

3. Fall

Der spezielle Schimmelkäse

Bauer B hat sich einen Bauernhof in Bochum - Stiepel gekauft und danach die Käseproduktion im Betrieb, insbesondere die Produktion von Bazi - Blue, einem Spezialkäse, ausgebaut. Da der Verkauf von Milchprodukten, aufgrund der Zunahme der Vegetarier unter der Bevölkerung und des BSE - Skandals, sehr erfolgreich verläuft, hatte B, um seinen Umsatz weiter zu steigern, weitere 200 Milchkühe für die Käseproduktion angeschafft. Ferner, um sich ein wenig zu entlasten, stellte er fünf Mitarbeiter ein. So wurde aus dem kleinen Bauernhof ein gut florierender Betrieb mit beträchtlichem Umsatz.

Den Käse veräußert B unter anderem an das Lebensmittelgeschäft Schimmellos in Bochum, eine offene Handelsgesellschaft, welches eine exklusive Käseabteilung betreibt.

Anfang September 2002 hatte der Prokurist P der S-OHG 30 Bazi - Blue zum Stückpreis von 100,- € telefonisch bei B bestellt. Im Verlauf des Gespräches erklärte sich B bereit, den Käse direkt nach Bochum zu liefern. Am darauffolgenden Tag schickte P dem B, wie sonst auch, ein Schreiben, mit der Überschrift - Auftragsbestätigung -, in dem er den Abschluss des Kaufvertrages zwischen der S-OHG und B, unter Hinweis auf die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG, die unter anderem auch die Klausel, dass es zur Wahrung der kaufmännischen Rügepflicht genüge, wenn die Mängelanzeige innerhalb von sechs Monaten nach Entdeckung des Mangels abgesandt wird, bestätigt.

B lieferte den Käse am 01.10.2002 an die S-OHG. Eine Untersuchung des Bazi - Blue am gleichen Tag ergab, dass der Käse schimmelig war und nicht verkauft werden konnte. Gleich nach bekannt werden des Untersuchungsergebnisses teilte der für die Warenannahme zuständige Mitarbeiter M dem P mit, dass der Käse aufgrund des Schimmelbefalles nicht verkauft werden kann.

Wenige Tage später fährt Bauer B mit Traktor und Anhänger in die Stadt zum Geschäft Schimmellos, wo er, wie bei seinen anderen Kunden auch, immer alle Lebensmittel erhält, die nach Überschreitung der Mindesthaltbarkeitsdauer nicht mehr verkauft werden. Dieses besondere Kraftfutter ist als Nahrung für seine lieben „Käsekühe“ gerade gut genug; sie werden entweder damit oder mit speziell eingekauftem Vitaminfutter ernährt.

Als B wieder zu seinem Hof zurückfahren will, hält ihn der 59jährige Ex - Sträfling Hubertus, der aushilfsweise für das Einpacken der Waren in Tüten - als extra Serviceleistung für die Kunden - in dem exklusiven Lebensmittelgeschäft Schimmellos eingestellt ist, auf und erklärt B, dass der gelieferte Käse mangelhaft sei und Schimmellos auf einer neuen Lieferung bestehe, worauf Bauer B nur antwortete, dass er sich von derartigen Rügen eines dahergelaufenen ehemaligen Sträflings nicht beeindrucken lasse.

Ende Oktober 2002 wird Bauer B durch einen Brief von P benachrichtigt, dass der Käse schimmelig und daher unverkäuflich ist. Außerdem verlangt P die Lieferung von mangelfreiem Käse. B seinerseits will nicht liefern, verlangt seinerseits aber Bezahlung des am 01.10.2002 gelieferten Käses i.H.v. 3.000,- €.

Hat B gegen die S-OHG einen Anspruch auf Zahlung der 3.000,- €?

Übersicht Fall 3

Anspruch des B gegen die S-OHG auf Zahlung der 3.000,- €**A. Anspruch entstanden**

- I. Zulässigkeit der Stellvertretung
- II. Abgabe einer eigenen Willenserklärung
- III. Handeln in fremdem Namen (Offenkundigkeitsprinzip)
- IV. Vertretungsmacht

B. Anspruch nicht untergegangen**C. Anspruch durchsetzbar / Einrede des nichterfüllten Vertrages****I. Gegenseitiger Vertrag****II. Leistungsverpflichtung, die im Gegenseitigkeitsverhältnis steht****III. Anspruch auf Nachlieferung der S-OHG**

