Skripten von Alpmann Schmidt – das komplette Examenswissen, systematisch und klausurtypisch aufbereitet

Handelsrecht
18. Auflage 2019

Kenntnisse im Handelsrecht sind unerlässliche Voraussetzungen für die juristischen Staatsexamina. In diesem Skript werden alle examensrelevanten Themen des Handelsrechts ausführlich und anschaulich erörtert. Zahlreiche Fälle und Beispiele zeigen, wie die behandelten Themen in der Fallbearbeitung darzustellen sind. Übersichten und Zusammenfassungen am Ende der Kapitel ermöglichen ein leichtes Erfassen komplexer Zusammenhänge und eine schnelle Wiederholung.

Das Skript behandelt

- das **Recht der Kaufleute** (Kaufmannsbegriff, Firma, Vertretung des Kaufmanns, selbstständige Hilfspersonen, Handelsregister),
- das **Recht der Handelsgeschäfte** (allgemeine Regeln, Handelskauf, Kommissionsgeschäft, Frachtgeschäft, Speditionsgeschäft, Lagergeschäft),
- Besonderheiten des **Kaufmanns im Zivilprozess**.

ISBN: 978-3-86752-667-8
9 783867 526678
€ 16,90

Sie erhalten die Karteikarten Handels- und Gesellschaftsrecht zu einem vergünstigten Preis, wenn Sie sie zusammen mit diesem Skript erwerben.
Erhältlich bei jedem teilnehmenden Buchhändler.

Im Paket günstiger!

S

2019

Handelsrecht

Alpmann Schmidt

S

Skripten

Braasch

Handelsrecht

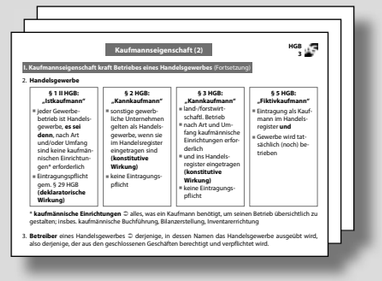
18. Auflage 2019

Alpmann Schmidt

Alpmann Schmidt

KK Karteikarten

Passend zu jedem S-Skript!



- Komprimierte Darstellung des examensrelevanten Stoffs
- **Übersichten, Schaubilder und Schemata** ermöglichen das schnelle Erfassen, Verstehen und Wiederholen des Rechtsgebiets

Weitere Musterkarten online: www.alpmann-schmidt.de

EL E-LEARNING

Passend zu jedem S-Skript!

- Überall lernen, im Browser oder in der App, auch offline
- **Frage-Antwort-Modus** (Freitext und Multiple-Choice)
- Individuell editierbar
- Wissenschaftlich erprobtes Wiedervorlagesystem

Alpmann Schmidt Jura App:
kostenlos zum Download

App Store | Google play

Die Lernkarten **passend zu diesem Skript** finden Sie hier:
www.repetico.de/alpmann-schmidt

powered by Repetico

Bundesweit juristische Repetitorien zum 1. Examen seit 1956

Die Wahl des richtigen Repetitoriums ist Vertrauenssache.
Vergleichen Sie! Probehören ist jederzeit möglich.
Wir sind sicher auch in Ihrer Stadt: bit.ly/2JywhcT

Alpmann Schmidt

HANDELSRECHT

2019

Patrick Braasch
Rechtsanwalt

ALPMANN UND SCHMIDT Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG
48143 Münster, Alter Fischmarkt 8, 48001 Postfach 1169, Telefon (0251) 98109-0
AS-Online: www.alpmann-schmidt.de

Zitiervorschlag: Braasch, Handelsrecht, Rn.

Braasch, Patrick
Handelsrecht
18. Auflage 2019
ISBN: 978-3-86752-667-8

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.

Unterstützen Sie uns bei der Weiterentwicklung unserer Produkte.
Wir freuen uns über Anregungen, Wünsche, Lob oder Kritik an:
feedback@alpmann-schmidt.de.

