



ALPMANN SCHMIDT

FallSkript

Handelsrecht



2. Auflage
2013

Grundlagen Fälle Handelsrecht

2013

Claudia Haack
Rechtsanwältin und Repetitorin

Liebe Leserin, lieber Leser,

wir sind stets bemüht, unsere Produkte zu verbessern. Fehler lassen sich aber nie ganz ausschließen. Sie helfen uns, wenn Sie uns über Druckfehler in diesem Skript oder anderen Printprodukten unseres Hauses informieren.

E-Mail genügt an „druckfehlerteufel@alpmann-schmidt.de“

Danke

Ihr AS-Autorenteam

Haack, Claudia

Grundlagen Fälle

Handelsrecht

2. Auflage 2013

ISBN: 978-3-86752-292-2

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge

Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren,
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).

Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil: Der Kaufmann	1
1. Kaufmann kraft Betriebs eines Handelsgewerbes	2
Fall 1: Gewerbe (1)	2
Fall 2: Gewerbe (2)	5
Fall 3: Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB	7
Fall 4: Handelsgewerbe i.S.v. §§ 2, 5 HGB	9
Fall 5: Handelsgewerbe i.S.v. § 3 HGB	11
2. Kaufmann kraft Gesellschaftsform	13
Fall 6: § 6 HGB	13
3. Kaufmann kraft Rechtsscheins	15
Fall 7: Scheinkaufmann	15
4. Betreiben des Handelsgewerbes	17
Fall 8: Betreiben des Handelsgewerbes	17
2. Teil: Die Handelsfirma	19
1. Firmenführungsrecht	19
Fall 9: Firmenwahrheit – Firmenbeständigkeit	20
Fall 10: Firmenbeständigkeit in der Insolvenz	22
2. Inhaberwechsel und Firmenfortführung	24
Fall 11: Haftung bei Firmenfortführung	25
Fall 12: Haftung bei Firmenfortführung – Anfechtung – Haftungsausschluss	27
Fall 13: Geschäftsforderungen des alten Inhabers – § 25 Abs. 1 S. 2 HGB	31
Fall 14: Inhaberwechsel kraft Erbfolge	37
Fall 15: Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns – § 28 HGB	42
Fall 16: § 28 HGB analog?	44
3. Teil: Die Vertretung des Kaufmanns	46
1. Prokura, §§ 48 ff. HGB	46
Fall 17: Prokuraerteilung	47
Fall 18: Prokura – Umfang der Vertretungsmacht (1)	49
Fall 19: Prokura – Umfang der Vertretungsmacht (2)	51
Fall 20: Erlöschen der Prokura – Auswirkungen auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis	54
2. Handlungsvollmacht, § 54 HGB	57
Fall 21: Handlungsvollmacht	58
3. Vertretungsmacht des Ladenangestellten, § 56 HGB	61
Fall 22: Vertretungsmacht des Ladenangestellten, § 56 HGB	62
4. Teil: Publizität des Handelsregisters	64
Fall 23: § 15 Abs. 1 HGB	65
Fall 24: § 15 Abs. 1 HGB – „sekundäre Unrichtigkeit“	68
Fall 25: § 15 Abs. 1 HGB – ungeschriebene Voraussetzung	72
Fall 26: § 15 Abs. 1 HGB – „Rosinentheorie“	74
Fall 27: § 15 Abs. 2 HGB	79
Fall 28: § 15 Abs. 2 HGB gegenüber allgemeinem Rechtsschein	81
Fall 29: § 15 Abs. 3 HGB	84
Fall 30: § 15 Abs. 3 HGB analog?	89
5. Teil: Allgemeine Regeln für Handelsgeschäfte	92
Fall 31: § 348 HGB	93
Fall 32: §§ 349, 350 HGB	96
Fall 33: § 362 HGB	98
Fall 34: § 366 HGB	101
Fall 35: § 369 HGB	107
Fall 36: § 377 HGB – Voraussetzungen und Rechtsfolgen	110
Fall 37: § 377 HGB – Anwendungsbereich	112
Fall 38: § 377 HGB – Untersuchungsobliegenheit	117
Fall 39: § 377 HGB – Auswirkung auf die Gegenleistung	119
Stichwortverzeichnis	121

1. Teil: Der Kaufmann

I. Kaufmannseigenschaft kraft Betriebs eines Handelsgewerbes

1. Grundvoraussetzung = Gewerbe: jede nach außen erkennbare, erlaubte (str.), selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte Tätigkeit, die nicht „freier Beruf“ ist (str.).