1. Kaufvertrag
2. Sachmangel im Sinne des § 434 BGB
3. bei Gefahrübergang, § 446 BGB
4. Wahlrecht des § 439 BGB
5. Ausschluss der Nachlieferung gem. § 377 HGB der S-OHG
 - a) Anwendbarkeit der §§ 373 ff HGB
 - b) Mangel im Sinne des § 377 I HGB
 - c) Rüge gem. § 377 I HGB
 - aa) Rüge durch Hubertus
 - (1) Zulässigkeit der Stellvertretung
 - (2) Abgabe einer eigenen Rüge
 - (3) in fremdem Namen
 - (4) mit Vertretungsmacht
 - bb) Rüge durch die Benachrichtigung des P
 - (1) unverzügliche Rüge gem. § 377 I HGB
 - (2) Verlängerung der Rügefrist durch die AGB der S-OHG
 - (a) Einbeziehung der AGB in den Vertrag durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben
 - (aa) persönlicher Anwendungsbereich des kaufmännischen Bestätigungsschreibens
 - (bb) Bestätigung vorhergehender Vertragsverhandlungen
 - (cc) Wiedergabe des wesentlichen Vertragsinhalts
 - (dd) zeitlicher Zusammenhang zwischen Verhandlungen und Bestätigungsschreiben
 - (ee) kein unverzüglicher Widerspruch
 - (b) Wirksamkeit der in den Vertrag einbezogenen Rügefristverlängerung

Lösung: Fall 3: Der spezielle Schimmelkäse

Blätter: *Wichtige Hilfspersonen des Kaufmanns*

Stückschuld, Gattungsschuld und Vorratsschuld/SR AT

Der Fehlerbegriff in BGB und HGB

Rechtsfolgen des Fehlerbegriffs in BGB und HGB

Die Handelsgeschäfte, §§ 343 ff. HGB

Änderungen im HGB ab 1.4.1998

Kaufleute

Prüfungsreihenfolge zur Feststellung der Kaufmannseigenschaft

Aufbauschema für die inhaltliche Kontrolle von AGB Klauseln/SR AT

Anspruch des B gegen die S-OHG auf Zahlung der 3.000,- €

B könnte gegen die S-OHG einen Anspruch auf Zahlung der 3.000,- € gem. **§ 433 II BGB** i.V.m. **§ 124 I HGB** haben.

A. Anspruch entstanden

Das setzt zunächst voraus, dass zwischen der S-OHG und B ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist. B und P haben sich über den Kauf von 30 Bazi - Blue zu einem Stückpreis von 100,- € geeinigt. Fraglich ist, ob dieser Vertragsschluss für und gegen die S-OHG wirkt. Diese könnte bei Vertragsabschluss durch diesen wirksam vertreten worden sein.

I. Zulässigkeit der Stellvertretung

Die Stellvertretung ist zulässig bei allen Rechtsgeschäften, die nicht höchstpersönlich sind, also auch beim Abschluss eines Kaufvertrages.

II. Abgabe einer eigenen Willenserklärung

P müsste auch eine eigene Willenserklärung abgegeben und nicht nur als Bote eine fremde Willenerklärung übermittelt haben. P hat den Vertragsabschluss selbst ausgehandelt und daher auch eine eigene Willenserklärung abgegeben.

III. Handeln in fremdem Namen (Offenkundigkeitsprinzip)

P hat auch das Offenkundigkeitsprinzip gewahrt und der Vertrag im Namen der S-OHG abgeschlossen.

IV. Vertretungsmacht

Die Erklärung des P wirkt nach § 164 I, S. 1 BGB für und gegen den Vertretenen, die S-OHG, wenn er Vertretungsmacht hatte.

Hier kommt eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht als Prokurist gem. §§ 48, 49 HGB in Betracht.

(vgl. Blatt: Wichtige Hilfspersonen des Kaufmanns)

P ist gem. § 48 HGB Prokura erteilt worden. Als Prokurist ist P gem. § 49 I HGB zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Mithin war er auch berechtigt, für die S-OHG Lebensmittel zu bestellen.

P war daher aufgrund seiner Prokura zum Abschluss des Kaufvertrages ermächtigt. Folglich ist der Zahlungsanspruch des B gem. § 433 II BGB i.V.m. § 124 I HGB wirksam gegen die S-OHG entstanden.

B. Anhaltungspunkte für ein Untergehen dieses Anspruchs liegen nicht vor.

C. Anspruch durchsetzbar

Erforderlich ist, dass der Kaufpreisanspruch des B auch durchsetzbar ist. Dem Anspruch könnte wegen der Lieferung von schimmeligem Käse die Einrede des nichterfüllten Vertrages gem. § 320 BGB entgegenstehen.

In diesem Fall kann der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern.

