei Veränderung gerade dieser Faktoren geändert werden. Bei Richtpreis ist durch Auslegung zu ermitteln, wonach er sich richten soll, ob allgemein nach Marktlage (wie oben) oder nach bestimmten Kostenfaktoren. Nach OGH 4, 172 kann, wenn nach Richtpreis oder mit der Klausel „Preise freibleibend“ verkauft ist, der Verkäufer den endgültigen Kaufpreis nach billigem Ermessen entsprechend der Marktlage an Ort und Zeit der Lieferung festsetzen, von diesem Recht jedoch, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, nur einmal Gebrauch machen; vgl. OGH 4, 168. Ist, wie beim gleitenden Preis, evtl. auch beim Richtpreis, das Recht des Verkäufers, den Preis zu erhöhen, von der Preissteigerung bei bestimmten Kostenfaktoren, z. B. Rohmaterial, Transportkosten usw. abhängig gemacht, dann ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Verkäufer auch in bezug auf die noch zu den alten Preisen beschafften Vorräte zur Preiserhöhung befugt ist, ob die Klausel sich also auf die vom Verkäufer (Hersteller) erst zu beschaffenden Materialien bezieht oder generell die Wiederbeschaffungskosten betrifft. Im ersteren Fall würde der Vertrag den Charakter eines Kaufvertrages weitgehend verlieren und sich der Geschäftsbesorgung annähern. Im Zweifel wird die Klausel so zu verstehen sein, daß die Allgemeinheit der Erhöhung des Rohstoffpreises (also die Wiederbeschaffung) den Maßstab für Erhöhung der Preisberechnung bildet (a. A. Hueck in Holdheim 28, 50). Im Falle der Sukzessivlieferung werden die vor Eintritt der Preissteigerung bereits fertiggestellten und lieferbereiten Waren von der Preissteigerung nicht betroffen; bei ihnen kommt es nicht auf die Zeit der Lieferung an, sondern auf die Anzeige der Versandbereitschaft; denn eine nach der Bereitschaftsanzeige eintretende Preiserhöhung verteuert die Herstellungskosten nicht; deshalb treffen eine über diesen Zeitpunkt hinausgehende Verzögerung der Versendung und die in diesem Augenblick eintretende

Preiserhöhung den Verkäufer, wenn nicht der Käufer die Verzögerung verschuldet hat. Soll die Hausse-Klausel ausnahmsweise doch auf die Zeit der Lieferung bezogen werden, so darf die Lieferung doch nicht durch Umstände verzögert sein, die der Käufer nicht zu vertreten hat. Strenger ist die Abrede: „Wenn ich meine Preise allgemein erhöhe, tritt auch eine Erhöhung der Preise für die noch nicht ausgeführten Aufträge ein“; hier kommt dann der im Geschäft des Verkäufers allgemein geforderte Preis in Ansatz (Hueck in Holdheim 28, 50).

Anm. 60

Die **Baisse-Klausel**, d. h. die Bestimmung, daß der Verkäufer seine Preise herabsetzen muß, wenn die Preise — beim Fabrikanten die Herstellungskosten oder die Preise für die Rohstoffe — fallen, hat den Sinn, daß bei allgemeinem Preisrückgang die vereinbarten Preise eine angemessene Minderung erfahren; oft wird eine Grenze durch Setzung einer Zeit nach dem Kalender, nach der Zeit des Abrufs, der Spezifikation usw. gezogen (RG 73, 436; Kolmar LZ 1912, 863³). Hat eine solche Grenzziehung nicht stattgefunden, so kann der Käufer doch nicht auf Kosten des Verkäufers spekulieren; die Grundsätze von Treu und Glauben entscheiden dann über die Grenzziehung. Hat die Baisse-Klausel die Bedeutung, daß der Verkäufer verpflichtet ist, den Käufer, wenn dieser von anderer Seite billiger beziehen kann, aus seiner Abnahmeverpflichtung zu entlassen, so trifft den Käufer eine strenge Aufklärungspflicht (Hamburg HansRGZ 1932 B 616). Ein Preisvorbehalt des Verkäufers für den Fall einer Erhöhung der Gestehungskosten berechtigt den Käufer im allgemeinen nicht zu einem Preisabschlag bei sinkenden Gestehungskosten (BGH JZ 1954, 356 mit Anmerkung von Duden; dort auch zu einem beiderseitig wirksamen Vorbehalt). In allen diesen Fällen bedarf es, ebenso wie in dem Fall, wenn dem Käufer zu Einkaufspreisen verkauft ist, zur Feststellung des Preises der Mitwirkung des Verkäufers, der dem Käufer auf Verlangen Einsicht in seine Belege gewähren muß. Der Käufer kann jedoch die Annahme der Ware nicht von dieser Einsichtsgewährung abhängig machen, weil der Streit über den Preis mit der Annahme nichts zu tun hat. Nur ausnahmsweise, z. B. dann, wenn vereinbarungsmäßig der Preis bei der Übergabe der Ware festzustellen ist, weil sich, wie beim Kauf eines Warenlagers, nach der Übergabe eine Feststellung nicht mehr durchführen läßt, muß der Verkäufer schon bei der Übergabe der Ware seine Belege beibringen. Solange sich der Verkäufer dieser Vertragspflicht entzieht, braucht der Käufer die nicht gehörig angebotene Ware nicht anzunehmen; der Verkäufer gerät sogar in Leistungsverzug, wenn er seiner Pflicht trotz Mahnung nicht genügt. So kann dann der Käufer den § 326 BGB zur Anwendung bringen. Endlich ist hinzuzufügen, daß in allen Fällen, in denen der Verkäufer angemessene, billigste, konkurrenzfähige Preise ansetzen soll, der Käufer nach Treu und Glauben im Verkehr die Ansätze des Verkäufers prüfen und, wenn er sie beanstandet, dies alsbald deutlich und unter Klarstellung seines Standpunktes erklären oder den Richter nach § 315 BGB anrufen muß. Schweigt der Käufer oder beklagt er sich nur, ohne bestimmte oder entschiedene Verwahrung einzulegen, und läßt er sich zugleich weiterbeliefern, so genehmigt er die Preisbestimmung des Verkäufers.

Anm. 61

Wertsicherungsklauseln. Nach § 3 S. 2 Währungsgesetz (WährG) bedürfen Geldschulden, deren Betrag in Deutscher Mark durch den Kurs einer anderen Währung oder durch den Preis oder eine Menge von Feingold oder von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden soll, der Genehmigung der für die Erteilung von Devisengenehmigungen zuständigen Stelle (heute der Deutschen Bundesbank). Nach BGH 14, 306, 308; MDR 1965, 291 ist die Vorschrift als Verbotsnorm eng auszulegen. Die ständige Rechtsprechung dieses Gerichts unterscheidet dementsprechend zwischen genehmigungsbedürftigen Gleitklauseln und genehmigungsfreien Leistungsvorbehalten; BGH LM Nr. 14 und 17 zu § 3 WährG; MDR 1965, 291; BGH 13, 11; NJW 1969, 91f. Beim Leistungsvorbehalt dient die Änderung einer von den Parteien festgelegten Bezugsgröße als Voraussetzung für eine Änderung der Leistung, ohne daß zwischen Leistung und Bezugsgröße eine feste unmittelbare Abhängigkeit bestünde. Ändert sich die Bezugsgröße, so soll zwar auch eine Änderung der Leistung grundsätzlich möglich sein. Die Höhe der geschuldeten Leistung soll aber erst nach Verhandlungen zwischen den Parteien oder auf Grund eines anderen Verfahrens neu festgesetzt und der Entwicklung der Bezugsgröße angepaßt werden. Beisp.: bei Veränderung der Lebenshaltungskosten soll eine Angleichung der geschuldeten Leistung nach billigem Ermessen i. S. der

§§ 315, 317 BGB herbeigeführt werden (s. BGH MDR 1965, 291; LM Nr. 13 zu § 3 WährG; vgl. auch BGH NJW 1969, 91f). Ist somit beim Leistungsvorbehalt die Höhe der Leistung zunächst unbestimmt, aber bestimmbar, so ist bei der Gleitklausel die Höhe der Leistung stets (durch die Bezugsgröße) bestimmt. Die Höhe der geschuldeten Geldleistung ist unmittelbar von der Bezugsgröße abhängig gemacht, so daß jede Veränderung der letzteren automatisch eine Änderung der ersteren auslöst. Beisp.: Die Vereinbarung, bei Steigen oder Fallen des Lebenshaltungsindex solle die geschuldete Leistung prozentual mit steigen oder fallen (s. BGH NJW 1967, 830 = LM Nr. 17 zu § 3 WährG). Besteht eine solche unmittelbare Abhängigkeit, so greift § 3 S. 2 WährG immer ein, wenn die geschuldete Leistung sich nach Preis oder Menge einer anderen Leistung bestimmen soll. Vgl. dazu einerseits BGH NJW 1952, 377 (L), wo die Wahl der Bezüge eines bestimmten Beamten als Bezugsgröße für die Höhe einer Pension für genehmigungsfrei erklärt wurde (keine „andere“ Leistung, da Pension und Gehalt im wesentlichen gleiche Leistungen; sog. „Spannungsklausel“) und andererseits BGH 14, 306, wo gleiche Vereinbarung der Bezugsgröße als Maßstab für die Gegenleistung bei Hingabe einer Sache als genehmigungspflichtig angesehen wurde („andere“ Leistung). Im gleichen Sinne BGH LM Nr. 11 zu § 3 WährG.

Das Fehlen der erforderlichen Genehmigung führt zur schwebenden Unwirksamkeit der Vereinbarung. Die nachträgliche Genehmigung hat rückwirkende Kraft (BGH LM Nr. 1 zu § 542 BGB). Zur Frage, ob eine Partei verpflichtet sein kann, bei der Abänderung einer nicht genehmigungsfähigen in eine genehmigungsfähige oder -freie Klausel mitzuwirken, vgl. BGH LM Nr. 10, 14 und 17 zu § 3 WährG.

§ 3 S. 2 WährG ist überhaupt unanwendbar auf Vereinbarungen, nach denen sich der DM-Schuldbetrag nach dem zur Zeit des Vertragsschlusses (im Gegensatz zur Erfüllungszeit) geltenden Kurs einer ausländischen Währung richten solle (BGH NJW 1953, 1912 = LM Nr. 6 zu § 3 WährG), auf die Vereinbarung einer Sachleistung, auf Verträge, bei denen der Gläubiger statt der Geldleistung eine bestimmte Sachleistung (Ersetzungsbefugnis) verlangen kann (BGH LM Nr. 12 zu § 3 WährG) und wohl auch auf Wahlschulden (vgl. die Nachweise bei BGH a. a. O.). Genehmigungsfrei sind ferner Preisklauseln, mit denen die Erhöhung der Gegenleistung bei Steigerung der Selbstkosten offengehalten wird (BGH BB 1958, 1220).

Näheres s. bei Fögen, BB 1967, 738 und insbesondere in der umfassenden Darstellung dieses Rechtsgebiets von Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 7. Auflage, 1966.

Zur Frage, wann der Kaufpreis zu zahlen ist, insbesondere über die einzelnen Kassaklauseln, wie „netto Kasse“, „Kasse gegen Faktura“, „Kasse gegen Dokumente“, vgl. § 346 Anm. 154, 157, 164 und unten Anm. 286, 308.

e) Ein Irrtum in der Preisberechnung (sogenannter **Kalkulationsirrtum**) ist grundsätzlich ein Irrtum im Beweggrund (Motivirrtum) und kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung (Inhaltsirrtum). Er berechtigt somit nicht zur Anfechtung des Kaufvertrages nach § 119 Abs. 1 BGB. Das gilt sowohl für Fehler, die dem Verkäufer bei der Kalkulation unterlaufen sind als auch für Irrtümer des Käufers bei der Prüfung des Kaufpreises. Das gleiche gilt, wenn der Vertreter einer Partei infolge eines Mißverständnisses des ihm von seiner Partei mitgeteilten Preises dem Gegner ein falsche Preisaufgabe gemacht hat (RG 82, 195) oder wenn der Vertreter des Verkäufers sich bei der Preisberechnung durch falsches Abstreichen einer Dezimalstelle geirrt hat (RG LZ 1926, 1065¹).

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts jedoch für den sogenannten beiderseitigen Irrtum gemacht. Es handelt sich dabei um diejenigen Fälle, in denen Verkäufer und Käufer gemeinsam die Preisberechnung vorgenommen haben oder bei einseitiger Berechnung durch eine Partei die Berechnung oder ihre Grundlagen der anderen Partei wenigstens mitgeteilt worden sind. Nach Ansicht des Reichsgerichts soll bei dieser Fallkonstellation die Berechnung aus dem Bereich bloßer Motivation herausgehoben und zum Bestandteil des Erklärungsinhalts geworden sein. Das Reichsgericht hat in diesem Fall der durch die Fehlkalkulation benachteiligten Partei das Recht zur Anfechtung des Vertrages wegen Inhaltsirrtums (§ 119 Abs. 1 1. Altern. BGB.) zugebilligt. Dabei handelte es sich durchweg um Fälle, in denen der von dem einen Vertragsteil zu entrichtende Preis nach dem Vertrag in Abhängigkeit von einer bestimmten Kalkulationsgrundlage (Börsenkurs eines Wertpapiers, Umrechnungs-

Anm. 62

kurs einer Fremdwährung, Einkaufspreis, Wert eines Edelmetalls, Mietertrag eines Grundstücks oder geschätztes Gewicht der Ware) stehen sollte. Der Irrtum lag entweder schon bei der zahlenmäßigen Bestimmung der Kalkulationsgrundlage (Annahme falscher Börsenkurse: RG 94, 65, 67; 97, 138, 140; 101, 51, 53; 116, 15, 17; eines falschen Devisenkurses: RG 105, 406, 407 „Rubelfall“; völlig fehlgegangene gemeinsame Schätzung des Warengewichts: RG 90, 268, 272; Kauf zum herabgesetzten Verkaufspreis statt Einkaufspreis: RG 64, 266, 268; Fehlvorstellungen über die Mieterträge des belasteten Hauses bei Kauf einer Grundschuld: RG 149, 235ff.) oder der Preis wurde auf richtiger Kalkulationsgrundlage falsch berechnet (RG 101, 107, 108 „Silberfall“). Die vom Reichsgericht gegebene Begründung ist rechtlich unhaltbar. Dies wird heute überwiegend anerkannt (Enneccerus-Nipperdey AT II S. 1040; Larenz AT S. 377ff.; Soergel-Hefermehl § 119 Rdnr. 22—25; kritisch auch Erman-Westermann § 119 Anm. 5 und 6; wie das RG immer noch Palandt-Danckelmann § 119 Anm. 3b).