- nach außen erkennbar: z.B. (–) bei Beteiligung als stiller Gesellschafter
- erlaubt: zivilrechtlich gültige Verträge, insbes. (–) bei §§ 134, 138 BGB
- selbstständig: rechtliche Selbstständigkeit; gemäß § 84 Abs. 1 S. 2 HGB
- planmäßig: auf unbestimmte Vielzahl von Geschäftsabschlüssen gerichtet
- Gewinnerzielungsabsicht: Absicht, Überschuss der Einnahme über die Ausgaben zu erzielen
- kein freier Beruf (historisch bedingt): Dienstleistung höherer Art steht im Vordergrund; z.B. Ärzte, Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, etc.

2. Handelsgewerbe

- gemäß § 1 Abs. 2 HGB grundsätzlich jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, nach Art und/oder Umfang sind keine kaufmännischen Einrichtungen erforderlich – gemäß § 29 HGB Eintragungspflicht, Eintragung wirkt nur deklaratorisch
- gemäß § 2 HGB sonstige gewerbliche Unternehmen, wenn im Handelsregister eingetragen – keine Eintragungspflicht, Eintragung wirkt konstitutiv
- gemäß § 3 HGB land- bzw. forwirtschaftliche Betriebe, wenn nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind und im Handelsregister eingetragen – keine Eintragungspflicht, Eintragung wirkt konstitutiv
- gemäß § 5 HGB, wenn Eintragung als Kaufmann im Handelsregister und tatsächlich (noch) ein Gewerbe betrieben wird

II. Kaufmannseigenschaft kraft Gesellschaftsform

Gemäß § 6 HGB Gesellschaft, die unabhängig vom Unternehmensgegenstand als kaufmännisch gilt, sog. **Formkaufmann:**

- GmbH, § 13 Abs. 3 GmbHG
- AG, § 3 AktG
- KGaA, § 278 AktG
- eG, § 17 Abs. 2 GenG

III. Kaufmannseigenschaft kraft Rechtsschein

Kaufmannseigenschaft kann sich auch aus allgemeinem Rechtsschein ergeben – sog. **Scheinkaufmann**, § 5 HGB analog, § 242 BGB

1. Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft durch Auftreten im Rechtsverkehr **zurechenbar gesetzt**

2. Dritter ist gutgläubig

3. Dritter hat im Vertrauen auf Rechtsschein gehandelt (konkrete Kausalität)

1. Kaufmann kraft Betriebs eines Handelsgewerbes

Fall 1: Gewerbe (1)

S vermietet an der Nordseeküste in Greetsiel jedes Jahr von Anfang Mai bis Ende Oktober Strandkörbe an die Touristen. Liegt ein Gewerbe i.S.d. HGB vor?

Beachte: Im HGB ist keine Legaldefinition des Gewerbes enthalten. Die in anderen Gesetzen enthaltenen Definitionen – z.B. § 15 Abs. 2 EStG – dürfen wegen der unterschiedlichen Schutzrichtungen dieser Gesetze nicht auf das HGB übertragen werden.

Nach h.M. sind daher Hehler, Rauschgifthändler, Waffenschieber, etc. keine Gewerbetreibenden.

Die Strandkorbvermietung des S ist ein Gewerbe, wenn die Voraussetzungen des handelsrechtlichen Gewerbebegriffs erfüllt sind.

Gewerbe im handelsrechtlichen Sinn ist nach h.M. jede nach außen erkennbare, erlaubte, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Tätigkeit unter Ausschluss freiberuflicher, wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeiten.¹

I. Nach außen erkennbare Tätigkeit

Die Tätigkeit muss nach außen hin in Erscheinung treten, also den Geschäftspartnern erkennbar sein. Die bloß innere Absicht, ein Gewerbe zu betreiben, ist nicht ausreichend. Die Strandkorbvermietung des S tritt nach außen in Erscheinung.