I. Gegenseitiger Vertrag

Der zwischen B und der S-OHG abgeschlossene Kaufvertrag müsste ein gegenseitiger Vertrag sein.

Bei einem Kaufvertrag, stehen die Leistungen, der Anspruch auf Zahlung und die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung, in einem synallagmatischen - ich gebe, damit du gibst - Zusammenhang. Es handelt sich um einen entgeltlichen Austauschvertrag, bei dem die Leistungspflichten in einer wechselseitigen Zweckverbindung stehen¹⁶. Der Kaufvertrag ist folglich ein gegenseitiger Vertrag.

II. Leistungsverpflichtung, die im Gegenseitigkeitsverhältnis steht

Ferner müsste die Lieferverpflichtung des B, die Eigentumsverschaffung an den 30 Bazi - Blue im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.

Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen bei einem gegenseitigen Vertrag jedoch nicht alle Leistungspflichten, sondern nur diejenigen, zwischen denen ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis besteht. Das ist grundsätzlich bei den Hauptleistungspflichten der Fall.

Bei einem Sachkauf sind die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers gem. § 433 I, 1 BGB und die Zahlungspflicht des Kaufpreises des Käufers gem. § 433 II BGB als Hauptleistungspflichten zu qualifizieren¹⁷.

Die Lieferung einer mangelfreien Sache ist nach § 433 I 2 BGB Hauptpflicht des Verkäufers. Insofern kann bei Vorliegen der Voraussetzungen für einen Nachlieferungsanspruch wegen Mangelhaftigkeit auch ohne Weiteres die Einrede des § 320 BGB erhoben werden.

III. Anspruch auf Nachlieferung der S-OHG

Die S-OHG könnte gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB einen Anspruch auf Neulieferung haben.

¹⁶ RGZ 147, 340; BGHZ 15, 102, 105.

¹⁷ BGH NJW 1972, 99

1. Ein Kaufvertrag liegt vor.
2. Des weiteren müsste der gelieferte Käse auch i.S.d. § 434 BGB mangelhaft sein. Da hier weder eine Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 I 1 BGB) vorliegt noch nach dem Vertrag eine bestimmte Verwendungstauglichkeit Vertragsinhalt wurde (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) kommt hier eine Mangelhaftigkeit nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB in Betracht, weil der Käse verdorben ist und damit nicht die gewöhnlicher Weise zu erwartende Beschaffenheit von Lebensmitteln aufweist.
3. Ferner bestand der Mangel der 30 Bazi - Blue schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs gem. § 446 I BGB, im Zeitpunkt der Übergabe.
4. Der S-OHG steht damit nach § 439 BGB ein Wahlrecht zwischen Neulieferung und Mängelbeseitigung zu. Sie hat sich für die Neulieferung entschieden, wogegen B auch nach § 439 III BGB auch nichts einwenden kann, da hier Mängelbeseitigung nicht in Betracht kommt.
5. **Ausschluss der Nachlieferung gem. § 377 HGB der S-OHG**

(vgl. Blätter: Der Fehlerbegriff in BGB und HGB Rechtsfolgen des Fehlerbegriffs in BGB und HGB)

Zwar liegen die Voraussetzungen des §§ 437 Nr. 1, 439 BGB vor, jedoch könnte sich eine andere Betrachtungsweise daraus ergeben, dass die S-OHG ihrerseits den Mangel des Käses nicht rechtzeitig angezeigt hat gem. § 377 I HGB - was eine echte Obliegenheitsverletzung darstellt -, so dass der Nachlieferungsanspruch gem. § 377 II HGB ausgeschlossen ist.

a) Anwendbarkeit der §§ 373 ff HGB

Voraussetzung gem. § 377 I HGB ist, dass der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist.

(vgl. Blatt: Die Handelsgeschäfte, §§ 343 ff HGB)

Dies ist der Fall, wenn beide Vertragsparteien Kaufleute sind.

[Exkurs: Es gibt keine Minderkaufleute mehr. Der Begriff des Handelsgewerbes hat sich gewandelt, siehe *Übersicht: Änderungen im HGB ab 1.4.1998*. Beim Handelskauf (Viertes Buch, Zweiter Abschnitt des HGB) müssen beide Vertragsparteien Kaufleute sein (für das kaufmännische Bestätigungsschreiben reicht es allerdings immer noch aus, dass die Beteiligten im größeren Umfang am Geschäftsverkehr teilnehmen, weil es sich um einen Handelsbrauch handelt, der seinen Ursprung unter anderem auch im § 242 BGB hat.)