Auch wenn die Berechnung oder ihre Grundlagen von den Parteien gemeinsam erarbeitet oder der anderen Partei bei Vertragsschluß offengelegt werden, sind sie nicht mehr als Motive für die endgültige Preisfestsetzung. Die Parteien irren auch dann nicht über den Inhalt ihrer Erklärungen: beispielsweise weiß der Verkäufer auch dann, daß er 1000,— DM als Kaufpreis fordert und nicht 10000,— DM; etwas anderes will er auch gar nicht verlangen. Nicht die Erklärung gegenüber dem Vertragspartner, einen bestimmten Preis zu fordern, ist durch den Irrtum bei der Preisberechnung verfälscht worden, sondern der Irrtum hat sich bereits bei der Willensbildung eingeschlichen: infolge der Fehlberechnung will die Partei etwas anderes als sie bei irrtumsfreier Kalkulation gewollt hätte. Der Irrtum schiebt sich damit nicht zwischen einen (einwandfreien) Willen und eine (irrtumsbedingte) Erklärung, sondern führt bereits zu unrichtiger Willensbildung hinsichtlich der Kaufpreisforderung und diesen falschen Preis will die irrende Partei dann auch fordern. Dieser psychologische Vorgang ist stets der gleiche; es bleibt auf ihn ohne Einfluß, ob er offen (dem anderen Teil erkennbar oder unter seiner Mitwirkung) oder verdeckt abläuft. Der echte Inhaltsirrtum dagegen ist dadurch gekennzeichnet, daß die Partei das Richtige will (der Prozeß ihrer Willensbildung ist einwandfrei abgelaufen), aber irrtümlich das Falsche erklärt, weil ihre Erklärung, so wie sie von Dritten verstanden werden muß (objektiver Erklärungswert), etwas anderes besagt, als die Partei denkt und will. Darüber hinaus führt die Anwendung des § 119 BGB auf den beiderseitigen Irrtum auch zu unbilligen Ergebnissen. Geirrt haben sich beide Parteien gleichermaßen, die Nachteile des Irrtums soll dagegen die zufällig benachteiligte Partei allein tragen: im Fall der Irrtumsanfechtung muß sie nach § 122 BGB der anderen Partei den Vertrauensschaden ersetzen. Der Fehler ist beidseitig, der aus ihm resultierende Nachteil dagegen einseitig.

Gerechter als die Vernichtung des Vertrages auf dem Anfechtungswege mit der daraus resultierenden Ersatzpflicht des § 122 BGB wird der gekennzeichneten Situation eine elastische Korrektur des Vertrages. Waren sich die Parteien über die Grundlage der Preisberechnung einig und sind nur infolge rechnerischer Fehler zu einem falschen Betrag gelangt, so kann der richtig errechnete Preis ohne weiteres als verbindlich angesehen werden; die Nennung des falsch errechneten Preises kann als bloße Fehlbezeichnung (falsa demonstratio) angesehen werden: es gilt von vornherein nicht der ursprünglich bezifferte, letztlich nicht gewollte, sondern der richtig errechnete Preis (so Soergel-Hefermehl § 119 Rdnr. 24). Ihre Grenze muß diese Form der Anpassung allerdings dort finden, wo der korrigierte Preis so weit von dem fälschlich genannten abweicht, daß nicht mehr ohne weiteres nach Treu und Glauben unterstellt werden kann, die Partei, zu deren Lasten die Richtigstellung ginge, hätte auch zu diesem Preis abgeschlossen. Die Korrektur des Irrtums darf nicht zur Vergewaltigung des Willens eines der Vertragspartner führen. In diesen Fällen ist richtigerweise ein Fehlen der **subjektiven Geschäftsgrundlage** anzunehmen. Die Folgen des Irrtums sind dann zu beseitigen, indem dem Geschäftspartner, der sich die Korrektur gefallen lassen müßte, die Wahl zwischen dieser und einer Auflösung des Vertrages (etwa durch Zubilligung eines Rücktrittsrechts) gelassen wird (so insbesondere Larenz AT S. 395).

Anm. 63

f) **Einzelfragen zur Bestimmtheit der Ware.** Ausreichend ist: Verpflichtung zum Bezug je nach dem Geschäftsbedarf. Der Vertrag hätte nur dann einen zu unbe-

stimmten Inhalt, wenn sich der Bedarf, wie bei künftigem Bedarf einer erst noch zu errichtenden Fabrik (RG. 46, 258), gar nicht erlauben läßt. Der Bedarf, d. h. die Warenmenge, bemißt sich nach dem Bedarf, der zur Zeit des Abschlusses bei regelmäßigem Verlauf zu erwarten ist (Bolze 8 Nr. 317; 6 Nr. 552; ROHG 14, 292). Wird einem sog. Generalvertreter der Alleinverkauf auf eigene Rechnung eingeräumt und muß der Fabrikant diesem seinem Alleinvertreter die Waren nach dessen Bedarf zu bestimmten Preisen liefern, so braucht der Generalvertreter nicht mehr zu beziehen, wenn er keinen Absatz mehr hat; Mangel des Absatzes ist ein wichtiger Grund zur Auflösung des Verhältnisses (RG 78, 385 u. 421); ein solches Alleinvertretungsverhältnis ist kein Gesellschaftsverhältnis (JW 07, 103⁵), sondern ein Sukzessivlieferungsvertrag. Bei Bestellung nach Bedarf ist nach dem Vorausgeschickten im Zweifel nur die Zeit des Bezugs, nicht die Bezugspflicht vom Bedürfnis abhängig; andernfalls müßte sich, was dem Verkehr nicht entsprechen würde, der Verkäufer immer zur Lieferung bereit halten, ohne daß der Käufer gebunden wäre. Die Zeit des Bezugs nach Bedarf regelt sich nach verständiger Beurteilung der Umstände. Genügend ist die Verabredung, daß die ganze Ernte, die noch nicht reif ist, gekauft sei (alsdann ist im Zweifel das zur Zeit der Ernte Abnahmefähige gekauft, es sei denn, daß der Käufer die Gefahr übernommen hat); ferner der Kauf der ganzen Fabrikation eines Jahres oder einer bestimmten Warenmenge zu einem bestimmten Grundpreis in noch zu bestimmenden Formen (Spezifikationskauf: § 375), oder so, daß eine bestimmte Gattung von Gegenständen aus einem Haufen (z. B. Konservenbüchsen aus dem Müll) auszusuchen ist (LZ 1912, 658¹⁸), und die Verabredung, Nachlieferungen unter Zugrundelegung der jeweiligen Materialpreise zu machen (RG 67, 6). — Selbst Bezeichnungen, die anscheinend unbestimmt sind, können die erforderliche Bestimmbarkeit durch Handelsgebrauch erlangen. So genügt allerdings nicht die Bezeichnung: „mehrere hundert Dutzend“ (ROHG 11, 1), wohl aber genügt „ein Pöstchen Zucker“ (ROHG 13, 94), „eine Probekollektion“, worunter eine bestimmte Menge Ware zu verstehen ist, bestehend aus einem Stück von jeder in der Fabrik des Lieferanten hergestellten Sorte. „Ein großer Waggon“ ist bestimmbar; es ist ein Waggon von der Mindestfassung großer Waggonen, wenn die Ware überhaupt in Waggonen gehandelt werden kann. Unter einer „Dampferladung“ versteht man eine Ladung, die in sich geschlossen ist und den ganzen Laderaum eines bestimmten Dampfers restlos ausfüllt, wenn der Dampfer nach seiner Größe der gehandelten Menge entspricht; es dürfen also nicht Teilpartien aus einer größeren Dampferladung sein. Unter einer „Kahnladung“ versteht man auf der Elbe die Vollandung eines Kahns mit amtlicher Eichung (Hamburg OLGE 44, 241). Die Bezeichnung „ungefähr“, „zirka“ genügt, auch wenn darunter nicht wie nach Hamburger Usance, bis 5% mehr oder weniger verstanden wird (§ 5 der Platzusancen für den Hamb. Warenhandel, s. oben Anm. 2; Hamburg OLGE 44, 249). Beim Verkauf von Zirkamengen muß auch etwas mehr als ziffernmäßig angegeben abgenommen werden und gilt etwas weniger auch noch als gehörige Erfüllung. Das etwas Mehr oder Weniger bestimmt sich nach der geschäftsüblichen Auffassung und nach der Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB; § 346 HGB; JW 1917, 971¹¹; Hamburg LZ 1917, 1010¹⁹; KG in OLGE 38, 222; BGH LM Nr. 2 zu § 157 [GE] BGB). Der Verkäufer kann sich auf das Mindestmaß beschränken; der Käufer hat nur diese Mindestmengen zu fordern und kann daher insoweit Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (RG in DJZ 1918, 61; Hamburg LZ 1923, 619⁵; HansGZ 1923 Hptbl. 191; Kiel „Recht“ 1921 Nr. 1317; a. M. Frankfurt JW 1924, 547⁵; VerkrRdsch. 1925, 648). Das Wörtchen „zirka“ kann aber auch die Bedeutung einer unverbindlichen Schätzung haben. Wer z. B. seine ganze Jahresproduktion, seine ganze Ernte unter Angabe von Menge oder Gewicht mit dem Zusatz „zirka“ verkauft, will nicht die Verpflichtung übernehmen, mindestens diese Menge oder dieses Gewicht zu liefern, wenn sein ordnungsmäßiger Geschäftsbetrieb weniger ergibt. Hat aber der Lieferungspflichtige die volle Bezahlung für das ganze im Vertrag genannte Quantum angenommen und hat er dieses Quantum tatsächlich auf Lager, so darf er nicht weniger als die ausbedungene Menge liefern. Es kann auch eine Zusicherung einer Mindestmenge mit dem durch das Wörtchen „zirka“ gewährten Spielraum ausgesprochen sein (vgl. JW 1908, 477⁵; Rostock OLGE 20, 134), und die ist ausgesprochen, wenn dementsprechend der Preis vereinbart wird (JW 1912, 632²). Die Vertragsbestimmung, der Verkäufer habe einen

bis zwei Waggons Kohlen zu liefern, läßt nicht zweifelsfrei erkennen, ob der Käufer nur einen oder auf Verlangen des Verkäufers zwei Waggons abzunehmen hat. Nach KG in OLGE 38, 204 soll dem Verkäufer das Bestimmungsrecht zustehen.

Dagegen liegt mangels Bestimmtheit der Abrede kein gültiger Vertrag vor, wenn ein Fabrikant ohne Preisabrede sich verpflichtet, seine Fabrikate an keinen anderen als den Vertragsgegner zu liefern, und der letztere sich verpflichtet, solche Fabrikate von keinem anderen zu beziehen (Bolze 1 Nr. 897). Dasselbe gilt, wenn ein Fabrikant seinem Darlehnsgeber zusagt, daß das Eigentum an allen mit dem geliehenen Gelde hergestellten Gegenständen auf ihn übergehen solle, das geliehene Geld aber mit dem des Fabrikanten vermischt ist und demnach nicht festgestellt werden kann, welcher konkrete Teil der Gesamtproduktion unter die Vereinbarung fällt (JW 1914, 34²). Anders, wenn der Verkäufer sich verpflichtet, ein Mehrquantum auf Anfordern zu liefern, der Käufer zugesagt hat, keine Waren von anderer Seite zu beziehen, und der Preis bestimmt ist (RG 3, 64).

E. Einzelne Arten des Kaufs

Anm. 64 I. Der sog. **Bar- oder Handkauf** ist keine besondere Art des Kaufs. Beispiele hierfür sind: die Entnahme von Sachen aus einem Automaten, der Kauf von Postwertzeichen und Fahrkarten, der Kauf „netto Kasse“. Der Barkauf ist nicht ein Realvertrag, sondern nur dadurch gekennzeichnet, daß Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages und die Erfüllung desselben zeitlich zusammenfallen, sich uno actu vollziehen. Auch bei Entnahme aus einem Automaten liegt nichts anderes vor als ein gewöhnlicher Kaufvertrag. Es wickelt sich in solchen Fällen nur die Schließung und Erfüllung des Kaufvertrags so schnell ab, daß sie zeitlich zusammenfließen. Wer ein Geldstück in den Automaten einwirft, hat damit das Angebot angenommen, das in Aufstellung des Automaten liegt; durch Wegnahme des herausfallenden Gegenstandes wird das Eigentum erworben (RGSt. 44, 114; vgl. dazu näher Staudinger-Coing § 145 Rdnr 3). Aber die begriffliche Unterscheidung zwischen Abschluß und Erfüllung ist gleichwohl geboten und möglich. Indem der Reisende an den Schalter tritt und einen Fahrschein verlangt, macht er einen Kaufantrag, der Schalterbeamte, der ihm den Schein übergibt, nimmt den Antrag an und erfüllt das Geschäft zugleich; er nimmt ihn durch die Erfüllungshandlung an. Eine Verschiebung der Beweislast tritt beim Barkauf regelmäßig nicht ein. Auch hier hat der Käufer die Zahlung zu beweisen (str., vgl. die Nachweise bei Staudinger-Ostler § 433 Rdnr. 137). Die abweichende Ansicht der Voraufgabe wird aufgegeben. Häufig wird aber der Beweis des ersten Anscheines für Zahlung durch den Käufer sprechen. Über Barzahlung s. noch unten Anm. 204. Die Kreditwürdigkeit des Käufers (unten Anm. 66 ff.) spielt beim Barkauf regelmäßig keine Rolle. Die Gefahr vergeblicher Vorbereitung nimmt der Verkäufer auf sich; der Verkäufer kann nicht die Abgabe der Ware, wenn der Käufer Barzahlung vertragsmäßig anbietet, verweigern und den Vertrag wegen Irrtums über die Kreditwürdigkeit des Käufers anfechten (RG 105, 209 oben).

Anm. 65 II. **Kreditkauf** bedeutet einen Kauf, bei dem der Kaufpreis gestundet, also erst nach der Leistung des Verkäufers fällig wird. Unter Kreditkonditionen versteht man offenen oder sichergestellten (= gedeckten) Kredit. Der offene Kredit, d. h. der Kredit ohne Sicherheit, pflegt befristet zu sein. Der sichergestellte Kredit ist gedeckt durch Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung, Faustpfand, Bürgschaft oder durch Wechselakzente oder Schecks des Käufers. Der Kreditkauf hat nichts Besonderes; es sei denn, daß der gestundete Kaufpreis durch Wechsel zu begleichen ist (unten Anm. 205 ff.).