INHALTSVERZEICHNIS

Überblick 1

1. Abschnitt: Der Kaufmann 2

A. Kaufmann nach §§ 1 und 2 HGB 3
I. Der Begriff des Gewerbes 3
II. Handelsgewerbe nach §§ 1 und 2 HGB 5
Fall 1: Bürgschaft 7
III. Das Betreiben des Handelsgewerbes 8
B. Die Sonderregelung für Land- und Forstwirte, § 3 HGB 9
C. Gesellschaften als Kaufleute 10
I. Handelsgesellschaften (§ 6 Abs. 1 HGB) und Genossenschaften 10
II. Klarstellung in § 6 Abs. 2 HGB 11
D. Der Fiktivkaufmann, § 5 HGB 11
E. Der Scheinkaufmann 12

■ Übersicht: Der Kaufmann 13

2. Abschnitt: Die Handelsfirma – der Name des Kaufmanns 14

A. Begriff und Bedeutung der Firma 14
B. Grundsätze der Firmenbildung 14
I. Die Firmenunterscheidbarkeit 15
1. Eignung zur Kennzeichnung und Unterscheidungskraft 15
a) Eignung zur Kennzeichnung 15
b) Unterscheidungskraft 16
aa) Wortkombinationen mit beschreibenden Angaben 17
bb) Begriffe der Alltagssprache 18
2. Keine Verwechslungsgefahr mit anderen örtlichen Firmen (§ 30 HGB) 19
II. Die Firmenwahrheit 19
1. Verbot irreführender Angaben (§ 18 Abs. 2 HGB) 19
a) Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 HGB: 19
b) Beispiele 20
2. Rechtsformzusatz 22
III. Die Firmenbeständigkeit 23
IV. Die Firmeneinheit 24
V. Die Firmenöffentlichkeit 25

■ Übersicht: Firmengrundsätze 26

C. Der Schutz der Firma 27
I. Schutz der Firma nach § 15 MarkenG 28
Fall 2: McDonald's / McChinese 28
II. Anwendbarkeit der §§ 12, 823 BGB, §§ 3 ff. UWG bei Schutzlücken 30
Fall 3: Shell.de 31

D. Inhaberwechsel und Firmenfortführung ... 32
I. Fortführung der Firma durch den rechtsgeschäftlichen Erwerber ... 33
1. Haftung für die Verbindlichkeiten gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 HGB ... 33
a) Handelsgeschäft ... 33
b) Erwerb unter Lebenden ... 33
c) Fortführung des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma ... 34
aa) Fortführung des Handelsgeschäfts ... 34
bb) Fortführung der Firma ... 35
d) Kein Haftungsausschluss gemäß § 25 Abs. 2 HGB ... 36
e) Rechtsfolge: Haftung für die im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten ... 37
2. Forderungsübergang gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 HGB ... 37
Fall 4: Ausgleich ... 38
II. Der Inhaberwechsel kraft Erbfolge ... 41
Fall 5: Nachteilige Erbschaft ... 41
III. „Eintritt" in das Geschäft eines Einzelkaufmanns, § 28 HGB ... 43
1. Analoge Anwendung bei Gründung einer GbR? ... 44
Fall 6: Eintritt in eine Einzelkanzlei ... 45
2. Analoge Anwendung bei Einbringen des Handelsgeschäfts in eine bestehende Gesellschaft? ... 46
Fall 7: Eintritt in bestehende Gesellschaft ... 46

■ Übersicht: Inhaberwechsel und Firmenfortführung ... 48

3. Abschnitt: Die Vertretung des Kaufmanns ... 49
A. Die Prokura ... 49
I. Erteilung der Prokura ... 49
II. Der Umfang der Prokura ... 51
III. Besondere Formen der Prokura ... 52
IV. Das Erlöschen der Prokura ... 53
B. Die Handlungsvollmacht, § 54 HGB ... 54
I. Die Erteilung der Handlungsvollmacht ... 54
II. Besonderheiten der Handlungsvollmacht im Außendienst ... 56
1. Der Abschlussbevollmächtigte im Außendienst ... 56
2. Der Vermittlungsbevollmächtigte im Außendienst ... 56
III. Erlöschen der Handlungsvollmacht ... 57
C. Die Vertretungsmacht von Ladenangestellten, § 56 HGB ... 57
Fall 8: Bar-Kasse ... 58