Bezüglich der Kaufmannseigenschaft der S-OHG, die sich aus den §§ 1 II i.V.m. 105 I HGB ergibt, bestehen keine Bedenken¹⁸.

Fraglich erscheint jedoch, ob Bauer B Kaufmann ist.

(vgl. Blätter: Kaufleute Prüfungsreihenfolge zur Feststellung der Kaufmannseigenschaft)

Voraussetzung wäre, dass sein „Käseproduktionsbetrieb“ ein Unternehmen ist, dass nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb gem. § 1 II HGB erfordert.

Bei der Art des Unternehmens wird auf die Qualität der Geschäftstätigkeit abgestellt, wobei sowohl der Gegenstand der vorkommenden Geschäfte, wie unter anderem die Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen, als auch die Art und Weise der betrieblichen Organisation oder die Inanspruchnahme von

¹⁸ Früher: § 1 II, 4 II i.V.m. § 105 I HGB.

Kredit eine maßgebliche Rolle spielen. Der Umfang eines Unternehmens als quantitatives Element stellt zum einen auf den Umsatz und Kapitaleinsatz ab, aber auch auf die Beschäftigtenanzahl sowie die Höhe deren Vergütung und auf die Anzahl der Geschäftsabschlüsse. Entscheidend ist letztlich immer das Gesamtbild, ob nach Art oder Umfang ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist.¹⁹

Bauer B hat aus dem ehemals kleinen Bauernhof einen gut florierenden Betrieb gemacht, der nunmehr einen großen Umsatz abwirft. Auch die Anschaffung von 200 Milchkühen lässt auf großen Kapitaleinsatz schließen sowie auf die Inanspruchnahme von Krediten. Ferner wurde es erforderlich, Mitarbeiter einzustellen, so dass auch dies, wie der Umsatz und der Kapitaleinsatz dafür spricht, dass der Betrieb des B einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb benötigt.

Insofern liegt nach dem Gesamtbild ein Gewerbebetrieb vor, der Handelsgewerbe im Sinne des § 1 II HGB ist.

Entgegenstehen könnte jedoch die Regelung nach § 3 I HGB, da B nicht im Handelsregister eingetragen ist gem. § 3 II i.V.m. § 2 HGB.

Dann müsste der Betrieb des B als landwirtschaftlicher Betrieb einzuordnen sein. Landwirtschaft setzt voraus, dass durch Bearbeitung und Ausnutzung des Bodens organische Rohstoffe gewonnen werden. Eine solche ist auch gegeben, wenn das Futter für die Viehzucht oder einen Mastbetrieb hauptsächlich selbst angebaut wird.

B baut das Futter für seine Kühe jedoch nicht selbst an, sondern bezieht es teils von den Lebensmittelhändlern, die er beliefert, teils kauft er spezielles Kraftfutter ein.

Folglich ist er kein Landwirt i.S.d. § 3 I HGB, sondern Kaufmann gem. § 1 II HGB.

Somit liegt bei dem Kauf der 30 Bazi - Blue ein beiderseitiges Handelsgeschäft vor. Ferner gehört auch der Kauf des Käses zum Betrieb des jeweiligen Handelsgeschäfts im Sinne des § 343 HGB.

b) Mangel im Sinne des § 377 I HGB

Ferner ist erforderlich, dass der von B gelieferte Käse einen Mangel im Sinne des § 377 I HGB aufgewiesen hat.

Die Fehlerbegriffe des HGB und des BGB stimmen überein, so dass die Mangelhaftigkeit i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB auch die Mangelhaftigkeit i.S.d. § 377 HGB begründet.

Eine Untersuchung der 30 Bazi - Blue hatte stattgefunden und es wurde auch festgestellt, dass der Käse schimmelig war und somit einen Mangel im Sinne des § 377 I HGB aufwies.

Exkurs:

1. Der Sachmangel, den wir auch in dem vorliegenden Fall haben, macht keine Probleme. Bei offensichtlichen Mängeln ist dieser unverzüglich anzuzeigen (das Erfordernis der Unverzüglichkeit (§ 121 BGB) ist außerordentlich streng auszulegen. Bei Obst- und Gemüsekäufen kann die Frist Stunden betragen) Falls nicht unverzüglich gerügt wird,

gilt die Ware als genehmigt und der Käufer hat den vereinbarten Kaufpreis in voller Höhe zu bezahlen.