II. Erlaubte Tätigkeit

Umstritten ist, ob die Tätigkeit erlaubt sein muss, damit ein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne vorliegt.

1. Nach traditioneller Auffassung muss die Tätigkeit erlaubt sein. Damit ist keine öffentlich-rechtliche Erlaubnis zu verstehen, wie sich aus § 7 HGB ergibt, sondern die in dem Betrieb typischerweise abgeschlossenen Geschäfte dürfen nicht gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstoßen, §§ 134, 138 BGB.² Dadurch soll denjenigen, die verbotene oder sittenwidrige Geschäfte betreiben, der Zugang zu den Vorteilen der Kaufmannstellung versperrt werden.

2. Nach a.A. gibt es für eine derartige Einschränkung des Gewerbebegriffs keine sprachlichen oder teleologisch überzeugenden Gründe, sodass es nicht auf die Wirksamkeit der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ankommt.³

3. Die Strandkorbvermietung des S verstößt weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten, sodass es sich um eine erlaubte Tätigkeit handelt und sich daher eine Entscheidung des Meinungsstreits erübrigt.

III. Selbstständige Tätigkeit

Ferner muss eine selbstständige Tätigkeit vorliegen. Dabei kommt es lediglich auf die rechtliche, nicht auf die wirtschaftliche Selbstständigkeit an. **Gemäß § 84 Abs. 1 S. 2 HGB** ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

¹ BGHZ 63, 32, 33; Brox/Henssler HandelsR Rdnr. 25.

² Großkomm/Brüggemann § 1 HGB Rdnr. 17.

³ Canaris HandelsR § 2 Rdnr. 13.

S kann als Inhaber der Strandkorbvermietung seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen, sodass es sich um eine rechtlich selbstständige Tätigkeit handelt.

IV. Planmäßig auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit

Zum Begriff des Gewerbes gehört zudem, dass es planmäßig auf gewisse Dauer, also nicht nur vorübergehend betrieben wird.

S betreibt seine Strandkorbvermietung nur saisonal von Anfang Mai bis Ende Oktober, sodass eine nur vorübergehende Tätigkeit vorliegen könnte.

Entscheidend ist für die Planmäßigkeit jedoch, dass die Tätigkeit **auf eine unbestimmte Vielzahl von Geschäften gerichtet** ist, d.h. es muss sich um eine in Wiederholungsabsicht ausgeübte Tätigkeit handeln, wobei die Dauer der Tätigkeit und Unterbrechungen derselben (z.B. Saisonbetrieb) unerheblich sind.⁴

Die Strandkorbvermietung des S ist während eines bestimmten Zeitraums – jedes Jahr von Anfang Mai bis Ende Oktober – auf eine unbestimmte Vielzahl von Vermietungen gerichtet und stellt daher trotz der Unterbrechung im Winter eine planmäßig auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit dar.

V. Mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Tätigkeit/Wirtschaftlichkeit

1. Ferner muss die Tätigkeit **nach der Rspr.** auf Gewinnerzielung gerichtet sein, d.h. es muss die Absicht bestehen, einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben zu erzielen – ob tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet wird, ist demgegenüber unerheblich.⁵ Bei einem Privatunternehmer – wie dem Strandkorbvermieter S – ist nach der Rspr. die Gewinnerzielungsabsicht zu vermuten.

2. Demgegenüber wird von einem **Teil der Literatur** die Ansicht vertreten, dass anstelle der Gewinnerzielungsabsicht für den Gewerbebegriff wegen größerer Rechtssicherheit ein äußerlich erkennbarer Umstand – nämlich eine entgeltliche Tätigkeit am Markt – maßgeblich sei.⁶

S wird mit seiner Strandkorbvermietung entgeltlich am Markt tätig.