■ Übersicht: Vertretung des Kaufmanns ... 61

4. Abschnitt: Die selbstständigen Hilfspersonen ... 62
A. Der Handelsvertreter ... 62
I. Der Begriff des Handelsvertreters ... 62
II. Die Ansprüche des Handelsvertreters gegen den Unternehmer ... 63
1. Provisionsansprüche ... 63

2. Ausgleichsanspruch ... 64
a) Beendigung eines Handelsvertreterverhältnisses ... 65
b) Kein Ausschluss des Anspruchs ... 65
c) § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB ... 66
d) § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB ... 66
e) § 89 b Abs. 2 HGB ... 67
3. Sonstige Ansprüche des Handelsvertreters ... 67
III. Die Pflichten des Handelsvertreters ... 67
IV. Das Verhältnis des Vertreters zu Dritten ... 68
V. Die analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts ... 68
1. Der Kommissionsagent ... 69
2. Der Vertragshändler (Eigenhändler) ... 70
3. Der Franchisenehmer ... 71
B. Der Handelsmakler ... 72
I. Begriff ... 72
II. Abgrenzungsfragen ... 73
1. Unterschiede zwischen Handelsmakler und Zivilmakler ... 73
2. Unterschiede zwischen Handelsmakler und Handelsvertreter ... 73
3. Unterschiede zwischen Handelsmakler und Kommissionär ... 74
III. Pflichten des Handelsmaklers ... 74
IV. Rechte des Handelsmaklers ... 75

■ Übersicht: Selbstständige Hilfspersonen des Kaufmanns ... 76

5. Abschnitt: Das Handelsregister und sonstige Rechtsscheinstatbestände ... 77
A. Das Handelsregister ... 77
I. Der Zweck des Handelsregisters ... 77
II. Das System des Handelsregisters ... 77
B. Die Publizitätswirkungen des § 15 HGB ... 78
I. Die negative Publizität des Handelsregisters, § 15 Abs. 1 HGB ... 79
1. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 15 Abs. 1 HGB ... 79
a) In das Handelsregister einzutragende Tatsache ... 79
aa) Tatsache ... 79
bb) In das Handelsregister einzutragen ... 80
b) In Angelegenheiten dessen einzutragen, der sich auf sie beruft ... 82
c) Nicht eingetragen und bekannt gemacht ... 82
d) Dem Dritten nicht bekannt ... 82
e) Wirkung im Geschäftsverkehr ... 83
f) Rechtsfolge ... 83
Fall 9: Der beleidigte Prokurist ... 84
2. Teilweise Ausübung des Wahlrechts nach § 15 Abs. 1 HGB? ... 86
Fall 10: Rosinentheorie ... 86
II. Die positive Publizität des Handelsregisters, § 15 Abs. 3 HGB ... 88
1. Einzutragende Tatsache ... 89
2. Unrichtig bekannt gemacht ... 89
3. Keine Kenntnis von der Unrichtigkeit ... 89

4. Wirkung im Geschäftsverkehr ... 90
5. Zurechenbare Veranlassung der unrichtigen Bekanntmachung ... 90
6. Rechtsfolge ... 91
Fall 11: Gelegenheit macht Diebe ... 91
C. Der Rechtsschein außerhalb des Handelsregisters ... 93
Fall 12: Der Schein trügt ... 93