2. Falschlieferung und Quantitätsabweichung

Hier liegt jetzt nach § 434 III BGB auch nach Bürgerlichem Recht ein Sachmangel vor, so dass sich für Falschlieferungen und Quantitätsabweichungen im Handelsrecht keine Besonderheiten mehr ergeben und die üblichen Gewährleistungsrechte und Berücksichtigung des § 377 HGB geltend gemacht werden können.

c) Rüge gem. § 377 I HGB

Erforderlich ist, dass der Käufer den Mangel gem. § 377 I HGB unverzüglich gerügt hat.

aa) Rüge durch Hubertus

Hubertus könnte die S-OHG bei der Rüge wirksam vertreten haben.

(1) Zulässigkeit der Stellvertretung

Die Stellvertretung ist grundsätzlich zulässig bei allen Rechtsgeschäften. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass die §§ 164 ff BGB, die grundsätzlich für Willenserklärungen gelten, auf die Mängelrüge anwendbar sind. Während Willenserklärungen auf den Eintritt von Rechtsfolgen gerichtet sind, ist das bei der Rüge nicht der Fall. Sie dient dem Erhalt der Mängelansprüche, bezieht sich also nicht unmittelbar auf Rechte aus dem Kaufvertrag und ist somit als eine geschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren. Auf geschäftsähnliche Handlungen finden aber die Regeln über die Vertretungsmacht analoge Anwendung. Stellvertretung ist also zulässig.

(2) Abgabe einer eigenen Rüge

Hubertus hat hier auch eine eigene Rüge abgegeben und nicht nur eine Rüge der S-OHG übermittelt.

(3) in fremdem Namen

Dies geschah auch im Namen der S-OHG, so dass das Offenkundigkeitsprinzip gewahrt ist.

(4) mit Vertretungsmacht

Fraglich ist jedoch, ob H mit Vertretungsmacht gehandelt hat. Zwar kann man die §§ 164 ff BGB auf die Mängelrüge anwenden, es fragt sich indes, ob H mit der erforderlichen Vertretungsmacht gehandelt hat. Eine solche ist aber, was auch durch die Einstellung als Aushilfe verstärkt wird, nicht gegeben. Folglich hat H als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt. Eine Heilung der mangelnden Vertretungsmacht ist vorliegend aber nur dann möglich, wenn die Handlung des H gem. § 177 BGB analog genehmigt würde und, da die Rüge einer einseitigen Willenserklärung gleichzustellen ist, müsste gem. § 180 S. 2 BGB analog die Vertretungsmacht nicht beanstandet worden sein.

B hatte jedoch schon Zweifel an der Vertretungsmacht des H, indem er ihm sagte, dass er sich von einem dahergelaufenen Ex-Sträfling nicht beeindrucken lasse. Darüber hinaus ist die erforderliche Genehmigung ebenso wenig ersichtlich.

Folglich liegt in der von H erteilten Rüge jedenfalls keine erforderliche rechtswirksame vor.

bb) Rüge durch die Benachrichtigung des P

Möglicherweise ist aber in der schriftlichen Benachrichtigung des B durch den Prokuristen P der S-OHG Ende Oktober eine rechtswirksame Rüge zu erblicken. Eine wirksame Stellvertretung durch P liegt gem. §§ 164 ff BGB i.V.m. § 49 HGB ohne weiteres vor. P handelte im Namen der S-OHG und im Rahmen seiner Vertretungsmacht gem. §§ 48 I, 49 I HGB.

Es fragt sich indessen, ob P den Mangel des Käses rechtzeitig angezeigt gem. § 377 I HGB.

(1) unverzügliche Rüge gem. § 377 I HGB

Voraussetzung ist, dass die Rüge gem. § 377 I HGB unverzüglich, wobei gem. § 121 I BGB schon schuldhaftes Zögern schädlich ist, erfolgen muss. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 377 HGB ist die schnelle Abwicklung von Handelsgeschäften im Interesse des Handelsverkehrs, so dass ein strenger Maßstab anzulegen ist.²⁰ Mängel müssen regelmäßig noch am selben oder am darauffolgenden Tag angezeigt werden.²¹

Demnach wäre die Anzeige in der schriftlichen Benachrichtigung Ende Oktober durch P verspätet.

(2) Verlängerung der Rügefrist durch die AGB der S-OHG

Die Rügefrist könnte aber durch die Regelung in den AGB der S-OHG, dass es zur Wahrung der kaufmännischen Rügepflicht genüge, wenn die Mängelanzeige innerhalb von sechs Monaten nach Entdeckung des Mangels abgesandt wird, verlängert worden sein.

(a) Vorliegen von AGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 305 I BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, so dass hier zweifellos AGB vorliegen.