Anm. 66 1. Hinsichtlich einer möglichen Berechtigung des Verkäufers, die gewährte Stundung einseitig rückgängig zu machen, ist zu unterscheiden:

a) Der Käufer ist bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kreditunwürdig.

aa) In Betracht kommt eine Anfechtung nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung des Verkäufers durch den Käufer. Der kreditbegehrende Käufer braucht dem Verkäufer nicht über alle, für seine Kreditwürdigkeit maßgeblichen Verhältnisse ungefragt Auskunft zu erteilen. Der Umstand, daß jemand bei Vertragsschluß seine schlechte Vermögenslage dem Gegner nicht offenbart, enthält daher im allgemeinen noch kein arglistiges, den anderen nach § 123 BGB zur Anfechtung berechtigendes Ver-

schweigen (RG LZ 1923, 20¹; Dresden SeuffA. 67, 433). Der Käufer muß dem Gegenkontrahenten nur diejenigen Tatsachen mitteilen, welche dieser unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrsauffassung erwarten darf (RG JW. 1911, 325¹⁸). Ob und inwieweit der Verkäufer vom Käufer Aufklärung verlangen kann, läßt sich daher nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles beurteilen (vgl. RG JW. 1912, 342⁵). Das Verschweigen der Kreditunwürdigkeit, wenn es gegen Treu und Glauben geschieht, um den Gegner zum Abschluß zu bestimmen, berechtigt den Verkäufer zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 BGB (RG WarnRspr. 1911 Nr. 360; OLG Hamburg OLGE 28, 24). Darunter fällt jedenfalls das Verschweigen der Zahlungseinstellung bei Vertragsschluß und die dadurch erlangte Auslieferung der Ware (RG 28, 381), das darüber hinaus eine unerlaubte Handlung darstellt (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 263 StGB — Betrug —; § 826 BGB). Im übrigen besteht eine Pflicht zur Aufklärung namentlich bei Geschäften mit großen Risiken, bei langdauernden Verträgen, bei Geschäften, die besondere Vertrauenswürdigkeit oder Leistungsfähigkeit voraussetzen. Eine arglistige Täuschung liegt ferner vor, wenn ein zahlungsunfähiger Käufer lediglich in der Absicht gekauft hat, die Ware rasch zu Geld zu machen und das Geld zu Schiebungen zu verwenden (RG 69, 15; Boschan „Recht“ 1909, 12). Darin, daß der Käufer von vornherein den Vertrag nicht zu erfüllen beabsichtigt, obwohl er die Mittel dazu besitzt, liegt nur in ganz besonderen Ausnahmefällen eine arglistige Täuschung. Nicht verschweigen darf der Käufer die Tatsache, daß er sein ganzes Warenlager anderen zur Sicherheit übereignet hat und diesen auch alle künftig eingehenden Waren übereignen muß (RG JW 1911, 324¹⁸).

bb) Daneben kann dem Verkäufer, der über eine schlechte Vermögenslage des Käufers bei Abschluß des Vertrages irrte, ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB zustehen. Bei Kreditkäufen (insbesondere im Handelsverkehr), nicht bei Barkäufen, RG 105, 208, ist die Kreditwürdigkeit des Käufers eine im Verkehr wesentliche Eigenschaft seiner Person, RG 66, 385 (grundsätzlich und mit Hinweisen auf die Rechtslage vor dem BGB.); vgl. ferner RG JW. 1912, 26; RG „Recht“ 1929 Nr. 2336; OLG Stuttgart OLGE 45, 129; zustimmend auch die Mehrheit der Literatur: Soergel-Hefermehl § 119 Rdnr. 38; Staudinger-Ostler § 433 Rdnr. 133 und Staudinger-Coing § 119 Rdnr. 20; Krüger-Nieland in RGRK-BGB § 119 Anm. 26; Enneccerus-Nipperdey II S. 1046 Anm. 23; Larenz AT S. 385; teilweise einschränkend Erman-Westermann § 119 Anm. 10: Kreditwürdigkeit wesentliche Eigenschaft, nicht jedoch die Zahlungsunfähigkeit (zweifelhaft, da geschäftliche Solvenz eines der entscheidenden Bemessungskriterien für die Kreditwürdigkeit bildet); a. A. Flume AT § 24 3 b. Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung bilden nur besonders krasse Fälle der Kreditunwürdigkeit. Auch wenn keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, kann es dem Käufer an der Kreditwürdigkeit fehlen. Ob der Käufer kreditwürdig ist, beurteilt sich nach der gesamten Geschäfts- und Vermögenslage, wozu auch die Einschätzung der Person des Käufers im Verkehr gehört (OLG Hamburg OLGE 20, 40). Eröffnung eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens nach der VglO wird bei Kreditkäufen hinreichen, obwohl sie bei Zug um Zug abzuwickelnden Geschäften noch keinen Grund zu Rücktritt oder Anfechtung gibt.

Abgesehen von der Vermögenslage des Käufers kann auch Vertrauensunwürdigkeit persönlicher Art, also persönliche Unzuverlässigkeit zur Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 Abs. 2 BGB führen, wenn besonderes persönliches Vertrauen zum Leistungsinhalt gehört und sich nachträglich Bescholtenheit, Bestrafung (RG 90, 393; RG JW. 1912, 25⁵) oder sonstige gewichtige, die Vertrauenswürdigkeit begründende Umstände herausstellen. Stets muß es sich um solche Umstände handeln, die nach den Anschauungen des Verkehrs einen entscheidenden Einfluß auf die Wertschätzung der Persönlichkeit ausüben, so daß die nach dem Wesen des Vertrages nötige Vertrauensbasis nach Aufdeckung des Irrtums fehlt. Maßgebend sind die besonderen Umstände des einzelnen Falles. Es braucht sich dabei nicht um Leistungen höchstpersönlicher Art zu handeln. Bei Einräumung eines Alleinverkaufsrechts, bei Abschluß eines dem ähnlichen Agenturvertrages (WarnRspr. 1920 Nr. 185), bei Geschäften mit nicht leicht nachprüfbarer Erfüllung, z. B. Wettbewerbsverboten (RG LZ 1921, 13¹), bei bedeutsamen Kreditgeschäften, die pünktliche und gewissenhafte Erfüllung verlangen (RG WarnRspr. 1911 Nr. 469), bildet die persönliche Vertrauenswürdigkeit des Vertragsgegners eine

verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB. Nicht bloß der Vertragsgegner kommt hier in Betracht. Auch das Fehlen des Vertrauens zu dem Leiter des Unternehmens des Gegners kann zur Irrtumsanfechtung führen (RG 98, 207); dagegen reicht es nicht, wenn es sich nur um bloß vertragsmäßige Beziehungen des Vertragsgegners zu Dritten handelt, z. B. wenn dieser mit jenem, ihm schadensersatzpflichtigen, einen schonenden Vergleich mit Rücksicht auf dessen beschränkte Vermögensverhältnisse abgeschlossen hat, ohne zu erfahren, daß der Schadensersatzpflichtige haftpflichtversichert war (RG 99, 214). Für das Fehlen der Vertrauenswürdigkeit kommt es auf den Augenblick des Vertragsschlusses an; es genügt daher nicht, wenn das Vertrauen erst als Folge mangelhafter Vertragserfüllung fortfällt (RG 62, 284; WarnRspr. 1908 Nr. 590. Unwahrhaftiges Verhalten des Gegners bei Vertragsschluß genügt für sich allein nicht. Wer bewußt unrichtige Angaben, z. B. über den Zweck des Vertragsschlusses, über die Bezugsquellen u. ä. macht, hat damit noch nicht die persönliche Vertrauenswürdigkeit in dem nach § 119 Abs. 2 BGB erforderlichen Maß eingebüßt.

Über Form und Frist der Geltendmachung der Anfechtung sowie zu den Anfechtungsfolgen im einzelnen vgl. §§ 121, 122, 124 BGB sowie §§ 142 bis 144 BGB und die Literatur dazu. Hier sei nur auf folgendes hingewiesen: ist die Stundung erst nachträglich, insbesondere nach Lieferung der Ware erfolgt, so ist die Kreditzusage ein selbständiges Geschäft, das selbständig wegen Irrtums angefochten werden kann. Die erfolgreiche Anfechtung bewirkt hier nicht wie sonst in der Regel die Nichtigkeit des gesamten Vertrages, führt vielmehr dazu, daß der Verkäufer unter Aufrechterhaltung des ursprünglichen Vertrages nunmehr Barzahlung verlangen kann.

Ann. 67

b) Die Vermögensverhältnisse des Käufers verschlechtern sich nach Vertragsschluß.

aa) Die Auslegung des Vertragswillens nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und die Anschauungen des Handelsverkehrs (§§ 157, 242 BGB, § 346 HGB), bei der auch die Handelsgebräuche des betreffenden Geschäftszweigs in Betracht kommen, kann zur Annahme eines stillschweigenden Vertrags des Inhalts führen, daß dem einen Teil, solange der Vertrag noch nicht ausgeführt ist, wegen veränderter Umstände der (einseitige) Rücktritt zustehen soll, wenn die Vermögensverhältnisse des anderen Teils nach Abschluß des Vertrags sich wesentlich verschlechtern. Als dann steht der Vertrag — einerlei, ob es sich um eine Vorleistungspflicht eines Teils oder um Leistung Zug um Zug handelt — unter der stillschweigenden Bedingung fort-dauernder Kreditwürdigkeit (RG 66, 389; ROHG 23, 139; JW 1899, 307¹⁸; 1905, 168⁵; vgl. RG 50, 258; 60, 59: Unsicherheit des ausländischen Versicherers; „Recht“ 1909 Nr. 3219; Breslau SeuffA. 66, 32) oder, wie man sich auch ausdrücken kann: es soll der Vertrag bei eintretender Kreditunwürdigkeit des Käufers als nicht geschlossen behandelt werden. Selbstverständlich ist in jedem Falle eine genaue Feststellung der Umstände erforderlich, die einen solchen beiderseitigen Willen als vorhanden annehmen lassen (JW 1902 Beil. 230⁹³). Unter besonderen Umständen können sogar berechtigte Zweifel an der Kreditwürdigkeit genügen. Das ist z. B. der Fall, wenn beim Abschluß des Geschäfts dessen Bestehen seitens des Verkäufers von dem Ausfall noch einzuholender Erkundigung über den Käufer abhängig gemacht ist (KG in KGBl. 1901, 29; RG in OLGE 4, 9 Anm. 1). Diese Abhängigkeit ist schon dann anzunehmen, wenn der Kunde Referenzen aufgibt (KG in KGBl. 1901, 29). Dieses Recht wird hinfällig, wenn ein Teil infolge des Verzugs der Gegenseite in Anwendung des § 326 BGB den Anspruch auf Erfüllung verloren hat; das ist der Fall mit Ablauf der Nachfrist (RG JW 1901, 462¹² nimmt erst den Zeitpunkt der Wahlrechtsausübung als entscheidend an).

Ann. 68

bb) In allen anderen Fällen, in denen nach dem Verträge eine Vorleistungspflicht eines Teils besteht und dieser Pflicht noch nicht genügt ist, greift § 321 BGB Platz. Er lautet:

„Wer aus einem gegenseitigen Verträge vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Verträge in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.“

Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß es dem Vorleistungspflichtigen nicht zugemutet werden kann, entsprechend der vertraglichen Vereinbarung seine Vorleistung zu erbringen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des anderen Teils seit dem Vertragschluß so erheblich verändert haben, daß es unsicher geworden ist, ob dieser die Gegenleistung wird erbringen können. Es wäre unbillig, eine Vertragspartei an Verpflichtungen festzuhalten, die sie unter den neuen, völlig veränderten Verhältnissen keinesfalls übernommen haben würde (RG 65, 185, 192). § 321 BGB geht also auf die „*clausula rebus sic stantibus*“ zurück und ist damit ein höchst spezieller Fall der nachträglichen Veränderung der Geschäftsgrundlage; vgl. auch Mot. I S. 631 und Prot. I S. 361.

Die Voraussetzungen der Vorschrift im einzelnen:

1. Eine **Verpflichtung zur Vorleistung** aus einem gegenseitigen Vertrag. Eine Vorleistungspflicht besteht dann, wenn der eine Vertragsteil die ihm obliegenden Leistungspflichten ganz oder teilweise zu erfüllen hat, bevor der andere Vertragsteil die ihm obliegenden, im Leistungsaustauschverhältnis stehenden Pflichten zu erfüllen braucht. Da der Verkäufer zur Verschaffung von Eigentum und Besitz verpflichtet ist, leistet der Käufer, der gegen Dokumente zahlt, insofern vor, als er zwar durch das Traditionspapier das Eigentum erlangen kann, nicht aber den unmittelbaren Besitz (a. A. RG vom 22. 1. 1926: zitiert nach RGRK-BGB § 320 Anm. 17). Die Vorleistung braucht keine Geldleistung zu sein. Die Vorleistung darf noch nicht erbracht sein. Derjenige, der geleistet hat, kann die dem Gegner bewilligte Stundung der Gegenleistung nicht wegen dessen seit dem Vertragsabschluß eingetretenen Vermögensverfalles in analoger Anwendung des § 321 BGB zurückziehen (Kolmar OLGE 4, 31). Trotz der von dem Verkäufer bedingungsweise übernommenen Nachbesserungspflicht (Garantie) für den gelieferten Gegenstand ist die Zahlung des Käufers nur Nachleistung gegenüber der erfüllten Lieferungspflicht des Verkäufers; ein durch § 321 BGB geregeltes Verhältnis wird dadurch nicht begründet (München OLGE 22, 199). Typische Fälle der Vorleistungspflicht sind beim Kauf: „Kasse gegen Dokumente“, „Kasse gegen Faktura“, „Kasse gegen Lieferschein“, „Kasse gegen Duplikatfrachtbrief“, „Lieferung gegen Akkreditiv“, „zahlbar mit Dreimonatsakzept“, „Zahlungsziel vier Wochen nach Lieferung“.