■ Übersicht: Handelsregister und Rechtsschein ... 97

6. Abschnitt: Die allgemeinen Regeln für Handelsgeschäfte, §§ 343–372 HGB ... 98

A. Das Handelsgeschäft ... 98
I. Begriff des Handelsgeschäfts ... 98
II. Der Handelsbrauch, § 346 HGB ... 99
III. Die Besonderheiten beim Zustandekommen des Handelsgeschäfts ... 101
1. Schweigen auf ein Angebot, § 362 Abs. 1 HGB ... 101
a) Voraussetzungen des § 362 Abs. 1 S. 1 HGB ... 101
b) Voraussetzungen des § 362 Abs. 1 S. 2 HGB ... 102
c) Rechtsfolgen des § 362 Abs. 1 HGB ... 102
2. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ... 102
B. Der Erwerb vom Nichtberechtigten gemäß § 366 HGB ... 103
I. Gutgläubiger Erwerb gemäß § 366 Abs. 1 HGB ... 103
1. Veräußerer ist Kaufmann ... 103
2. Veräußerung einer beweglichen Sache im Betrieb des Handelsgewerbes ... 103
3. Gutgläubigkeit des Erwerbers ... 104
Fall 13: Trau, schau, wem ... 104
II. Lastenfreier Eigentumserwerb gemäß § 366 Abs. 2 HGB ... 107
III. Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechts gemäß § 366 Abs. 3 HGB ... 107
IV. Einschränkung des Gutglaubensschutzes beim Eigentumserwerb ... 108
C. Wirksame Abtretung trotz Abtretungsverbots, § 354 a HGB ... 108
I. Auswirkungen des § 354 a Abs. 1 S. 1 HGB auf den Eigentumserwerb des Abkäufers beim verlängerten Eigentumsvorbehalt ... 109
II. Leistung i.S.d. § 354 a Abs. 1 S. 2 HGB ... 110
Fall 14: Vergleich nach Abtretung ... 110
D. Das Kontokorrent ... 111
I. Der Begriff des Kontokorrents ... 111
II. Die Rechtswirkungen des Kontokorrents im Einzelnen ... 112
1. Unselbstständigkeit der in das Kontokorrent eingestellten Forderungen ... 112
2. Verrechnung der Forderungen ... 113
3. Das Saldoanerkenntnis ... 114
4. Pfändbarkeit von Ansprüchen aus einer Bankverbindung ... 115
E. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ... 116

F. Sonstige allgemeine Sonderbestimmungen für Handelsgeschäfte 118
I. Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, § 347 HGB 118
II. Entgeltlichkeit kaufmännischen Handelns, §§ 352 ff. HGB 118
III. Leistungszeit 119
IV. Qualität der Leistung, § 360 HGB 119

■ Übersicht: Handelsgeschäfte 120

7. Abschnitt: Die besonderen Handelsgeschäfte 121

A. Der Handelskauf 121
I. Allgemeine Vorschriften über den Handelskauf 122
1. Der Annahmeverzug des Käufers, § 373 HGB 122
a) Hinterlegung, § 373 Abs. 1 HGB 122
b) Selbsthilfeverkauf 122
2. Der Spezifikationskauf, § 375 HGB 123
3. Der Fixhandelskauf, § 376 HGB 124
II. Besonderheiten beim beiderseitigen Handelskauf 124
1. Die Rügeobliegenheit bei Qualitätsmängeln, § 377 HGB 124
a) Beiderseitiger Handelskauf 125
b) Ablieferung 126
c) Keine Arglist des Verkäufers 126
d) Verletzung der Rügeobliegenheit 126
aa) Inhaltliche Anforderungen an die Rüge 126
bb) Rechtzeitigkeit der Rüge 127
e) Rechtsfolge: 128
Fall 15: Kartoffelsalat 129
2. Die Aufbewahrungspflicht, § 379 HGB 131

■ Übersicht: Rügeobliegenheiten gemäß § 377 HGB 132

B. Das Kommissionsgeschäft 133
I. Begriff und Bedeutung 133
II. Die Rechtsstellung des Kommissionärs 133
1. Der Kommissionsvertrag 134
a) Pflichten des Kommissionärs 134
b) Rechte des Kommissionärs 135
2. Das Ausführungsgeschäft 135
III. Rechte des Kommittenten an Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft 136
Fall 16: Ausgerechnet – aufgerechnet 137
IV. Zwangsvollstreckung beim Kommissionär 140
Fall 17: Pfändungsschutz 141

■ Übersicht: Das Kommissionsgeschäft 145

C. Das Frachtgeschäft, §§ 407 ff. HGB 146
I. Der Frachtvertrag 146
II. Die Haftung des Frachtführers 147

III. Besonderheiten bei der Beförderung von Umzugsgut und der Beförderung mit verschiedenartigen Beförderungsmitteln 148
D. Das Speditionsgeschäft, §§ 453 ff. HGB 148
I. Der Begriff des Spediteurs 148
II. Rechte und Pflichten des Spediteurs 149
E. Das Lagergeschäft, §§ 467 ff. HGB 150

8. Abschnitt: Der Kaufmann im Zivilprozess 150
A. Gerichtsstand 150
B. Kammern für Handelssachen 151

Stichwortverzeichnis 153

LITERATURVERZEICHNIS

Verweise in den Fußnoten auf „RÜ" und „RÜ2" beziehen sich auf die Ausbildungszeitschriften von Alpmann Schmidt. Dort werden Urteile so dargestellt, wie sie in den Examensklausuren geprüft werden: in der RechtsprechungsÜbersicht als Gutachten und in der Rechtsprechungs-Übersicht 2 als Urteil/Behördenbescheid/Anwaltsschriftsatz etc.