(b) Wirksame Einbeziehung in den Vertrag

Grundsätzlich müssen AGB nach Maßgabe des § 305 II BGB in den Vertrag mit einbezogen worden sein. Diese Regelungen gelten allerdings gem. § 310 I BGB nicht gegenüber Unternehmern i.S.d. § 14 BGB. Unternehmer ist dabei auch jede natürliche Person, die bei dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. B, der hier den von ihm produzierten Käse verkauft, ist Unternehmer i.S.d. § 14 BGB, so dass die Einbeziehung der AGB ihm gegenüber nicht an die Voraussetzungen des § 305 II BGB gebunden ist.

Fraglich ist daher, ob die AGB hier nach den Grundsätzen über das kaufmännische Bestätigungsschreiben zum Inhalt des Vertrages geworden sind.

Zwar haben B und die S-OHG, vertreten durch P, nicht ausdrücklich vereinbart, dass die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG in den Kaufvertrag über den Käse mit einbezogen wer-

²⁰ RGZ 106, 159, 360

²¹ BGH NJW 1054, 1841

den, jedoch könnten diese, wenn das Schreiben des P - einen Tag nach Abschluss des Kaufvertrages - als kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu werten ist dann durch das Schweigen des B - die widerspruchslose Annahme der Bestätigung - Vertragsinhalt geworden sein.

Voraussetzung ist danach, dass die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben vorliegen (vgl. hierzu Exkurs in Fall 1: Der Bauch-Weg-Trainer/BGB AT)

(aa)persönlicher Anwendungsbereich des kaufmännischen Bestätigungsschreibens

Erforderlich ist zunächst, dass die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf B und die S-OHG anwendbar sind.

Dies ist der Fall, wenn sowohl Absender als auch Empfänger des Bestätigungsschreibens Kaufleute sind oder aber in größerem Umfang wie Kaufleute am Geschäftsleben teilnehmen.²²

Beide Parteien, sowohl B als auch die S-OHG sind Kaufleute, so dass auf sie die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben anwendbar sind.²³

(bb)Bestätigung des vorhergehenden Vertragsschlusses

Voraussetzung ist, dass die Vertragsparteien im Vorfeld Vertragsverhandlungen geführt haben, die durch ein Schreiben bestätigt worden sind.

Auch wenn es wegen der Überschrift „Auftragsbestätigung“ auf den ersten Blick zweifelhaft erscheint, dass hierin ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben und keine abändernde Annahme gem. § 150 II BGB verbunden mit einem neuen Antrag zu sehen ist, kommt es jedoch nach dem Grundsatz der - falsa demonstratio non nocet -, dass die falsche Bezeichnung nicht schadet, nicht auf Bezeichnung des Schreibens an, sondern auf den mit dem Inhalt des Schreibens ausgedrückten Willen und wie der Erklärungsempfänger diesen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste.

Der Bestätigende muss also, selbst wenn tatsächlich noch kein Abschluss des Vertrages zustande gekommen ist, selbst gutgläubig davon ausgehen, dass ein **Vertrag bereits geschlossen** worden ist und diesen bestätigen.

Es wurden telefonisch Vertragsverhandlungen geführt, die tatsächlich zu einem Vertragsabschluss gekommen sind. Zwar hat P in der Überschrift des Schreibens das Wort „Auftragsbestätigung“ benutzt, allerdings geht aus dem Inhalt des Schreibens hervor, dass er von einem Vertragsabschluss ausgegangen ist und diesen nochmals bestätigte.

²² vgl. BGHZ 40, 42, 43 f.; BGH WM 1973,

²³ siehe A., IV., 4. a.

Folglich liegt also nicht nur eine Auftragsbestätigung vor, die als modifizierte Annahmeerklärung zu werten ist, sondern ein echtes Bestätigungsschreiben.

(cc)Wiedergabe des wesentlichen Vertragsinhalts

Ferner muss das Schreiben des P, um als Bestätigungsschreiben zu gelten, den wesentlichen Vertragsinhalt wiedergeben.

Demnach liegt nur dann ein Bestätigungsschreiben vor, wenn der Absender im Schreiben „seine Auffassung über das Zustandekommen und den Inhalt eines geschlossenen Vertrages mitteilt“ und das Schreiben „nach seinem äußeren Erscheinungsbild zur Wiedergabe der Verhandlungen“, d.h. des - angeblich - abgeschlossenen Vertrages, „wenigstens nach dem wesentlichen Inhalt bestimmt ist“.²⁴ Dies setzt vorliegend insbesondere voraus, dass P damit rechnen durfte, dass B mit der Einbeziehung der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG einverstanden war.

Fraglich erscheint insoweit, ob es mittels eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens nachträglich möglich ist, die Allgemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG, von denen in den Vertragsverhandlungen zwischen P und B keine Rede war, in den Vertrag zu integrieren.