2. **Gefährdung des Anspruchs auf die Gegenleistung durch eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse** des Nachleistungspflichtigen. Entscheidend ist, wie die Verhältnisse des Nachleistungspflichtigen in den maßgeblichen Kreisen bei verständiger objektiver kaufmännischer Beurteilung der gesamten Sachlage anzusehen sind. Die meist einseitige, subjektive Auffassung des Vorleistungspflichtigen ist nicht maßgebend. Bei Beurteilung der Vermögenslage kommt es nicht allein auf die Höhe der Aktiven und Passiven, sondern auch auf die Flüssigkeit der Mittel und die Kreditfähigkeit an (RG JW. 1908, 1937). Denn in letzter Linie gibt die Frage den Ausschlag, ob die Forderung des Vorleistungspflichtigen gefährdet ist. Daher genügt stets eine Zahlungseinstellung, außerdem auch eine gefährdende Zahlungsstockung, weil sie den Kredit erschüttert. Es kann sein, daß trotz Verschlechterung des Vermögens dennoch keine Gefährdung besteht; es kann z. B. der Anspruch des Vorleistungspflichtigen durch eine gute Hypothek (RG 53, 244), einwandfreie Bürgschaft u. ä. gesichert sein. Ob die Verschlechterung der Verhältnisse und die dadurch verursachte Gefahr in einem Verschulden des Nachleistungspflichtigen ihren Grund haben, ist gleichgültig; daher kann die durch revolutionäre Vorgänge hervorgerufene allgemeine Unsicherheit im Lande des Nachleistungspflichtigen zur Anwendung des § 321 BGB gegen ihn führen (KG in OLGE 18, 59). Die Folgen so allgemein wirkender Ereignisse, wie rückgängige Konjunktur, Handelskrisen und Krieg, reichen aber nicht aus. Es müssen vielmehr im Einzelfall die Verhältnisse des Schuldners von ihnen besonders betroffen werden und dadurch gefährdet erscheinen (RG in WarnRspr. 1916 Nr. 5). Hat der Vorleistungspflichtige nach Lage der Umstände mit einer Gefahr bei Abschluß des Vertrags rechnen müssen, so hat er diese Gefahr tragen wollen. Daraus folgt, daß man es mit dem Erfordernis der Gefährdung durch wesentliche Vermögensverschlechterung und der Anwendung des § 321 BGB strengnehmen muß, so daß eine entsprechende Anwendung des § 321 BGB z. B. auf den Fall der drohenden Verschlechterung eines Pfandes ausgeschlossen ist (RG 64, 111), sowie weiter, daß derjenige sich auf § 321 BGB nicht berufen kann, der nach erlangter Kenntnis vom Vermögensverfall des Gegners das Kreditverhältnis durch Kündigung

aufheben konnte und dies unterlassen hat (RG 65, 192). Letzteres ist jedoch nicht so sehr für den Kaufvertrag, als vielmehr besonders für den Kreditvertrag von Bedeutung. Die Beweislast für die Gefährdung in obigem Sinne trifft den Vorleistungspflichtigen. Strenggenommen müßte danach der Vorleistungspflichtige die Vermögenslage seines Gegners im Augenblick des Vertragsschlusses darlegen und beweisen, weil sich erst nach diesem Stand das Eintreten einer Verschlechterung ermessen läßt. Diesen meist unmöglichen Beweis wollte der Gesetzgeber aber nicht auferlegen. Es muß daher der Beweis der Gefährdung der Gegenleistung durch schlechte Verhältnisse des Nachleistungspflichtigen genügen. Dem Nachleistungspflichtigen bleibt dann der Gegenbeweis überlassen, entweder daß seine Verhältnisse zur Zeit des Vertragsschlusses bereits so schlecht waren, wie es § 321 BGB voraussetzt (s. dazu auch die folgende Anm.), oder daß sich seine Verhältnisse, wenn sie erst nach Vertragsschluß so schlecht geworden sind, wieder so gebessert haben, daß eine Gefährdung des Anspruchs auf die Gegenleistung ausgeschlossen erscheint. Ehe die Vorleistung fällig ist, kann der nachleistungspflichtige Gläubiger das auf § 321 BGB gestützte Verlangen seines Gegners auf Zusage sofortiger Gegenleistung oder Sicherstellung zurückweisen, ohne daß darin eine ernstliche Erfüllungsverweigerung zu erblicken wäre, die den Rücktritt des Gegners zu rechtfertigen vermöchte (RG 54, 358).

Anm. 69

3. Eintritt der Verschlechterung nach Vertragsschluß. Waren die Umstände, die die Erfüllung des Anspruchs des Vorleistungspflichtigen gefährden, bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden, mögen sie dem Vorleistungspflichtigen auch ohne sein Verschulden unbekannt gewesen sein, so kann nur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder wegen Irrtums (Anm. 66) in Frage kommen. Eine ausdehnende Auslegung des § 312 BGB verstößt gegen den oben Anm. 67 dargelegten Grundgedanken der Vorschrift (h. M. vgl. Wilde in RGRK-BGB § 321 Anm. 2; Soergel-Reimer Schmidt § 321 Rdnr. 4; Erman § 321 Anm. 2c; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 321 Anm. 2b; zweifelnd Blomeyer, Schuldrecht § 21 V 1). Wohl aber wird die Voraussetzung des § 321 BGB erfüllt, wenn sich die Verhältnisse nach Vertragsabschluß noch weiter verschlechtert haben, z. B. durch Vorladung zum Offenbarungseid, neuerliche Pfändung durch andere Gläubiger und Nichtbewilligung eines bei Vertragsschluß in Aussicht stehenden Kredites (BGH LM Nr. 2 zu § 321 BGB. = NJW 1964, 99). Die Konkursöffnung ist selbst dann als weitere wesentliche Verschlechterung angesehen worden, wenn schon bei Vertragsschluß Zahlungsunfähigkeit bestanden hat, RG „Recht“ 1905 Nr. 269; „Recht“ 1926 Nr. 415: sehr zweifelhaft, denn wer sich einem zahlungsunfähigen Partner gegenüber zur Vorleistung verpflichtet, nimmt doch wohl das naheliegende Risiko der Konkursöffnung auf sich. Die Verschlechterung darf ferner nicht nur vorübergehend gewesen sein; sie muß vielmehr im Zeitpunkt des Erfüllungsverlangens des Vorleistungsberechtigten (nicht ausreichend ist: im Zeitpunkt der Fälligkeit der Vorleistung) noch fortbestehen, RG JW. 1908, 1947; RG „Recht“ 1910 Nr. 1230.

Anm. 70

Wirkungen der Vorschrift. Liegen die geschilderten Voraussetzungen vor, so kann der Vorleistungspflichtige seine Vorleistung solange verweigern, bis der andere Teil seinerseits die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit leistet. § 321 BGB verleiht dem Vorleistungspflichtigen also eine verzögerliche Einrede, durch deren Geltendmachung er im Prozeß gegenüber der Klage auf die Vorleistung erreichen kann, daß er zur Erbringung seiner Vorleistung nur Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung oder gegen Sicherheitsleistung (RG 51, 172; 53, 64) verurteilt werden kann. Da in § 321 BGB ein § 273 Abs. 3 Satz 2 BGB entsprechender Zusatz fehlt, ist auch Stellung von Bürgschaft zugelassen, nicht aber Sicherheitsleistung durch Abtretung von Forderungen (OLG Dresden OLGE 20, 144). Der Nachleistungspflichtige kann aus dem begründeten Vorschützen der Einrede weder einen Grund zum Rücktritt entnehmen noch seine Ansprüche im Wege des Selbsthilfeverkaufs verfolgen. Darüber, ob er auf eine Zugum-Zug-Leistung eingehen oder Sicherheit stellen will, braucht er sich erst bei Fälligkeit der Vorleistung zu erklären. Hat er sich vorher geweigert, Sicherheit zu leisten, so hat diese Weigerung nur Bedeutung, wenn sie als im Zeitpunkt der Fälligkeit der Vorleistung aufrechterhalten anzusehen ist (vgl. RG 54, 356). Alsdann kann eine solche Weigerung u. U. den Vertragszweck erheblich gefährden und als positive Vertragsverletzung angesehen werden. Die nach der Fälligkeit der Vorleistung ausgesprochene Weigerung des

Nachleistungspflichtigen, Sicherheit zu leisten oder auf Leistung Zug um Zug einzugehen, kann jederzeit zurückgenommen werden, solange der Gegner daraus keine Folgerung durch bestimmte Erklärung gezogen hat. Sind mehrere Nachleistungspflichtige als Gesamtgläubiger hinsichtlich des Anspruchs auf die Vorleistung vorhanden, so ist das Weigerungsrecht des Vorleistungspflichtigen nur demjenigen Gesamtgläubiger gegenüber gegeben, bei dem die Voraussetzungen des § 321 BGB zutreffen (§§ 425, 429 Abs. 3 BGB). Hat der Nachleistungspflichtige seine Rechte auf die Vorleistung abgetreten, so kann der Vorleistungspflichtige sein Weigerungsrecht auch gegen den Sonderrechtsnachfolger geltend machen, wenn die Voraussetzungen des § 321 BGB in der Person des ursprünglichen Gläubigers vorliegen (RG 51, 172). Eine darüber hinausreichende Umgestaltung des Schuldverhältnisses führt § 321 BGB nicht herbei. Insbesondere wird die Gegenleistung nicht eher fällig als im Vertrag vorgesehen. Der Vorleistungspflichtige kann den Gegner also nicht in Verzug setzen, ohne seiner Vorleistungspflicht genügt zu haben, noch den Gegner durch Aufforderung zur Gegenleistung in Annahmeverzug versetzen (RG JW 1904, 201¹¹; SächsOLG in OLGE 36, 107; Hamburg SeuffA 59, 93). Insbesondere ist es dem Vorleistungspflichtigen versagt, vor dem für die Fälligkeit der Gegenleistung vereinbarten Zeitpunkt auf Erfüllung des Vertrages Zug um Zug gegen Gewährung oder Sicherstellung der Vorleistung zu klagen (RG 53, 63; 54, 359; OLG Hamburg LZ 1926, 1211¹; Wilde in RGRK-BGB § 321 Anm. 4; Erman § 321 Anm. 3b; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 321 Anm. 3; Enneccerus-Lehmann S. 144; Blomeyer, Schuldrecht § 21 V 1). Eine abweichende Meinung in der Literatur nimmt dagegen an, die Einrede habe eine rechtsgestaltende Wirkung auf das Schuldverhältnis dergestalt, daß die vereinbarte Vorleistungspflicht völlig aufgehoben und die vertragliche Regelform der Zug-um-Zug-Erfüllung hergestellt werde (Larenz, Schuldrecht I^{8/9} S. 210 unter Anführung von Oertmann 5b zu § 321; Soergel-Reimer Schmidt § 321 Rdnr. 5). Zur Begründung führen diese Autoren an, es wäre unbillig, „es dem leistungsschwachen Berechtigten in die Hand zu geben, ob der andere Teil seine Gegenleistung verlangen kann, ohne ein besonderes Risiko einzugehen“ (Reimer Schmidt a. a. O.) bzw. bei der hier vertretenen Meinung werde der Vorleistungsverpflichtete „überhaupt nicht in der Lage sein, den anderen am Verträge festzuhalten, ohne doch die Vorleistung zu riskieren, was ihm das Gesetz gerade ersparen will“ (Larenz a. a. O.). Diese Argumente könnten nur dann überzeugen, wenn nachweisbar wäre, daß es in der Intention des Gesetzes liegt, dem Vorleistungspflichtigen das Recht zu geben, den anderen Teil zu veränderten Bedingungen am Verträge festzuhalten, indem der in der Vorleistungspflicht liegende Nachteil für den Verpflichteten ausgeräumt wird, während ihm zugleich die Vorteile des Geschäfts erhalten bleiben. Dieser Nachweis kann nicht geführt werden. Unbezweifelbar berücksichtigt § 321 BGB das Interesse des Vorleistungspflichtigen nur durch Gewährung einer Einrede. Das Gesetz bleibt damit auf der halben Strecke des von den obigen Autoren für zweckmäßig gehaltenen Weges stehen. Es schützt den Vorleistungspflichtigen vor den Nachteilen einer Vertragsgestaltung, die er im Vertrauen auf eine bessere wirtschaftliche Lage der Gegenpartei eingegangen ist, indem es ihn davor bewahrt, die Vorleistung in einem Zeitpunkt erbringen zu müssen, zu dem bereits erkennbar geworden ist, daß die Realisierung des Anspruchs auf die ihm als Ausgleich gebührende Gegenleistung gefährdet ist. Dagegen liegt es, wie der Vergleich mit § 322 Abs. 2 BGB deutlich zeigt, nicht in der Absicht des Gesetzes, dem Vorleistungspflichtigen über die Gewährung einer verzögerlichen Einrede hinaus ein Recht zu aktivem Vorgehen gegen den anderen zuzubilligen und ihm damit einseitig die Vorteile des Geschäfts zu erhalten. Diese Regelung ist keinesfalls immer unbillig. Das Geschäft bildet in der Form wie es ursprünglich geschlossen ist, eine innere Einheit. So wird z. B. häufig nicht auszuschließen sein, daß der zur Nachleistung Verpflichtete das Geschäft zur Bedingung der Zug-um-Zug-Leistung nicht geschlossen hätte, etwa weil er sich die Mittel für seine Leistung erst aus der Verwertung der Vorleistung des anderen beschaffen wollte, oder daß er sich für die Zubilligung eines Zahlungsziels zu Zugeständnissen bei den übrigen Vertragskonditionen genötigt gesehen hat. Die von den genannten Autoren befürwortete Erweiterung der Rechte des Vorleistungspflichtigen würde somit bedeuten, den zur Nachleistung Berechtigten nicht an dem tatsächlich ausgehandelten, sondern an einem inhaltlich wesentlich veränderten Vertrag festzuhalten. Die von Larenz a. a. O.

für diesen Tatbestand gebrauchte Formulierung der „Rückkehr“ zur Zug-um-Zug-Leistung ist somit irreführend. So gesehen kann es kaum als unbillig bezeichnet werden, wenn das Gesetz dem Vorleistungspflichtigen das Recht zu aktivem Vorgehen versagt, sondern statt dessen bei dem Vorleistungsberechtigten monopolisiert und es damit ihm und nicht der Gegenpartei überläßt, sich schlüssig zu machen, ob das Geschäft auch ohne die Vorleistung des anderen Teils noch seinen geschäftlichen Interessen entspricht und bejahendenfalls Vertragserfüllung gegen Sicherheit oder Erbringung der eigenen Gegenleistung Zug um Zug zu verlangen. Den schutzwürdigen Belangen des Vorleistungspflichtigen wird in ausreichendem Maße Rechnung getragen, wenn man ihm das Recht zubilligt, für den Fall, daß der andere diese Umgestaltung des Vertrages ablehnt oder die Entscheidung darüber verzögert, vom Vertrag zurückzutreten (s. dazu die folgende Anm.).

Anm. 71 Allerdings tritt bei der hier vertretenen Auslegung des § 321 BGB, die dem Vorleistungspflichtigen jedes aktive Vorgehen versagt, durch die Geltendmachung der Einrede ein Schwebezustand ein, währenddessen zunächst unsicher ist, ob der Vorleistungsberechtigte bereit sein wird, Sicherheit zu leisten oder sich mit Zug-um-Zug-Erfüllung zufrieden zu geben, der Vorleistungspflichtige aber an den Vertrag gebunden bleibt und seine Leistung weiter bereithalten muß. Die Beendigung dieses Schwebezustandes erfolgt auf unterschiedliche Weise, je nachdem, wie der Fälligkeitszeitpunkt für die Nachleistung vertraglich festgelegt ist.