3. Da sowohl die nach der Rspr. erforderliche Gewinnerzielungsabsicht als auch die nach a.A. maßgebliche entgeltliche Tätigkeit am Markt gegeben ist, erübrigt sich eine Entscheidung des Meinungsstreits.

VI. Keine freiberufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit

Schließlich scheidet ein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinn aus, wenn es sich um eine freiberufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit handelt.

1. Die Herausnahme der Freiberufler aus dem Gewerbebegriff ist heute allein aus historischen Gründen gerechtfertigt. Bei den Freiberuflern steht die individuelle höchstpersönliche Dienstleistung höherer Art im Vorder-

Im Zweifelsfall ist maßgeblich, ob bei einem objektiv urteilenden Dritten eher der Eindruck einer gewöhnlichen oder außergewöhnlichen Tätigkeit entsteht.

Beachte: Bei Privatunternehmen kann die Gewinnerzielungsabsicht vermutet werden!

Für eine Reihe von freien Berufen ist gesetzlich festgelegt, dass sie kein Gewerbe betreiben: z.B. für Rechtsanwälte gemäß § 2 Abs. 2 BRAO und für Ärzte gemäß § 1 Abs. 2 BundesärzteO.

4 Baumbach/Hopt § 1 HGB Rdnr. 13.

5 BGHZ 74, 273, 276.

6 Lettl HandelsR § 2 Rdnr. 9.

grund, während die Leistungen von Gewerbetreibenden vornehmlich auf dem Einsatz von Produktionsmitteln und fremder Arbeitskraft beruht.⁷

Die Strandkorbvermietung des S stellt keine höchstpersönliche Dienstleistung höherer Art dar und ist folglich kein freier Beruf.

2. Ferner handelt es sich bei der Strandkorbvermietung nicht um eine wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit, die aufgrund der Verkehrsanschauung ebenfalls nicht dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff unterfallen.

Demzufolge erfüllt die Strandkorbvermietung des S alle Voraussetzungen des handelsrechtlichen Gewerbebegriffs.

⁷ Lettl HandelsR § 2 Rdnr. 15.

Fall 2: Gewerbe (2)

A betreibt in der Innenstadt von Köln eine gut besuchte Apotheke. Da er kein Organisationstalent ist, kommt es hin und wieder vor, dass er Arzneimittel in seinem Bestand findet, deren Verfallsdatum bereits abgelaufen ist. Diese verkauft er dann zum halben Preis an seine Kunden.

Betreibt A ein Gewerbe?

Die von A betriebene Apotheke ist ein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinn, wenn es sich um eine nach außen erkennbare, erlaubte, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Tätigkeit handelt, die keine freiberufliche, wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeit ist (h.M.).⁸

I. Das Betreiben der Apotheke ist eine nach außen erkennbare Tätigkeit.

II. Erlaubte Tätigkeit

Es ist umstritten, ob die Tätigkeit erlaubt sein muss, damit ein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne vorliegt.

1. Nach traditioneller Auffassung muss die Tätigkeit erlaubt sein. D.h. die in dem Betrieb typischerweise abgeschlossenen Geschäfte dürfen nicht gegen gesetzliche Verbote, § 134 BGB, oder die guten Sitten, § 138 BGB, verstoßen.⁹ Dadurch soll denjenigen, die verbotene oder sittenwidrige Geschäfte betreiben, der Zugang zu den Vorteilen der Kaufmannstellung versperrt werden.

Das Betreiben einer Apotheke stellt grundsätzlich keine verbotene oder sittenwidrige Tätigkeit dar. A verkauft jedoch hin und wieder Arzneimittel, deren Verfallsdatum bereits abgelaufen ist und verstößt damit gegen das gesetzliche Verbot des § 8 Abs. 2 AMG. Infolgedessen könnte die Tätigkeit des A nicht erlaubt sein.

Maßgeblich für die Beurteilung der erlaubten Tätigkeit ist jedoch, ob in dem Betrieb typischerweise verbotene oder sittenwidrige Geschäfte abgeschlossen werden – der Betrieb muss also insgesamt auf eine gesetz- oder sittenwidrige Tätigkeit gerichtet sein.¹⁰

A tätigt zwar hin und wieder verbotene Geschäfte, aber in seiner Apotheke werden nicht typischerweise verbotene Geschäfte abgeschlossen. Infolgedessen handelt es sich bei dem Betreiben der Apotheke des A um eine erlaubte Tätigkeit.