Man könnte daran denken, dass der Inhalt eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens, dass sich auf die Grundsätze von Treu und Glauben stützt, sich mit den in den vorhergehenden Vertragsverhandlungen vereinbarten Absprachen vollständig decken sollte. Dies ist jedoch insbesondere bei einer nachträglichen Einführung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht der Fall. Deswegen wird verlangt, dass AGB grundsätzlich schon bei den Vertragsverhandlungen erwähnt werden sollen, so dass die Gefahr, dass das kaufmännische Bestätigungsschreiben Tür und Tor für das Einschmuggeln von Allgemeinen Geschäftsbedingungen öffne, gebannt ist.²⁵

Die Parteien haben nicht über eine Verlängerung der Rügefrist gesprochen, so dass hiernach diese Klausel der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG nicht durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben Einzug in den Vertrag gefunden hätte.

Gegen diese gerade genannte Ansicht spricht aber, dass ein widerspruchlos hingenommenes kaufmännisches Bestätigungsschreiben, auch wenn es gegenüber dem tatsächlich Vereinbarten abändernde oder ergänzende Regelungen enthält, nach allgemeinen Grundsätzen über diesen Handelsbrauch den Vertragsinhalt bestimmt. Nichts anderes kann für die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten. Im Handelsverkehr obliegt es hierbei dem Empfän-

²⁴ vgl. BGH NJW 1965, 965; BGH NJW 72, 820

²⁵ Lieb, Anm. zu BGH, Urt. v. 9.7.1970 - VII ZR 70/68, JZ 1981, 137.

ger, einem solchen Schreiben unverzüglich zu widersprechen, so dass der Absender andernfalls annehmen kann, dass der Empfänger mit der Geltung der AGB's einverstanden ist.²⁶

Darauf kann sich der Absender jedoch dann nicht verlassen, wenn beide Seiten bei den Vertragsverhandlungen vergeblich versucht haben, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Vertrag zugrunde zu legen oder der Empfänger sich bereits ausdrücklich gegen eine Einbeziehung verwahrt hat.

Aus diesem Grund können auch Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verbindung mit einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben Vertragsinhalt werden, es sei denn, dass der Empfänger nicht damit zu rechnen braucht.²⁷

Die Beifügung der Allgemeinen Einkaufsbedingungen in dem Bestätigungsschreiben des P entsprach den sonst üblichen Geschäftsgepflogenheiten zwischen B und der S-OHG, so dass sich B nicht darauf berufen konnte, dass er mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen hatte. Auf der einen Seite sind Regelungen über die Rügeobliegenheiten im Handelsverkehr nicht selten, andererseits oblag es B, aufgrund der allgemeinen Grundsätze über die konstitutive Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, der Klausel der S-OHG zu widersprechen, wenn er mit der Geltung nicht einverstanden war.

Somit durfte P davon ausgehen, dass B mit der Einbeziehung der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG in den Vertrag einverstanden war.

(dd) zeitlicher Zusammenhang zwischen Verhandlungen und Bestätigungsschreiben

Ferner muss ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Vertragsverhandlungen und dem Absenden des kaufmännischen Bestätigungsschreibens bestehen. Nur in diesem Fall hat das kaufmännische Bestätigungsschreiben konstitutive Wirkung.²⁸ Hier hat P den Vertragsschluss am darauffolgenden Tag bestätigt, so dass dieser zeitliche Zusammenhang erfüllt ist.

(ee) kein unverzüglicher Widerspruch

Weiterhin darf B dem Schreiben nicht unverzüglich widersprochen haben. B hat dem Schreiben nicht widersprochen, so dass die Voraussetzungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens folglich gegeben sind.

§ 305 II BGB findet gem. § 310 I BGB bei Handelsgeschäften keine Anwendung, so dass dies der Annahme, dass die All-

²⁶ BGHZ 7, 187, 191; BGH WM 1969, 1452, 1453.

²⁷ BGHZ 7, 187, 190 ff; BGH WM 1969, 1452, 1453

²⁸ BGH WM 1967, 958, 960

gemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG Bestandteil des Vertrages geworden sind, nicht entgegensteht.

(c) Wirksamkeit der in den Vertrag einbezogenen Rügefristverlängerung

Fraglich ist jedoch, ob die „Rügefristverlängerungsklausel“ wirksam ist, d.h. ob sie den Anforderungen an die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Maßgabe der §§ 307 – 309 BGB standhält.