1. Wird die Nachleistung unabhängig von der Vorleistung zu einem fest fixierten Zeitpunkt fällig, was allerdings selten sein wird, so kann der Vorleistungspflichtige von diesem Zeitpunkt ab auf Zug-um-Zug-Erfüllung klagen.

2. Ist das Fälligwerden der Nachleistung in Abhängigkeit gesetzt von der Erbringung der Vorleistung, z. B. durch die Klausel „Zahlung vier Wochen nach Erhalt der Ware“, so könnte die Nachleistung nie fällig werden, der Schwebezustand ohne zeitliche Begrenzung andauern, wenn der Vorleistungspflichtige Sicherheitsleistung oder Einverständnis mit Zug-um-Zug-Erfüllung ablehnt. Zur Lösung dieses Zustandes muß dem Vorleistungspflichtigen das Recht zugebilligt werden, den Gegner unter Setzung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufzufordern, ob er dem § 321 BGB genügen wolle. Ein solches Vorgehen schafft klare Verhältnisse und entspricht Treu und Glauben, indem es verhindert, daß das dem Nachlieferungspflichtigen gewährte Recht zu einem willkürlichen Schwebezustand führt. Nur der, dessen Verhältnisse sich so verschlechtert haben, ist in der Lage, den Schwebezustand zu beendigen. Schweigt er innerhalb der ihm nach Fälligkeit der Vorleistung gesetzten Frist oder lehnt er ab, so ist dem Vorleistungspflichtigen der Weg zum Rücktritt eröffnet. Ob man dieses Rücktrittsrecht auf § 242 BGB stützt (so die h. M., s. Wilde in RGRK-BGB § 321 Anm. 4; Erman § 321 Anm. 3b m. w. Nachw.; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 321 Anm. 3; vgl. auch BGH 11, 80 = NJW 1954, 229), oder wie die Voraufgabe dieses Kommentars auf eine analoge Anwendung des § 326 BGB (Voraufgabe Anm. 44), ist dabei ohne Bedeutung. Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist dagegen dem Vorleistungspflichtigen zu versagen.

Anm. 72 Die Geltendmachung der Einrede erfolgt durch einfache Verweigerung der Vorleistung unter Hinweis auf § 321 BGB, die jederzeit zurückgenommen werden kann. Der Vorleistungspflichtige, der von seinem Recht aus § 321 BGB Gebrauch gemacht hat, darf solange ohne weitere Erkundigungen einzuziehen (RG LZ 1907, 50⁸) davon ausgehen, daß die Verhältnisse des anderen sich nicht geändert haben, bis er von einer Besserung Kenntnis erlangt. Die Einrede aus § 321 BGB kann vom Vorleistungspflichtigen nur solange vorgeschützt werden, als er seine Vorleistung noch nicht gemacht hat. Hat er seine Vorleistung erbracht, so ist eine Rückforderung des Geleisteten schon durch § 813 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Alle diese Rechte hat auch der, dem der Vorleistungspflichtige seine Rechte aus dem Vertrag abgetreten hat (RG 51, 172), und der, dem sie sonst überwiesen sind. Schützt der Vorleistungspflichtige die Einrede mit Unrecht vor, so kann ihn der Gegner in Leistungsverzug versetzen und gegen ihn nach § 326 BGB vorgehen. U. U. erfüllt sich dann auch der Tatbestand positiver Vertragsverletzung.

Anm. 73 2. Eine Sonderform des Kreditkaufes, regelmäßig verbunden mit Eigentumsvorbehalt, ist der **Abzahlungskauf**. Für den Abzahlungskauf besteht das Gesetz betr. die

Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 (RGBl. S. 450, geändert durch Gesetz vom 1. 9. 1969 BGBl. I S. 1541). Da sich das Abzahlungsgeschäft inzwischen zu einem umfangreichen Sondergebiet entwickelt hat, wird in dieser Auflage wie in der vorigen auf eine Darstellung dieses Rechtsgebietes verzichtet.

3. Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Literaturhinweise: Bauknecht, Pfändung des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung in NJW 1954, 1749 und Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht in NJW 1955, 1251; Blomeyer, Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb in AcP 153, 239 und Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers in AcP 162, 193; Forkel, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht; Flume, Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt in NJW 1950, 841; Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf. Zur Theorie der dinglichen Anwartschaften, 1963; Kötter, Die Tauglichkeit der Vorausabtretung als Sicherungsmittel des Geld- und Warenkredits, 1960; Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961; Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, 1930; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I Der einfache Eigentumsvorbehalt, 1963 und Causa und Anwartschaft in AcP 166, 129; Stulz, Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht, 1932. Ausland: Böckl-Meder, Der Eigentumsvorbehalt im ausländischen Recht, 2. Aufl. 1960; Eisner, Eigentumsvorbehalt und Security Interest im Handelsverkehr mit den USA in NJW 1967, 1169; Fleck, Der Eigentumsvorbehalt im Europäischen Kaufrecht, 1954; Graue, Der Eigentumsvorbehalt im ausländischen Recht, 1953; Mertens, Eigentumsvorbehalt und sonstige Sicherungsmittel des Verkäufers im ausländischen Recht, 1964. Wegen der jeweils neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs s. die periodisch erscheinenden Rechtsprechungsübersichten von Pikart in WM. Weitere Hinweise auf das schier unübersehbare Schrifttum finden sich im folgenden Text.

a) Zweck und Zustandekommen des Eigentumsvorbehalts

Die dem vorleistungspflichtigen Verkäufer durch § 321 BGB gewährten rechtlichen Möglichkeiten werden auf Grund ihrer engen Voraussetzungen und ihrer eingeschränkten Wirkungen seinem Sicherheitsbedürfnis häufig nicht genügen. Hinzu kommt, daß § 321 BGB den Verkäufer vollends im Stich läßt, sobald er die ihm obliegende Vorleistung einmal erbracht hat. § 454 BGB versagt dem Verkäufer in diesem Fall überdies auch das ihm sonst nach § 326 BGB bei Zahlungsverzug des Käufers zugebilligte Rücktrittsrecht (nach BGH NJW 1958, 497; DNotZ 1959, 393 selbst dann, wenn der Verkäufer die Stundung des Kaufpreises widerrufen hat) und beschränkt ihn auf einen Schadensersatzanspruch, dessen Realisierbarkeit jedoch genauso fraglich ist wie diejenige des Anspruchs auf den Kaufpreis. Der sich in dieser Situation für den Verkäufer anbietende Ausweg besteht darin, dem Käufer zunächst bis zur Erbringung der Nachleistung nur den Besitz, noch nicht aber das Eigentum an der Kaufsache zu übertragen, um im Falle der Nichtzahlung von dem Eigentumsrecht durch Rücknahme des Gegenstandes Gebrauch machen zu können. Dieser Weg befriedigt sowohl das Sicherheitsbedürfnis des Verkäufers wie das Käuferinteresse an Besitz und Nutzungsmöglichkeit vor Kaufpreiszahlung. Die auf eine solche Gestaltung der Beziehungen zwischen Verkäufer und Erwerber zielende Abrede bezeichnet man als Eigentumsvorbehalt. Der Eigentumsvorbehalt findet seine (äußerst knapp gehaltene) gesetzliche Regelung in § 455 BGB. Die Vorschrift lautet:

„Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.“

Diese Auslegungsregel, die immer dann gelten soll, wenn die Parteien einen Eigentumsvorbehalt ohne nähere Bestimmungen über seine Ausgestaltung vereinbaren, verdeutlicht zunächst in zweifacher Hinsicht den Weg, auf dem das Gesetz die sonst durch § 929 BGB vorgezeichnete Verknüpfung von Besitz- und Eigentumsübertragung lösen will. Sie erfolgt im Bereich des sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfts, der Eigentumsübertragung, und nicht des schuldrechtlichen Grundgeschäftes, des Kaufvertrages. Sie

wird bewirkt, indem die Einigung über den Eigentumsübergang unter die aufschiebende Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises gestellt wird. Dies bedeutet, daß die Vertragspartner das Erfüllungsgeschäft — wie auch sonst in Fällen der Vorleistungspflicht des Verkäufers — sofort, ungeachtet der erst später zu erbringenden Nachleistung des Käufers, vornehmen, sich dabei aber zugleich einig sind, daß die ihm eigentümliche Wirkung, der Übergang des Eigentums, erst später, im Augenblick der vollständigen Zahlung des Kaufpreises, eintreten soll. Aufschiebend bedingt ist somit nur die Übereignung, nicht der Kaufvertrag.

Anm. 76 Dies bedeutet jedoch nicht, daß der Eigentumsvorbehalt gänzlich ohne Einfluß auf den Kaufvertrag bliebe. Nach § 433 Abs. 1 BGB. ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an ihr zu verschaffen. Der Verkäufer, der sich nur zur bedingten Übereignung bereit erklärte, würde damit seine Verkäuferpflichten verletzen und auf die Klage des Käufers hin zur unbedingten Übereignung verurteilt werden müssen. Der dem Eigentumsvorbehalt eigentümliche Zweck der Sicherung des Verkäufers kann somit im Regelfall nur dadurch erreicht werden, daß die Parteien bereits im Kaufvertrag vereinbaren, der Verkäufer solle zur Übereignung nur unter Vorbehalt seines Eigentums verpflichtet sein und damit die Regel des § 433 Abs. 1 BGB. modifizieren. Dazu genügt allerdings auch eine nachträgliche Änderung des Kaufvertrages.

Anm. 77 Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts im Kaufvertrag kann auch stillschweigend, d. h. konkludent erfolgen. Sie ist enthalten in der Abrede, daß der Käufer von Holz auf dem Stamm zwar die Abholzung vornehmen, aber nur nach Maßgabe der Zahlung über das Holz verfügen dürfe; hier ist die Aneignungsgestattung aufschiebend bedingt (RG „Recht“ 1910 Nr. 4066). Zu der Frage, ob in der Nichtaushändigung des Kfz-Briefs ein Eigentumsvorbehalt liegt, vgl. BGH WM 1965, 1136. Ein Handelsbrauch des Inhalts, daß bei Stundung des Kaufpreises auch ohne entsprechende Vereinbarung unter Eigentumsvorbehalt verkauft sei, besteht nicht (RG 143, 14; Soergel-Ballerstedt § 455 Rdnr. 3; vgl. auch BGH 42, 53; unklar Erman-Weitnauer § 455 Anm. I 3; nach LG Aachen MDR 1958, 514 soll bei Kaufverträgen, die nicht Barkäufe sind, eine Vermutung für die stillschweigende Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts sprechen; dem kann nicht zugestimmt werden).

Bestandteil des Kaufvertrages kann der Eigentumsvorbehalt ferner dadurch werden, daß der Kaufvertrag auf allgemeine Geschäftsbedingungen Bezug nimmt, in denen der Eigentumsvorbehalt vorgesehen ist (s. § 346 Anm. 168 ff.) oder welche als sog. Rahmenvertrag für alle zwischen den Parteien zustande kommenden künftigen Kaufverträge maßgebend sein sollen (so auch beim Sukzessivlieferungsgeschäft für die künftigen Lieferungen, vgl. Hueck, Normenverträge, Iher. Jb. Bd. 73 S. 33); der Vorbehalt wird alsdann ohne besondere weitere Abrede Inhalt eines jeden einzelnen Geschäfts.

Anm. 78 Der nicht im Kaufvertrag vereinbarte, sondern erst später, etwa bei Lieferung, vom Verkäufer einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt, stellt eine Verletzung der Verkäuferpflichten dar, die den Käufer berechtigt, auf unbedingte Übereignung zu klagen (so ausdrücklich Soergel-Ballerstedt § 455 Rdnr. 4 m. Nachw. aus der älteren Rspr.; Staudinger-Ostler § 455 Rdnr. 11). Dies ist vor allem für den nicht seltenen Fall von Bedeutung, daß der Verkäufer seinen Willen, nur unter Eigentumsvorbehalt zu veräußern, erstmalig auf einer dem Käufer übermittelten Rechnung oder einem der Ware beigegebenen Begleitpapier erklärt. Die Vertragswidrigkeit des solchermaßen erklärten Eigentumsvorbehaltes zieht jedoch nicht ohne weiteres dessen Unwirksamkeit nach sich. Es ist vielmehr zu unterscheiden: die Lieferung des gekauften Gegenstandes wird im Verkehr als Erklärung des Verkäufers verstanden, die Ware zu den Bedingungen des Kaufvertrages übereignen zu wollen. Ein Käufer, der ohne Eigentumsvorbehalt gekauft hat, erlangt daher an der ihm ohne weitere Erläuterungen gelieferten Ware unbedingtes Eigentum, genauso wie ein Vorbehaltskäufer in der entsprechenden Situation nur bedingtes Eigentum erwirbt. Ein abweichender, überhaupt nicht oder erst nach Übergabe erklärter Wille des Verkäufers ist unbeachtlich. Erklärt der Verkäufer seinen Willen, nur bedingtes Eigentum übertragen zu wollen, jedoch spätestens bei der Übergabe, so kann seine Erklärung keinesfalls mehr als Angebot zur Übereignung zu den vertraglich vereinbarten Bedingungen aufgefaßt werden. Der Verkäufer, der sich vertraglich zur

unbedingten Übereignung verpflichtet hat, schließlich aber nur die bedingte Übereignung anbietet, verletzt zwar seine Verkäuferpflichten, verhindert jedoch zugleich den unbedingten Eigentumsübergang, da Einigkeit zwischen Veräußerer und Erwerber im Zeitpunkt der Übergabe zu den unabdingbaren Voraussetzungen des rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergangs nach § 929 BGB gehört (h. M. vgl. statt aller Staudinger-Ostler § 455 Rdnr. 9). Entscheidend ist somit, ob die von den Bedingungen des Kaufvertrages abweichende Willenserklärung des Verkäufers dem Käufer spätestens bei Übergabe der Ware zugegangen ist. Dies ist stets der Fall, wenn der Käufer bis zu dem genannten Zeitpunkt von dieser Erklärung Kenntnis genommen hat. Ausreichend ist jedoch, wenn sie derart in seinen Machtbereich gelangt ist, daß Kenntnisnahme möglich und zu erwarten war. Dazu genügt ein deutlicher Vermerk auf einer Rechnung oder einem Begleitpapier, es sei denn, daß die Aufnahme eines derartigen Vermerks mit der Zweckbestimmung und praktischen Verwendung des betreffenden Papiers im Handelsverkehr unvereinbar und daher so ungewöhnlich ist, daß der Empfänger einen solchen Vermerk nicht zu erwarten und das Papier folglich auch nicht auf sein Vorhandensein durchzulesen braucht (BGH NJW 1953, 217). Nach diesen Maßstäben verhindert der auf einer vor oder zugleich mit der Ware übergebenen Rechnung vermerkte Eigentumsvorbehalt den bedingungslosen Eigentumsübergang auch dann, wenn er von dem Empfänger nicht zur Kenntnis genommen worden ist (so besonders deutlich Staudinger-Ostler § 455 Rdnr. 9, 10 mit zahlr. Nachweisen aus der älteren Rspr. und Literatur. Vgl. auch Kuhn in RGRK-BGB § 455 Anm. 12). Voraussetzung ist aber auch hier, daß der Vermerk auf der Rechnung deutlich sichtbar angebracht ist. Ein besonders unauffälliger Vermerk in kleiner Schrift oder an versteckter Stelle ist ohne Wirkung (Staudinger-Ostler a. a. O.). Nach den oben ausgeführten Grundsätzen richtet sich auch die Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehaltes auf einem Lieferschein. Vgl. dazu BGH NJW 1953, 217 mit Anm. von Raiser. Jedoch wird man Lieferscheine nur bei Vorliegen besonderer Umstände als geeignet für die Übermittlung eines Eigentumsvorbehaltes ansehen dürfen. Für den Regelfall ist hier zu fordern, daß der Empfänger den Vermerk tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Wenn es sich jedoch um einen Lieferschein i. S. des § 363, also um eine vom Verkäufer ausgestellte Anweisung an den Lagerhalter handelt, mittels deren Käufer die Ware dort empfangen soll, so ist der darin enthaltene Eigentumsvorbehalt jedenfalls wirksam, da insoweit die Übereignungsermächtigung des Lagerhalters limitiert und der Käufer nicht gutgläubig im Sinne der §§ 366, 54 Abs. 3 ist.