2. Nach a.A. gibt es für eine Einschränkung des Gewerbebegriffs auf erlaubte Tätigkeiten keine sprachlichen oder teleologisch überzeugenden Gründe, sodass es nicht auf die Wirksamkeit der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ankomme.¹¹

3. Das Betreiben der Apotheke des A stellt eine erlaubte Tätigkeit dar (s.o.), sodass sich eine Entscheidung des Meinungsstreits erübrigt.

§ 8 Abs. 2 AMG: Es ist verboten, Arzneimittel in den Verkehr zu bringen, deren Verfallsdatum bereits abgelaufen ist.

Beachte: Wer auf die Kaufmannseigenschaft des Betreibers eines unerlaubten „Gewerbes“ vertraut, kann nach Rechtsscheinsgrundsätzen geschützt werden.

⁸ BGHZ 63, 32, 33; Brox/Henssler HandelsR Rdnr. 25.

⁹ Großkomm/Brüggemann § 1 HGB Rdnr. 17.

¹⁰ Jung HandelsR Kap. 2 Rdnr. 9.

¹¹ Canaris HandelsR § 2 Rdnr. 13.

III. A kann als Inhaber der Apotheke seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen, sodass er **selbstständig** tätig ist, vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB.

IV. Der Betrieb ist auf eine unbestimmte Vielzahl von Geschäftsabschlüssen gerichtet und daher **planmäßig auf gewisse Dauer angelegt**.

V. Die nach der Rspr. erforderliche **Gewinnerzielungsabsicht** kann bei A als Privatunternehmer vermutet werden und A wird mit seiner Apotheke auch **entgeltlich am Markt tätig**, wie es Teile der Literatur fordern.

VI. Keine freiberufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit

Schließlich darf es sich nicht um eine freiberufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit handeln.

1. Die Herausnahme der freien Berufe aus dem Gewerbebegriff rechtfertigt sich allein aus historischen Gründen. Freiberufliche Tätigkeiten sind solche, die auf eine individuelle höchstpersönliche Dienstleistung höherer Art gerichtet sind.

Bei einem Apotheker steht nicht die höchstpersönliche Dienstleistung im Vordergrund, sondern die wirtschaftliche Tätigkeit des Ankaufs und Verkaufs von Arzneimitteln und anderen Produkten, also der Warenumsatz, sodass keine freiberufliche Tätigkeit gegeben ist.¹²

2. Ferner handelt es sich bei dem Betreiben der Apotheke nicht um eine wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit, die aufgrund der Verkehrsanschauung ebenfalls nicht dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff unterfallen.

Demzufolge erfüllt das Betreiben der Apotheke alle Voraussetzungen des handelsrechtlichen Gewerbebegriffs.

A betreibt folglich ein Gewerbe.

¹² BGHZ 8, 157, 160.

Fall 3: Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB

B betreibt eine Eisdiele in Minden. Das Geschäft floriert sowohl im Sommer als auch in den kälteren Jahreszeiten aufgrund der von B angebotenen erlesenen und vielfältigen Eisspezialitäten.

B wird täglich von unterschiedlichen Zulieferern mit frischer Ware und zum Teil sehr kostspieligen Zutaten versorgt, weswegen er zur Zwischenfinanzierung gelegentlich Kredite aufnimmt. Sein Jahresumsatz liegt bei ca. 1,3 Millionen € und er beschäftigt 8 Angestellte.

Da er sich wegen des umfangreichen Geschäftsbetriebs nicht mehr persönlich um alle Geschäftsbeziehungen kümmern kann, möchte er seinem Angestellten A Prokura erteilen. Er ist sich allerdings nicht sicher, ob er zur Prokuraerteilung befugt ist, obwohl er nicht im Handelsregister als Kaufmann eingetragen ist.

Kann B dem A Prokura erteilen?