(vgl. Blatt: Aufbauschema für die inhaltliche Kontrolle von AGB Klauseln/SR AT)

Zunächst muss nach § 307 III BGB eine Regelung vorliegen, die von dispositivem Recht abweicht. § 377 I HGB sieht eine unverzügliche Rügefrist vor, die jedoch kraft Vereinbarung verlängert werden kann, was hier auch gesehen ist. Die Klausel unterliegt daher nach § 307 III BGB der Inhaltskontrolle.

In Betracht kommt § 308 Nr. 8 b) ee) oder ff). Allerdings geht es vorliegend nicht um die Verkürzung einer Gewährleistungsfrist, sondern um deren Verlängerung. Ferner sind die §§ 307 und 308 BGB gem. § 310 Nr. 1 BGB bei Handelsgeschäften nicht anwendbar.

Möglicherweise könnte die einbezogene Rügefristverlängerung aber gem. § 307 BGB unwirksam sein.

Das setzt voraus, dass die Rügefristverlängerungsklausel der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 377 HGB nicht zu vereinbaren wäre.

Nach dem Allgemeinen Kaufrecht verjähren Mängelrechte gem. § 438 I Nr. 3 BGB in 2 Jahren. Wenn die Pflicht zur unverzüglichen Rüge in § 377 HGB dafür Sorge tragen soll, dass zwischen Kaufleuten schneller Rechtsklarheit über Gewährleistungsrechte herrscht, so heißt dies jedoch nicht, dass jede Verlängerung der Rügefrist mit dem Grundgedanken des § 377 HGB nicht zu vereinbaren wäre. Die hier vereinbarte Frist von 6 Monaten ist immer noch erheblich kürzer als die gesetzliche Verjährungsfrist und schafft damit schneller Klarheit. Unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Handelsverkehrs, gerade bei dem Handel mit Lebensmitteln, deren Produktionsprozess nicht immer beliebig gesteuert werden kann, erscheint eine Rügefrist von 6 Monaten aber unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgedanken noch immer zu lang und ist damit mit dem Grundgedanken des § 377 HGB nicht zu vereinbaren. Sie benachteiligt B daher nach Treu und Glauben unangemessen.

Beachte: *Zu dieser Frage liegt noch keine neue Rechtsprechung vor. Bei der hier gefundenen Lösung handelt es sich um eine neu entwickelte Argumentation. Es bleibt abzuwarten, ob diese von der Rechtsprechung und der Literatur aufgenommen wird oder ob man angesichts der nunmehr 2-jährigen Verjährungsfrist eine Rügefristverlängerung auf 6 Monate zulassen wird.*

Folglich ist die Rügefristverlängerungsklausel der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG gem. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB

unwirksam. Gem. § 306 BGB richtet sich die Rügefrist deswegen nach den gesetzlichen Vorschriften. Die übrigen Klauseln der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der S-OHG, sowie der Rest des Kaufvertrages, sind von der Unwirksamkeit der Rügefristverlängerungsklausel nicht betroffen und bleiben wirksam.

Folglich ist die Mängelanzeige, die dem B durch das Schreiben des P Ende Oktober zugekommen ist, verspätet. Somit gilt der schimmelige Käse gem. § 377 II HGB als genehmigt, so dass etwaige Gewährleistungsrechte der S-OHG ausgeschlossen sind.

Mithin steht der S-OHG kein Nachlieferungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB zu, so dass sie dem Anspruch des B aus § 433 II BGB nicht die Einrede des nichterfüllten Vertrages gem. § 320 BGB entgegenhalten kann.

C. Ergebnis

B hat gegen die S-OHG gem. § 433 II BGB i.V.m. § 124 I HGB einen Anspruch auf Zahlung i.H.v. 3.000,- €.

Kontrollfragen 3. Fall
Der spezielle Schimmelkäse

1. Ist § 320 BGB auf den Nacherfüllungsanspruch des § 439 BGB anwendbar?
2. Wie unterscheidet sich der Fehlerbegriff des BGB und des HGB?
3. Welche Rechtsfolgen löst ein Fehler nach dem BGB aus?
4. Welche Rechtsfolgen löst der Fehler im HGB bei rechtzeitiger Rüge aus?
5. Welche Rechtsfolgen löst der Fehler im HGB bei nicht rechtzeitiger Rüge aus?
6. Was sind Handelsgeschäfte?
7. Welche Handelsnormen gelten nur für beiderseitige Handelsgeschäfte?
8. Welche Handelsnormen gelten auch für einseitige Handelsgeschäfte?
9. Kann die Rügefrist des § 377 I HGB durch AGB auf 6 Monate verlängert werden?
10. Nennen Sie die Voraussetzungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens!
11. Können AGB's i.V.m. einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben Vertragsinhalt werden?