Ist die den Eigentumsvorbehalt enthaltende Erklärung des Verkäufers dem Käufer rechtzeitig zugegangen, so ergibt sich folgende Lage: weist der Käufer den Eigentumsvorbehalt zurück, so erwirbt er zunächst überhaupt kein Eigentum, auch nicht aufschiebend bedingtes. Er kann jedoch von dem Verkäufer Erfüllung des Kaufvertrages und damit unbedingte Übereignung verlangen. Nimmt er den ihm unter Eigentumsvorbehalt angebotenen Kaufgegenstand ohne Erklärung seinerseits entgegen, so wird dieses Verhalten im Regelfall dahin auszulegen sein, daß er es vorzieht, aufschiebend bedingtes Eigentum anstatt gar keins zu erwerben. Abzulehnen ist jedoch die Ansicht, der Käufer erkläre sich damit zugleich mit einer Umwandlung des Kaufvertrages in einen solchen nach § 455 BGB einverstanden, gebe also sein Recht auf, aus dem Kaufvertrag unbedingte Übereignung zu verlangen (so aber Staudinger-Ostler § 455 Rdnr. 12; in die gleiche Richtung tendiert auch Soergel-Ballerstedt § 455 Rdnr. 4). Diese Ansicht mag rein konstruktiv-dogmatisch gut begründbar erscheinen, der Situation wird sie aber nicht gerecht. Der Verkäufer, der seinem Vertragspartner nachträglich einen vorher nicht vereinbarten Eigentumsvorbehalt unterzuschieben versucht und diesen damit vor die mißliche Wahl stellt, den Eigentumsvorbehalt zunächst hinzunehmen oder überhaupt kein Recht an der angebotenen Ware zu erwerben, schlimmer noch, sie u. U. sofort zurückzuschicken, kann aus der Entgegennahme der Ware durch den anderen Teil nicht mehr schließen, als daß dieser sich für die erste Alternative als das geringere Übel entschieden hat und es vorzieht, zunächst bedingtes anstatt überhaupt kein Eigentum zu erwerben. Nichts aber berechtigt den Verkäufer anzunehmen, der Käufer sehe diesen vertragswidrig herbeigeführten Zustand als endgültig an und sei nunmehr bereit, seine vertraglichen Rechte aufzugeben. Dazu stets eine Rechtsverwahrung des Käufers bei der Übergabe etwa in Form der Erklärung zu verlangen, er nehme den bedingten Rechtserwerb

hin, behalte sich aber seine Rechte aus dem Kaufvertrag vor, hieße verkennen, daß das Recht nicht für Juristen geschaffen ist. Nur in besonders gelagerten Fällen wird man in der stillschweigenden Entgegennahme der vertragswidrig unter Eigentumsvorbehalt angebotenen Ware zugleich die Annahme eines Angebots des Verkäufers auf nachträgliche Abänderung des Kaufvertrages sehen dürfen. Im Ergebnis wie hier Larenz II⁸ S. 79; Kuhn in RGRK-BGB § 455 Anm. 12 („keineswegs“).

Ann. 79 Unter **nachträglichem Eigentumsvorbehalt** versteht man die Umwandlung von zunächst unbedingt übertragenem Eigentum in (bedingtes) Vorbehaltseigentum i. S. des § 455 BGB, so z. B., wenn sich die Parteien nach vorbehaltlosem Kaufabschluß und ebenso vorbehaltlosem Eigentumserwerb seitens des Käufers nachträglich, etwa weil der Käufer um Stundung einkommt, einig werden, der Verkäufer solle bis zur endgültigen Kaufpreiszahlung Eigentümer bleiben oder richtiger ausgedrückt, wieder werden. Nach BGH NJW 1953, 217, 218 kommt dies überhaupt nur in der rechtlichen Form in Betracht, daß der Käufer das Eigentum nach § 930 BGB auf den Verkäufer zurücküberträgt und dieser (nunmehr aufschiebend bedingt) wiederum auf den Käufer, diesmal nach § 929 S. 2 BGB. Bei der ersten, nach § 930 BGB erfolgenden Rückübertragung des Eigentums vom Käufer auf den Verkäufer vermißt der BGH jedoch, wenn die Parteien keine besonderen Vereinbarungen getroffen haben, das für §§ 930, 868 BGB erforderliche konkrete Besitzmittlungsverhältnis. Der Kaufvertrag soll, nachdem die Verkäuferpflichten durch die unbedingte Übereignung bereits erfüllt sind, kein geeignetes Besitzmittlungsverhältnis mehr abgeben können. Die Ansicht des BGH ist in der juristischen Literatur auf erheblichen Widerspruch gestoßen. Vgl. zu dieser im wesentlichen in das Sachenrecht gehörigen Problematik insbesondere Raiser in der Anmerkung zu dem zitierten BGH-Urteil sowie Larenz II⁸ S. 80; Westermann⁵ S. 84 m. w. Nachw.; Baur, Sachenrecht⁴ S. 433; Serick I S. 92ff.; Staudinger-Ostler § 455 Rdnr. 14f.

Ann. 80 b) **Die Wirkungen des Eigentumsvorbehalts**

aa) **Sachenrechtliche Wirkungen.** Da der Eigentumsvorbehalt entsprechend dem oben Anm. 75 Gesagten die Wirkung hat, daß das Eigentum entgegen der Regel des § 929 BGB nicht sofort mit dem Besitzwechsel, sondern erst bei Bedingungseintritt, also bei Zahlung des Kaufpreises, übergeht, bleibt der Verkäufer bis dahin Eigentümer, der Käufer ist nur Besitzer, und zwar Fremdbesitzer. Er besitzt also den Kaufgegenstand nicht als eigenen, sondern für den Verkäufer als dessen Besitzmittler. Die Sicherungsfunktion, die der Eigentumsvorbehalt für den Verkäufer zu erfüllen hat, kommt darin zum Ausdruck, daß der Verkäufer berechtigt bleibt, auf Grund des bei ihm verbliebenen Eigentums den Kaufgegenstand wieder an sich zu ziehen (§ 985 BGB), wenn der Käufer seine Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllt oder in anderer Weise dem Kaufvertrag wesentlich zuwiderhandelt sowie in der Befugnis, Pfändungen in den Kaufgegenstand durch Gläubiger des Käufers mit der Interventionsklage nach § 771 ZPO zu widersprechen. Dem korrespondiert im Konkurs des Käufers seine Befugnis, den Kaufgegenstand aus der Konkursmasse auszusondern oder doch wenigstens abgesonderte Befriedigung zu verlangen.

Aus der Sicht des Käufers hat der aufschiebend bedingte Rechtserwerb vor allem den Zweck zu erfüllen, ihm einen von der Willkür und den weiteren Entschlüssen des Verkäufers unabhängige Rechtsstellung zu verschaffen, die ihm den ungestörten Gebrauch und die Nutzung der gekauften Sache bis zur und einen garantierten Erwerb des Volleigentums bei Zahlung des Kaufpreises ermöglicht. Der ungestörte Besitz an der Vorbehaltsware steht dem Käufer zu, weil sich der Verkäufer vertraglich zur Gewährung und Belassung des Besitzes unter der Voraussetzung gewissenhafter Erfüllung der Käuferpflichten verpflichtet hat. Das Besitzrecht des Käufers beruht also allein auf dem Kaufvertrag. Ein von den schuldrechtlichen Beziehungen zu seinem Verkäufer unabhängiges dingliches Besitzrecht, ein Herrschaftsrecht über die gekaufte Sache, steht dem Käufer zunächst nicht zu; BGH 10, 69 (72); 34, 191 (197); Larenz II⁸ S. 84f.; Erman-Weitnauer § 455 Anm. III; Staudinger-Ostler § 455 Rdnr. 45; Kuhn in RGRK-BGB. § 455 Anm. 20; Gudian NJW 1967, 1786. Das ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn derjenige, der gutgläubig unter Eigentumsvorbehalt vom Nichtberechtigten erworben hat (§§ 932ff. BGB., § 366 HGB) vom (Noch-)Eigentümer auf Herausgabe verklagt wird, da ein obligatorisches Besitzrecht nur gegenüber dem eigenen Verkäufer,

nicht aber gegen einen dritten Eigentümer wirkt (vgl. den BGH 10, 69 zugrunde liegenden Sachverhalt). Über weitergehende Meinungen, die dem Vorbehaltskäufer ein dingliches Besitzrecht zubilligen und z. T. die Eigentümerposition ihrer Substanz nach schon vor der Kaufpreiszahlung auf den Käufer verlagern und den Verkäufer auf eine pfandgläubigerartige Stellung beschränken wollen s. Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961 sowie die Nachweise bei Larenz II⁸ S. 45 Anm. 5 und Erman-Weitnauer § 455 Anm. V 1; für ein dingliches Besitzrecht auch OLG Karlsruhe JZ 1966, 272 m. Anm. von Stoll in JuS 1967, 12. Zweitverfügungen, also insbesondere Übereignungen und Verpfändungen an dritte Personen, die der Verkäufer während des Schwebezustandes über die dem Käufer übergebene Sache auf Grund des bei ihm verbliebenen Eigentums trifft, sind im Fall der vollständigen Kaufpreiszahlung nach § 161 BGB unwirksam, soweit sie den Übergang unbelasteten Eigentums auf den Käufer vereiteln oder beeinträchtigen würden. Das Besitzrecht des Käufers aus dem Kaufvertrag wirkt auch gegen derartige Rechtsnachfolger des Verkäufers. Ein etwaiges Herausgabeverlangen des Dritten kann der Käufer nach § 986 BGB. abwehren. Das Volleigentum erwirbt der Käufer durch Zahlung des Kaufpreises automatisch. Eine Mitwirkungshandlung des Verkäufers ist dazu nicht mehr erforderlich, auf das Fortbestehen seiner Erfüllungsbereitschaft, seines Übereignungswillens kommt es nicht an (RG 140, 225 unter Aufgabe der älteren Rspr.; BGH 10, 69; 30, 374 und völlig h. M.). Die Gesamtheit dieser, eine relativ gesicherte und von dem weiteren Verhalten des Verkäufers unabhängige Stellung des Käufers herbeiführenden Wirkungen werden unter dem Begriff des **Anwartschaftsrechts** zusammengefaßt. Dieses Recht wird als ein vom Willen des Verkäufers unabhängig gewordenes, bereits gegenwärtiges Vermögensrecht des Käufers aufgefaßt, als eine Vorstufe des Eigentums, als ein eigentumsgleiches oder doch —ähnliches minus; BGH 20, 88. Die rechtliche Natur des Anwartschaftsrechts ist strittig, insbesondere, ob es sich dabei bereits um ein dingliches subjektives Recht handelt. Ein näheres Eingehen auf diese Streitfrage in diesem Zusammenhang ist weder möglich noch notwendig. Wegen näherer Hinweise auf Problemstellung und Streitstand s. zunächst die Literaturangaben am Beginn dieses Abschnitts (Anm. 74) und die oben bei Erörterung des Besitzrechts des Vorbehaltskäufers genannten Autoren; vgl. ferner Rutkowsky NJW 1957, 858; Münzel MDR 1959, 345, 904; Reinicke MDR 1959, 613; Imlau MDR 1961, 193; Schreiber NJW 1966, 2333; Schirmer NJW 1967, 1216 sowie Henke, Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit, 1959. Das Anwartschaftsrecht ist übertragbar, pfändbar und verpfändbar. Übertragung und Verpfändung erfolgen in den für das Vollrecht vorgesehenen Formen, d. h. nach §§ 929 ff. und 1205 ff. BGB. (BGH 20, 88; 28, 16; 35, 85 u. h. M.). Wie die Pfändung zu erfolgen habe, ist strittig. Der BGH verlangt in BGH NJW 1954, 1325, 1328 die Kumulierung von Sachpfändung (§ 808 ZPO) und Rechtspfändung (§ 857 ZPO): Lehre von der „Doppelpfändung“; ihm folgen insbesondere Baumbach-Lauterbach „Vollstreckungsschlüssel“ vor § 704; Stein-Jonas-Pohle ZPO § 857 unter II 9; Serick S. 303 ff., 314 ff. Die übrige Literatur befürwortet z. T. die reine Rechtspfändung nach § 857 ZPO (so Baur, Sachenrecht⁴ S. 571 f. und Schönke-Baur⁷ S. 127, z. T. die reine Sachpfändung nach § 808 ZPO (Raiser S. 91). Zur Zwangsvollstreckung in das Anwartschaftsrecht s. auch Quardt Büro 1960, 505 (mit Muster) und Mohrbutter KTS 1963, 77 (zur Anspruchskonkurrenz bei Pfändung der Anwartschaft). Einer Zustimmung des Verkäufers bedarf es zur Veräußerung und Verpfändung der Anwartschaft nicht (BGH 20, 88 = NJW 1956, 665, 667 u. h. M.). Unwirksame Übertragungen des dem Vorbehaltskäufer noch nicht zustehenden Eigentums werden i. d. R. als Übertragungen des ihm bereits zustehenden Anwartschaftsrechts aufrechtzuerhalten sein. Die Veräußerung der Anwartschaft bewirkt, daß bei Eintritt der Bedingung nicht der Veräußerer, sondern der Anwartschaftserwerber das Volleigentum erwirbt, und zwar unmittelbar vom Verkäufer. Ein Durchgangserwerb durch das Vermögen des veräußernden Vorbehaltskäufers findet nicht statt (so ausdrücklich BGH 20, 88; 28, 16; 35, 85; h. M.).