B kann dem A Prokura erteilen, wenn die **Voraussetzungen gemäß § 167 Abs. 1 BGB i.V.m. § 48 HGB** erfüllt sind.

Gemäß § 48 Abs. 1 HGB kann die Prokura nur von dem Inhaber eines Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden. Daher kann B dem A nur dann eine Prokura erteilen, wenn er **Kaufmann** ist.

Gemäß § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, **wer ein Handelsgewerbe betreibt**.

I. Die von B betriebene Eisdiele stellt eine nach außen erkennbare, erlaubte, selbstständige, planmäßig, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Tätigkeit dar, die kein freier Beruf ist. Folglich betreibt B ein **Gewerbe** im handelsrechtlichen Sinn.

II. Gemäß § 1 Abs. 2 HGB ist jeder Gewerbebetrieb ein **Handelsgewerbe**, es sei denn, dass kaufmännische Einrichtungen nach Art und/oder Umfang des Betriebs nicht erforderlich sind.

Da § 1 Abs. 2 HGB durch seine Formulierung „es sei denn“ eine **Vermutung** dahingehend enthält, dass jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe ist, wird auch bezüglich der Eisdiele des B zunächst vermutet, dass es sich um ein Handelsgewerbe handelt.

Die Vermutung ist jedoch widerlegt, wenn der Betrieb entweder der Art und/oder dem Umfang nach keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert.

Kaufmännische Einrichtungen sind solche, die ein Kaufmann für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung benötigt, also alles, was notwendig ist, um den Betrieb übersichtlich und zuverlässig führen zu können – dazu gehören in erster Linie kaufmännische Buchführung und Bilanzierung.

Ob diese kaufmännischen Einrichtungen erforderlich, also objektiv notwendig sind oder nicht, ist nach der **Art des Betriebs** (Kriterien z.B. Vielfalt des Geschäftsgegenstands, Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge, Inanspruchnahme oder Gewährung von Kredit) und nach dem **Umfang des Betriebs** (Kriterien z.B. Umsatz, Anzahl der Beschäftigten, Anzahl der Betriebsstätten und deren Größe, Höhe des Betriebsvermögens) zu beurteilen.

Beachte: Die Vermutung des § 1 Abs. 2 HGB ist widerlegt, wenn der Betrieb

- der Art nach keine Kaufmännischen Einrichtungen erfordert oder
- dem Umfang nach keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert oder
- nach Art und Umfang keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert

Beachte: Maßgeblich ist für die Widerlegung der Vermutung, dass diese Einrichtungen entweder nach der Art und/oder nach dem Umfang des Betriebs nicht erforderlich sind.

Der Betrieb des B ist nicht so einfach strukturiert, dass nach der Art keine kaufmännischen Einrichtungen erforderlich sind: er bietet ein vielfältiges Warenangebot mit den unterschiedlichen Eisspezialitäten an, hat verschiedene Zulieferer und nimmt zum Teil Kredite zur Zwischenfinanzierung auf.

Auch der Umfang des Betriebs ist nicht so überschaubar, dass insofern keine kaufmännischen Einrichtungen erforderlich sind: sein Jahresumsatz beträgt 1, 3 Millionen € und er beschäftigt immerhin 8 Arbeitskräfte.

Folglich ist die Vermutung des § 1 Abs. 2 HGB nicht widerlegt, sodass B mit seiner Eisdiele ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB betreibt und somit Kaufmann i.S.v. § 1 Abs. 1 HGB ist.

Dass B bislang nicht im Handelsregister eingetragen ist, steht dem nicht entgegen, da für B zwar **gemäß § 29 HGB eine Eintragungspflicht** besteht, diese Eintragung jedoch **lediglich deklaratorische Wirkung** hat.

Infolgedessen ist B Kaufmann gemäß § 1 Abs. 1 HGB und kann daher seinem Angestellten A gemäß § 167 Abs. 1 BGB i.V.m. § 48 HGB eine Prokura erteilen.

Zusatzfrage:

Könnte das Amtsgericht gegen B wegen seiner fehlenden Eintragung im Handelsregister vorgehen?