bb) Die **schuldrechtlichen Wirkungen** des Eigentumsvorbehalts. Ist der Vorbehalt in der oben (Anm. 76—79) beschriebenen Form im Kaufvertrag verankert, so wird die in § 433 Abs. 1 BGB. vorgesehene Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe der Sache und Verschaffung des Eigentums in eine solche zur Übergabe und Verschaffung aufschiebend bedingten Eigentums abgewandelt. Dies bedingt eine Reihe von Sonderrege-

Ann. 81

lungen gegenüber dem vorbehaltlosen Kauf, die teils die gegenseitigen Rechte und Pflichten während der Zeit des Schwebezustandes, in der Eigentum und Besitz auseinanderfallen, festlegen, teils die Konsequenzen des mit dem Eigentumsvorbehalt seitens des Verkäufers verfolgten Sicherungszwecks ziehen. Übergabe bedeutet wie auch sonst Verschaffung des unmittelbaren Besitzes. Mit mittelbarem Besitz braucht sich der Käufer nur dann zufriedenzugeben, wenn es im Kaufvertrag vereinbart ist. An der ihm übergebenen Sache hat der Vorbehaltskäufer ein Besitzrecht, das er nach § 986 BGB einem etwaigen auf das Eigentum gestützten Herausgabeverlangen des Vorbehaltsverkäufers (§ 985 BGB) entgegenzusetzen kann. Dieses Besitzrecht ist, wenn nicht einer der nachfolgend sowie unten im folgenden Abs. beispielhaft aufgeführten Tatbestände, d. h. insbesondere eine erhebliche Vertragswidrigkeit des Käufers vorliegt, bereits unentziehbar. Wegen der Rechtsnatur dieses Besitzrechtes vgl. näher die Ausführungen über die sachenrechtlichen Wirkungen des Eigentumsvorbehalts, oben Anm. 80. Aus Besitz und Benutzung der für ihn vorerst noch fremden Sache erwächst für den Vorbehaltskäufer die Verpflichtung, die Sache „pflöglich zu behandeln und alles zu unterlassen, was das Eigentumsrecht des Vorbehaltsverkäufers verletzen könnte“ (BGH NJW 1961, 1252, 1253). Dem entspricht auf seiten des Vorbehaltsverkäufers als Ausfluß seiner Verbindlichkeit zur Eigentumsverschaffung die Pflicht, alles zu unterlassen, was den Übergang des Volleigentums auf den Vorbehaltskäufer bei Kaufpreiszahlung hindern könnte. Die Verpflichtung, das Eigentum belastende Rechte Dritter an der verkauften Ware zu beseitigen (§ 434 BGB) braucht der Vorbehaltsverkäufer jedoch grundsätzlich erst zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, also bei Zahlung des Kaufpreises, zu erfüllen, es sei denn, daß diese Rechte schon während des Schwebezustandes das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers gefährden oder behindern, so z. B. wenn der Dritte von letzterem Herausgabe der Sache verlangt (BGH NJW 1961, 1252 m. Anm. von Wiethölter in JZ 1961, 693). Während des Schwebezustandes darf der Vorbehaltskäufer vorbehaltlich besonderer Gestattung seitens des Verkäufers (s. dazu unten Anm. 87) keine Verfügungen über die Sache vornehmen, die das Eigentumsrecht voraussetzen. Unter Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot vorgenommene Verfügungen können aber nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (§§ 932 ff. BGB., 366 HGB) wirksam sein, wenn die Sache dem Erwerber vom Vorbehaltskäufer übergeben worden ist. Ein Besitzkonstitut genügt dagegen nicht (s. Komm. zu § 366). U. U. können den Erwerber jedoch bei Sachen, die typischerweise unter Eigentumsvorbehalt verkauft zu werden pflegen, Erkundigungspflichten treffen (vgl. dazu statt aller Weyer NJW 1966, 959). Von der Übertragung des dem Vorbehaltskäufer noch nicht zustehenden Eigentums zu unterscheiden ist die Übertragung der ihm bereits zustehenden Anwartschaft auf Erwerb des Eigentums bei Kaufpreiszahlung (s. dazu oben Anm. 80 a. E.).

Die Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehalts äußert sich im schuldrechtlichen Bereich zunächst darin, daß die Regel des § 454 BGB. außer Kraft gesetzt wird, nach welcher der Verkäufer, der den Kaufpreis gestundet hat, bei Zahlungsverzug des Käufers entgegen § 326 BGB nicht befugt ist, vom Kaufvertrag zurückzutreten. § 455 BGB stellt nicht nur das Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Zahlungsverzug des Käufers nach § 326 BGB wieder her, sondern gewährt jenem über § 326 BGB hinaus die zusätzliche Erleichterung, daß es dazu keiner vorherigen Androhung mit Nachfristsetzung bedarf. Will der Vorbehaltsverkäufer nicht zurücktreten, sondern bei dem Vertrag verbleiben, so kann er sich damit begnügen, seine Vorleistung rückgängig zu machen, indem er die Vorbehaltsware auf Grund seines fortbestehenden Eigentumsrechts wieder an sich nimmt und nunmehr nur noch Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung liefert; Larenz II S. 81; Serick S. 136 ff.; Staudinger-Ostler § 455 Rdnr. 45; Palandt-Putzo § 455 Anm. 4; Erman-Weitnauer § 455 Anm. IV 1; Kuhn in RGRK-BGB, § 455 Anm. 6; Bedenken gegen ein Rücknahmerecht ohne gleichzeitigen Rücktritt bei Soergel-Ballerstedt § 455 Rdnr. 9. Diese Befugnis steht ihm nicht nur bei Zahlungsverzug, sondern bei jeder Zuwiderhandlung gegen die oben bezeichneten vertraglichen Verpflichtungen des Käufers zu, welche die Sicherheit des Verkäufers erheblich gefährdet, so z. B., wenn der Käufer mit der noch nicht bezahlten Ware unsorgsam umgeht oder entgegen einem im Kaufvertrag enthaltenen Verbot den Besitz an einen Dritten weitergibt sowie bei Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Käufers (vgl. dazu die vor-

stehend Zitierten) und nach BGH 34, 191 ff. = NJW 1961, 1011 mit Bespr. von Lange JuS 1963, 59 selbst dann, wenn der Vorbehaltskäufer die Zahlung des Kaufpreises auf Grund berechtigter Verjährungseinrede verweigert, Verzug also nicht mehr eintreten kann (a. A. LG Hagen NJW 1958, 871 m. Anm. von Möllers). Ausgeschlossen ist das Recht zur Rücknahme der Ware unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrages dagegen beim Abzahlungskauf i. S. des Abzahlungsgesetzes vom 16. 5. 1894, in dessen Anwendungsbereich jede Wiederansichtnahme der übergebenen Sache durch den Verkäufer zwingend als Rücktritt vom Vertrag anzusehen ist.

Im übrigen gelten für den Vorbehaltskauf die allgemeinen Regeln des Kaufrechts. Insbesondere trifft den Vorbehaltskäufer die volle Gewährleistungspflicht für Rechts- und Sachmängel. Auch die Übergabe unter Eigentumsvorbehalt ist Übergabe i. S. des § 446 BGB mit der dort bezeichneten Wirkung, daß von diesem Zeitpunkt ab dem Käufer die Nutzungen der Sache gebühren und er die Lasten der Sache sowie die Preisgefahr trägt. Dies rechtfertigt sich aus dem wirtschaftlichen Gedanken, daß mit der Übergabe die Sache der Einwirkungsmöglichkeit des Verkäufers tatsächlich entzogen wird und der Käufer von da ab, wenn nicht das Eigentum, so doch die Sachherrschaft erlangt, der Verkäufer also nicht weiter mit der Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache belastet werden darf (ebenso Kuhn in RGRK-BGB § 455 Anm. 4; Staudinger-Ostler § 455 Rdnr. 41 m. w. Nachw. auch über abweichende ältere Meinungen).

Anm. 82

c) Die Vorschrift des § 455 BGB ist nur eine Auslegungsregel. Sie tritt damit hinter abweichende (auch nachträglich, aber vor Bedingungseintritt getroffene, BGH 42, 53, 58) Abmachungen der Parteien zurück. So können die Parteien vereinbaren, daß der Eigentumserwerb des Käufers nicht nur durch die Zahlung der Kaufpreisschuld aus diesem Kauf, sondern durch die Tilgung sämtlicher, auch künftiger Forderungen des Verkäufers gegen den Käufer bedingt sein soll (sog. **Saldo- oder Kontokorrentvorbehalt**). Darüber hinaus kann der Eigentumserwerb des Käufers sogar von der Tilgung der Forderungen anderer Gläubiger als seines Verkäufers abhängig gemacht werden (sog. **Konzernvorbehalt**). Die Rechtsprechung hat derartige Erweiterungen des Eigentumsvorbehalts bisher grundsätzlich mit dem Hinweis auf die Vertragsfreiheit und den Charakter des § 455 als bloße Auslegungsregel für zulässig erklärt; vgl. RG 147, 321 und zuletzt BGH 42, 53, 58 f., ferner LG Stuttgart MDR 1958, 100 sowie AG Charlottenbg.-Berlin KTS 1962, 63. Da derartige Erweiterungen des Eigentumsvorbehalts insbesondere bei Bestehen einer ständigen Geschäftsverbindung zwischen dem Käufer und dem Verkäufer oder den einbezogenen Gläubigern dazu führen können, daß der Eigentumserwerb des Käufers ad infinitum hinausgeschoben wird, sind in der juristischen Literatur begründete Zweifel laut geworden, ob hier nicht ein unzulässiger Mißbrauch der Vertragsfreiheit vorliegt (vgl. statt aller Larenz II⁸ S. 91 m. w. Nachw. und Erman-Weitnauer § 455 Anm. VII 2; zum Kontokorrentvorbehalt in kartellrechtlicher Sicht Fischer BB 1967, 14). Die Parteien können auch vereinbaren, daß beim Verkauf einer Mehrheit von Sachen das Eigentum erst übergehen solle, wenn alle Sachen bezahlt seien (KG in OLGE 33, 271; Werneburg ZBH 1930, 249).

Anm. 88

Die Parteien können vereinbaren, daß der Eigentumsübergang auflösend bedingt sein solle. Dann gilt, wie bei der auflösenden Bedingung überhaupt, folgendes: das Eigentum geht ohne weiteres auf den Verkäufer zurück, wenn die Bedingung eintritt, d. h. wenn der Käufer zur festgesetzten Zeit den Kaufpreis nicht zahlt. Einer Klage auf Rückübertragung bedarf es nicht. Der Verkäufer kann unmittelbar die Eigentumsklage erheben. Rückwirkende Kraft hat der Eintritt der Bedingung nicht. Das bestimmt § 158 Abs. 2 BGB. Hiervon macht § 161 Abs. 2 BGB eine streng auszulegende Ausnahme. Jedenfalls sind die Rechte gutgläubiger Dritter geschützt (§ 161 Abs. 3 BGB). In diesem Falle ist das Empfangene mit Nutzungen gegen Erstattung des Kaufpreises und aller Verwendungen herauszugeben; es finden nicht die §§ 327, 347, 987 ff. BGB, sondern die §§ 158 Abs. 2, 812, 818 BGB, d. h. die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung, Anwendung. Die Parteien können allerdings auch vereinbaren, daß ein besonderer Rückübertragungsakt notwendig sein solle. Sie können auch ausmachen, daß das Eigentum übergehen, dem Verkäufer aber ein Rücktrittsrecht zustehen solle, und

zwar mit der Wirkung, daß mit Ausübung des Rücktrittsrechts das Eigentum ohne weiteren Übertragungsakt auf den Verkäufer zurückfallen solle (vgl. RG 54, 340).

Anm. 84

d) **Erlöschen des Eigentumsvorbehalts.** Der Eigentumsvorbehalt erlischt bestimmungsgemäß durch **Zahlung**, und zwar vollständige Zahlung des Kaufpreises. Eine Teilzahlung vergrößert zwar den inneren wirtschaftlichen Wert des Anwartschaftsrechts, verschafft aber kein Eigentum, etwa zum ideellen Bruchteil. Werden mehrere Sachen (z. B. ein Warenlager) zu einem Gesamtpreis verkauft, so erwirbt der Käufer durch Teilzahlung nicht eine Sache nach der anderen zu Eigentum. Das Eigentum wird erst erlangt, wenn der gesamte Kaufpreis bezahlt ist. Sind Warenmengen zum Einzelpreis verkauft, so erlischt der Eigentumsvorbehalt für jedes einzelne Stück, sobald der dafür geschuldete Kaufpreis entrichtet ist. Voraussetzung ist dabei allerdings, daß feststellbar ist, welche Zahlung als Kaufpreistilgung für welches individuelle Stück gelten soll. Auch ein Dritter kann für den Käufer zahlen: §§ 267, 268 BGB. Das Eigentum erwirbt auch in diesem Fall der Käufer, der Dritte nur dann, wenn er zugleich die Anwartschaft vom Käufer erworben hat (s. dazu oben Anm. 80). Zu beachten ist jedoch, daß im Falle des § 268 BGB und darüber hinaus immer dann, wenn der Dritte an den Vorbehaltsverkäufer zur Tilgung einer eigenen, ihm diesem gegenüber obliegenden Schuld leistet, insbesondere als Bürge oder Mitschuldner, die Kaufpreisforderung nicht erlischt, sondern einschließlich sämtlicher Neben- und Sicherungsrechte auf den zahlenden Dritten übergeht (§§ 426 Abs. 2, 774 401 BGB.). Ein Erlöschen des Eigentumsvorbehalts kommt in diesem Fall nicht in Betracht. Das vorbehaltene Eigentum kann allerdings auch nicht automatisch auf den zahlenden Dritten übergehen, weil es kein Nebenrecht i. S. von § 401 BGB. ist. Die Vorschrift ist aber entsprechend anzuwenden, mit der Folge, daß der Vorbehaltsverkäufer i. d. R. verpflichtet ist, sein Vorbehalteigentum auf den Dritten zu übertragen (BGH 42, 53, 56f. für einen Fall der Übernahme der Delkredere-Haftung seitens des Dritten). Der Vorbehaltsverkäufer, dessen Sache beim Käufer von dessen Gläubigern gepfändet worden ist, kann, wenn zugleich die Anwartschaft des Käufers gepfändet worden ist, die Annahme des Restkaufpreises nicht nach § 267 Abs. 2 BGB. mit der Begründung ablehnen, der Käufer habe der Zahlung widersprochen. Eine solche Ablehnung würde wider Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung verhindern, § 162 Abs. 1 BGB (BGH NJW 1954, 1325, 1328). Zum Pfändungsproblem vgl. oben Anm. 80.

Anm. 85

Der Eigentumsvorbehalt erlischt ferner durch **Aufhebung des Kaufvertrages** mit der Folge des Fortfalls des Anwartschaftsrechts des Käufers, weil in diesem Fall feststeht, daß die Bedingung endgültig nicht mehr eintreten kann. Umgekehrt soll nach BGH 34, 191 ff. die Verjährung der Kaufpreisforderung nicht dem Bedingenseintritt gleichstehen, sondern den Eigentumsvorbehalt unberührt lassen, was mit einer Analogie zu § 223 BGB. begründet wird.

Der Vorbehaltsverkäufer kann auf sein vorbehaltenes Eigentum auch **verzichten**. Der Verzicht ist formlos, auch stillschweigend möglich. Er bedarf keiner Annahme seitens des Käufers (RG 66, 344, 349; BGH NJW 1958, 1231, nachdem diese Frage in BGH 19, 326, 327 noch offengelassen worden war; a. A. Weimar JR 1958, 55) und bewirkt den sofortigen Übergang des Eigentums auf den Käufer. In der bloßen Herausgabe des Kfz-Briefs durch den Verkäufer ist noch kein Verzicht zu sehen (BGH MDR 1963, 306 = BB 1963, 204). Der Anspruch auf den Kaufpreis wird von dem Verzicht nicht berührt. Zu der streitigen Frage, ob in der Pfändung der Vorbehalts Sache beim Käufer durch den Verkäufer ein Verzicht auf das vorbehaltene Eigentum liegt, vgl. Larenz II⁸ S. 83 m. Nachw. in Anm. 3. Kauft der Verkäufer seine unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache vom Käufer zurück, so ist dieser Vertrag nicht ohne weiteres als Kauf einer eigenen Sache nach § 306 BGB. nichtig, sondern möglicherweise als Rückgängigmachung des früheren Kaufvertrages zu kennzeichnen (RG JW. 1924, 1360*; Heck JW. 1924, 1360 nimmt Verkauf des Anwartschaftsrechts an).

Anm. 86

Der Eigentumsvorbehalt erlischt ferner durch **Vermischung, Vermengung und Verarbeitung** der Kaufsache gemäß §§ 947 ff. BGB. sowie dadurch, daß die Kaufsache zum wesentlichen Bestandteil einer anderen Sache nach § 93 BGB., insbesondere eines Grundstücks nach §§ 94, 95 BGB. wird, ausgenommen, wenn der Anspruch auf Herausgabe bereits rechtshängig war, als das fremde Eigentum Bestandteil wurde (§ 265 Abs. 2 S. 1 ZPO; RG 56, 244). Wenn also der Verkäufer Rohstoffe unter Eigen-

tumsvorbehalt verkauft und der Käufer sie nach § 950 BGB. verarbeitet, so geht der Verkäufer seines Eigentumsrechts grundsätzlich verlustig; es entsteht nicht etwa ein Miteigentumsverhältnis (über Ausdehnung des Eigentumsvorbehalts auf die neu entstehende Sache s. näher unten Anm. 89). Werden bewegliche Sachen (z. B. Maschinen, Öfen, Herde usw.) zu wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks, so geht der Eigentumsvorbehalt unter und die Sachen werden von einer auf dem Grundstück lastenden Hypothek erfaßt. Der Eigentumsvorbehalt macht die Verbindung nicht zu einer vorübergehenden i. S. von § 95 BGB., da die Parteien regelmäßig nicht davon ausgehen, der Käufer werde nicht zahlen und der Verkäufer deshalb die Sache wieder an sich nehmen (vgl. dazu insbesondere RG 62, 410; 63, 416, 421). Deshalb ist der Begriff der Bestandteileigenschaft in dem Zusammenstoß der Interessen des Fabrikanten und der Hypothekengläubiger ausschlaggebend. S. dazu insbesondere Soergel-Baur, Komm. zu §§ 93 bis 95; ferner Moog NJW 1962, 381.

Ist dagegen die Kaufsache nur Zubehör einer anderen Sache geworden, so besteht der Eigentumsvorbehalt weiter, weil verschiedenes Eigentum an Hauptsache und Zubehör nach § 926 BGB. möglich ist. Die Hypothekengläubiger können auf solches Zubehör erst Anspruch erheben, wenn der Kaufpreis bezahlt ist (§ 1120 BGB., JW. 1904, 403³; vgl. JW. 1904, 89⁶). Ihnen gegenüber wirkt also der Eigentumsvorbehalt am Zubehör. Der Eigentumsvorbehalt am Zubehör muß jedoch im Vollstreckungsverfahren vom Eigentümer im Rechtsweg geltend gemacht werden (§§ 55 Abs. 2; 37 Nr. 5; 9 Nr. 2; 59 ZVG; JW. 1904, 413²⁷). Ist die Eigentumsverschiedenheit von Hauptsache und Zubehör in der Vollstreckung nicht geltend gemacht, so wird das Zubehör so behandelt, als ob es dem Eigentümer des Grundstücks gehöre (§§ 37 Nr. 5; 55 Abs. 2; 59 ZVG; § 1006 BGB.; RG 49, 256; JW. 1906, 556²⁸). Dagegen wird das Anwartschaftsrecht, das der Grundstückseigentümer an dem von ihm unter Eigentumsvorbehalt gekauften Zubehörstück erwirbt, sofort, d. h. im Augenblick der Einfügung als Zubehör in den Grundstücksverband, von einem etwaigen Grundpfandrecht ergriffen: BGH 35, 85; ergänzend dazu BGH NJW 1965, 1475 (für den entsprechenden Fall der Erstreckung eines Vermieterpfandrechts auf die Anwartschaft). Ist die Sache zwar auf das Grundstück verbracht, aber noch nicht Zubehör geworden, weil sie ihre Selbständigkeit bewahrt hat, so verschafft der Zuschlag des Grundstücks dem Ersteigerer kein Eigentum an den fremden beweglichen Sachen; er muß sie dem Eigentümer herausgeben (RG 89, 65).

e) Erwirbt der Käufer die ihm unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache zum Zweck der Verarbeitung, der Einfügung in ein Grundstück oder Gebäude (z. B. Käufer ist Bauunternehmer) oder der Weiterveräußerung (Käufer ist Wiederverkäufer), so wird ihm die Befugnis zu entsprechenden Maßnahmen in aller Regel vertraglich eingeräumt, soweit sie im ordnungsmäßigen Geschäftsgang erfolgen. Zu dem letztgenannten Begriff vgl. insbesondere BGH BB 1963, 1278 und WM 1966, 924. Der Abkäufer des Vorbehaltskäufers erwirbt in diesem Fall das Eigentum an der Vorbehaltsware nach § 185 BGB, nicht etwa nach §§ 932ff. BGB, 366 HGB. Da der Vorbehaltskäufer regelmäßig auf den Warenumsatz angewiesen ist, muß die Ermächtigung zur Weiterveräußerung grundsätzlich als unwiderruflich angesehen werden, es sei denn, daß der Vorbehaltskäufer selbst sich vertragswidrig verhält, vgl. dazu BGH NJW 1969, 1171. Da die genannten Vorgänge regelmäßig den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers zum Erlöschen bringen, verliert der (einfache) Eigentumsvorbehalt damit seine Eignung, die erstrebte Sicherung des Verkäufers zu gewährleisten. Die unter Eigentumsvorbehalt liefernden Verkäufer sind daher bestrebt, sich schon im Kaufvertrag Sicherungsrechte an den Surrogaten der Kaufsache auszubedingen (ein zusammenfassender Überblick findet sich bei Stumpf und Thamm BB 1966, 749). Dies geschieht insbesondere in folgenden Formen, deren Problematik an dieser Stelle nur angedeutet werden kann. Für eine gründliche Unterrichtung wird auf die zu den einzelnen Fragenkreisen nachfolgend zitierte Literatur und Rspr. verwiesen.

Für den Fall (befugter oder unbefugter) **Weiterveräußerung** der Vorbehaltsware durch den Käufer wird vereinbart, daß dem Verkäufer die Kaufpreisforderungen gegen die Abnehmer des Vorbehaltskäufers schon vor ihrem Entstehen im voraus zur Sicherung abgetreten werden (sog. **verlängerter Eigentumsvorbehalt**). Konsequenterweise deckt die dem Vorbehaltskäufer erteilte Ermächtigung zur Weiterveräußerung der Vorbehalts-

Anm. 87

ware nicht solche Verkäufe, bei denen der Vorbehaltskäufer einer Vertragsbedingung seines Abnehmers zustimmt, nach der die Kaufpreisforderung gegen den Abnehmer nicht ohne dessen Zustimmung abgetreten werden darf (BGH 27, 306, auch zu der Frage, welche Rechte dem Vorbehaltsverkäufer im Konkurs des zuwiderhandelnden Vorbehaltskäufers zustehen. Eine entsprechende Gestaltung wird gewählt, wenn der Käufer, etwa als Bauunternehmer, die ihm unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Stoffe zur Errichtung eines Gebäudes verwendet. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt erstreckt sich dann auf die Werklohnforderung, die der Vorbehaltskäufer gegen den Bauherrn erwirbt (BGH 26, 178 m. Anm. von Neumann-Duesberg in DB 1965, 1845). Zur Rechtslage, die entsteht, wenn in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vorsehen, von einem Verkauf die Rede ist, der Vorbehaltskäufer die Vorbehaltsware aber auf Grund eines Werk- oder Werklieferungsvertrages weitergibt, OLG Celle BB 1965, 1292. Die Zulässigkeit der Vorausabtretung der künftigen Kaufpreisforderungen wird heute allgemein bejaht (aus der ständigen Rspr. des RG und BGH vgl. etwa RG 55, 334; 67, 166; 136, 102; BGH 19, 12, 16; 26, 188; 30, 151 sowie aus der Literatur Enneccerus-Lehmann¹⁵ S. 481; Larenz I^{8/9} S. 348; Soergel-Reimer Schmidt § 398 Rdnr. 7 ff.; Löscher in RGRK-BGB § 398 Anm. 22; Erman-Westermann § 398 Anm. 6; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 398 Anm. 3 c, d; kritisch Fischer NJW 1959, 366; Flume NJW 1959, 913; Mückenberger NJW 1958, 1753; gegen Fischer und Flume wiederum Wunschel NJW 1959, 653), soweit die abgetretenen Forderungen nach Gegenstand und Umfang im konkreten Fall, spätestens im Augenblick ihrer Entstehung, ausreichend bestimmbar sind (BGH 7, 365; 26, 178; LM Nr. 8 zu § 398 BGB; WM 1961, 350; NJW 1965, 2197, 2198; WM 1966, 13 sowie aus der Literatur die vorstehend zitierten Autoren) und dadurch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vorbehaltskäufers nicht übermäßig beschränkt und seine Gläubiger nicht unzulässig benachteiligt werden, vgl. etwa OLG Stuttgart NJW 1958, 1875 = BB 1959, 868 und OLG Celle WM 1961, 336. Zur Zulässigkeit der nachträglichen Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts vgl. OLG München BB 1959, 650. Bei Zusammentreffen des verlängerten Eigentumsvorbehalts mit einer Sicherungsabtretung derselben Forderungen zugunsten anderer (Geld-)Kreditgeber ist grundsätzlich die frühere Abtretung allein wirksam. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die zeitlich früher liegende Vorausabtretung zugunsten des Geldkreditgebers wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nichtig ist, was stets der Fall ist, wenn die Abtretung nach dem Willen der Parteien auch solche Forderungen umfassen soll, die der Schuldner seinem Lieferanten auf Grund verlängerten Eigentumsvorbehalts künftig abtreten muß und abtritt und der Kreditgeber weiß, daß der Schuldner (= Vorbehaltskäufer) Waren nur unter verlängertem Eigentumsvorbehalt kaufen kann, weil dadurch der Schuldner notwendigerweise dazu gedrängt wird, sich gegenüber seinem Lieferanten unlauter zu verhalten: BGH 30, 149 = NJW 1959, 1533; BGH 32, 359; NJW 1960, 1003; DB 1960, 871; vgl. ferner BGH BB 1962, 79; WM 1962, 13; NJW 1968, 1516 m. Anm. von Wehrhahn (s. dazu auch Esser JZ 1968, 529) sowie BGH NJW 1969, 318. Aus der umfangreichen z. T. abweichende Standpunkte vertretenen Diskussion um diese Frage vgl. Erman Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt, 1960; Fischer; Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehalts der Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln der Geldkreditgeber, 1956; Brumby, JR 1959, 455; Dempewolf in NJW 1956, 851 mit Ber. auf S. 1349; NJW 1957, 858; DB 1959, 564, 1160; MDR 1959, 801; Diekmann, JuS 1961, 219; Erman, BB 1959, 1109; Falkenstein, DB 1959, 1245; 1960, 313; Gast, DB 1958, 1235; Hönn, MDR 1960, 558; Keller NJW 1957, 1787 mit Ber. in NJW 1958, 94; Nebelung, NJW 1960, 510; Serick, BB 1960, 141; Tank, WM 1959, 1446; Woeste, BB 1959, 618; Wunschel und Neubeck, NJW 1959, 1953; Zilius, BB 1960, 612.

Anm. 88 Seltener wird dem Vorbehaltskäufer auferlegt, den Eigentumsvorbehalt beim Weiterverkauf an den nächsten Abnehmer weiterzugeben; der Vorbehaltskäufer überträgt in diesem Fall auf seinen Abkäufer nicht das Volleigentum, sondern lediglich seine eigene Anwartschaft (Larenz II⁸ S. 90).

Anm. 89 Den bei Verarbeitung der Vorbehaltsware nach § 950 BGB. eingetretenen Eigentumsverlust (s. dazu oben Anm. 86) suchen die Vorbehaltsverkäufer durch kaufvertragliche Vereinbarungen auszugleichen, die ihnen den Erwerb des Eigentumsrechts