Gemäß § 14 HGB könnte das Amtsgericht gegen B, für den gemäß § 29 HGB wegen seiner Kaufmannseigenschaft eine Eintragungspflicht besteht, wegen der fehlenden Eintragung im Handelsregister ein Zwangsgeld bis zu 5.000 € festsetzen.

Die näheren Einzelheiten des Zwangsgeldverfahrens sind in §§ 388 ff. FamFG geregelt.

Fall 4: Handelsgewerbe i.S.v. §§ 2, 5 HGB

K betreibt seit 1990 eine Schreinerei in München. Der Betrieb florierte in den Folgejahren, sodass sich K wegen des großen Geschäftsumfangs als Kaufmann im Handelsregister eintragen ließ.

Seit Beginn der Finanzkrise gingen seine Aufträge jedoch in erheblichem Maße zurück und er musste in der Folgezeit alle seine Angestellten bis auf seinen Lehrling entlassen.

Als sein Lieferant L ihm im Mai 2012 wegen der noch ausstehenden Bezahlung früherer Warenlieferungen ohne weitere Sicherheiten kein Holz mehr liefern will, gibt er gegenüber dem L ein mündliches Schuldanerkenntnis für die Verbindlichkeiten i.H.v. 10.000 € ab.

Kann L den K auf Zahlung der 10.000 € aus dem Schuldanerkenntnis in Anspruch nehmen?

L könnte gegen K ein Anspruch auf Zahlung i.H.v. 10.000 € **aus § 781 BGB** zustehen.

I. Eine **Einigung** i.S.v. § 781 BGB liegt zwischen K und L vor.

II. Diese Einigung muss auch **wirksam** sein.

1. Gemäß § 781 S. 1 BGB bedarf die **Anerkennniserklärung** der **Schriftform**.

K hat die Anerkennniserklärung gegenüber L nur mündlich abgegeben, sodass die Einigung zwischen K und L an sich wegen Formmangels gemäß § 125 S. 1 BGB formnichtig wäre.

2. Gemäß § 350 HGB ist die Schriftform entbehrlich, wenn das Schuldanerkenntnis auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist.

Demnach bedarf die Erklärung des K nicht der Schriftform, wenn das Schuldanerkenntnis für ihn ein Handelsgeschäft ist.

Handelsgeschäfte sind gemäß **§ 343 HGB** alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Somit ist das Anerkenntnis für K ein Handelsgeschäft, wenn er **Kaufmann** ist und das Anerkenntnis **zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört**.

a) Gemäß § 1 Abs. 1 HGB ist derjenige Kaufmann, der ein Handelsgewerbe betreibt.

aa) Die von K betriebene Schreinerei stellt eine nach außen erkennbare, erlaubte, selbstständige, planmäßig, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Tätigkeit dar, die kein freier Beruf ist. Folglich betreibt K ein **Gewerbe** im handelsrechtlichen Sinn.

bb) Ferner muss ein **Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 ff. HGB** gegeben sein.

(1) Gemäß § 1 Abs. 2 HGB wird **vermutet**, dass jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe ist, es sei denn, dass kaufmännische Einrichtungen nach Art und/oder Umfang des Betriebs nicht erforderlich sind.

Folglich wird auch bezüglich der Schreinerei des K gemäß § 1 Abs. 2 HGB zunächst vermutet, dass es sich um ein Handelsgewerbe handelt. Die Ver-

Beachte: In §§ 1 Abs. 2, 2, 3, 5 HGB ist nichts über den Kaufmann geregelt, sondern nur etwas über Handelsgeschäfte – Terminologisch in der Klausur unterscheiden!

STICHWORTVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Seiten.

Abtretungsverbot	31 f.	Haftung	
Anfechtung	27, 98	bei Geschäftsführung eines	
Annahmeverzug	55	Kleinbetriebs	29
Anscheinsvollmacht	62	beim Erwerb vom Insolvenzverwalter	30
Außenvollmacht	47	des Erwerbers bei Firmenfortführung	25, 28, 40
Betreiben	18	Rechtsscheinhaftung	82
Einstellung des Handelsgeschäfts		Haftungsausschluss	28, 30
durch Veräußerung	39	einseitiger	41
Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns	44	Eintragung ins Handelsregister	41
Erwerb		Handelsfirma	
eines überschuldeten Unternehmens	30	siehe unter Firma	19
eines zahlungsunfähigen Unternehmens	30	Handelsgeschäft	9, 15, 25, 92 f.
Handelsgeschäfts vom Insolvenzverwalter	30	beiderseitiges	32, 65, 110
Firma		Handelsgesellschaft	14
Firmenbeständigkeit	19 f.	KG	17, 44, 74
Firmeneinheit	19	OHG	14, 17, 44, 72
Firmenfortführung	24, 27, 40	Handelsgewerbe	1, 7, 9, 11
Firmenführungsrecht	19	Art/Umfang des Betriebs	7, 9
Firmenöffentlichkeit	19	Betreiben	17 f.
Firmenschutz	19	Vermutung	7
Firmenunterscheidbarkeit	19	Handelskauf	
Firmenwahrheit	19 f.	beiderseitiger	15 f., 65
Fortführungsrecht	20	Handelsregister	64
nachträgliche Änderung	38	deklaratorische Wirkung	8, 66, 68 f., 72, 75 f.
Personenfirma/Personalfirma	22	Eintragung	41, 66, 69, 72, 80, 85, 91
Sachfirma	22	Eintragungspflicht	8, 11
Forderungsübergang	33	eintragungspflichtige Tatsachen	66, 69, 80, 84
Ausschluss	34	konstitutive Wirkung	12, 66
Forderungsübertragung	31	negative Publizität	64
Formkaufmann	1, 14	positive Publizität	64
Freie Berufe	3, 6	Publizität	68
Gerichtsstand	13	Rechtsschein	90 f.
Gerichtsstandsvereinbarung	14	reiner Eintragungsfehler	90 f.
Gesamtvertretung		sekundäre Unrichtigkeit	69 ff.
echte	75, 79, 89	Handlungsvollmacht	57 ff.
unechte	75	Inhaberwechsel	
Geschäftsbesorgung	98 f.	kraft Erbfolge	24, 37
Geschäftsverkehr	73, 80, 85	kraft Rechtsgeschäfts	24
Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)		Kaufmann	1, 11, 48
Rechtsfähigkeit	44	kraft Betriebs eines Handels-	
Gesellschaften als Kaufleute	15	gewerbes	1, 2, 7, 16, 65
Gewerbe	1, 2, 17	kraft Gesellschaftsform	13
Kleingewerbe	10, 12, 29	kraft Rechtsform	14
Gewinnerzielungsabsicht	3	kraft Rechtsscheins	1, 15
		Scheinkaufmann	16
		Kaufmännische Einrichtungen	7, 10, 11

Ladenangestellte	
Vertretungsmacht	61 f.
Land- und Fortswirtschaft	11
Modifiziertes Veranlasserprinzip	86
Nichtkaufleute	29, 45
Prokura	7, 46 f., 58 f., 68 f.
Erlöschen	54, 69, 71
Umfang	46, 48 f.
Publizität des Handelsregisters	
siehe unter Handelsregister	68
Rechtsschein	1, 16, 69, 90 f.
Rechtsscheinhaftung	82
Rosinentheorie	77
Rügeobliegenheit	15, 65, 67, 110, 113, 115, 118 f.
offene/versteckte Mängel	111
Rechtsfolgen bei Verletzung	119
Rechtsmangel	111
Zuweniglief erung	111
Sachmängelgewährleistung	114
Scheinkaufmann	1
Schuld anerkenn tnis	9
Schweigen als Annahme des Antrags	98 f.
Sekundäre Unrichtigkeit	69
Unternehmensbezogenes Handeln	81
Vertragsstrafe	93 ff.
Vertretungs-	
macht	18, 47, 49, 51, 58, 60 ff., 68, 71, 74, 76, 79
guter Glaube	104
Zurückbehal tungsrecht	107
kaufmännisches	108