RÜ-Leser wussten mehr: Immer wieder orientieren sich Examensklausuren an Gerichtsentscheidungen, die zuvor in der RÜ klausurmäßig aufbereitet wurden. Die aktuellsten RÜ-Treffer aus ganz Deutschland finden Sie auf unserer Homepage.

Abonnenten haben Zugriff auf unser digitales RÜ-Archiv.

Bamberger/Roth	Beck´scher Online Kommentar BGB Stand 01.11.2018 (zitiert: BeckOK-BGB/Bearbeiter)
Baumbach/Hopt	Handelsgesetzbuch 38. Auflage 2018
Brox/Henssler	Handels- und Wertpapierrecht 22. Auflage 2016
Canaris	Handelsrecht 24. Auflage 2006
Ebenroth/Boujong/Joost/ Strohn	Handelsgesetzbuch Band 1, §§ 1–342 e (3. Auflage 2014) Band 2, §§ 343–475 h (3. Auflage 2015) zitiert: EBJS/Bearbeiter
Ensthaler	Gemeinschaftskommentar zum HGB 8. Auflage 2015 zitiert: GK/Bearbeiter
Giesler/Nauschütt	Franchiserecht 3. Auflage 2015
Heidelberger Kommentar	Handelsgesetzbuch 7. Auflage 2007 zitiert: HK/Bearbeiter
Heidel/Schall	Handelsgesetzbuch 2. Auflage 2015

Ingerl/Rohnke	Markengesetz 3. Auflage 2010
Koller/Kindler/Roth/Morck	Handelsgesetzbuch 8. Auflage 2015
Münchener Kommentar	Bürgerliches Gesetzbuch Band 1: §§ 1–240 (8. Auflage 2018) Band 6: §§ 705–853 (7. Auflage 2017) Band 7: §§ 854–1296 (7. Auflage 2017) zitiert: MünchKommBGB/Bearbeiter
Münchener Kommentar	Handelsgesetzbuch Band 1: §§ 1–104a (4. Auflage 2016) Band 5: §§ 343–406, CISG (4. Auflage 2018) Band 7: §§ 407–457 h (3. Auflage 2014) zitiert: MünchKommHGB/Bearbeiter
Musielak/Voit	Zivilprozessordnung 15. Auflage 2018 zitiert: Musielak/Voit/Bearbeiter
Oetker	Handelsgesetzbuch, Kommentar 5. Auflage 2017
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 77. Auflage 2018 zitiert: Palandt/Bearbeiter
Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas	HGB Kommentar 4. Auflage 2014 zitiert: Röhricht/v. Westphalen/Haas/Bearbeiter
Schmidt	Handelsrecht 6. Auflage 2014
Staub	Handelsgesetzbuch Großkommentar Band 1: Einleitung; §§ 1–47b 5. Auflage 2009 Band 2: §§ 48–104 5. Auflage 2008 Band 4: §§ 343–382 4. Auflage 2004

Band 9: §§ 373–376, 383–406
5. Auflage 2013

Band 12: §§ 407–424, 436–442
5. Auflage 2014

zitiert: Staub/Bearbeiter

Staudinger — J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse
§§ 433–480 (2014)

Überblick

Das Handelsrecht ist das **besondere Privatrecht der Kaufleute**. Es dient den Anforderungen des Wirtschaftsverkehrs, für den das bürgerliche Recht nicht immer ausreichende Regelungen enthält („Im Handelsrecht weht ein härterer Wind"). So sind die Bedürfnisse des kaufmännischen Rechtsverkehrs insbesondere gerichtet auf: **1**

- rasche Abwicklung (z.B. unverzügliche Mängelrüge, § 377 HGB),
- Rechtsklarheit, Publizität und erhöhten Vertrauensschutz (§§ 5, 15, 366 HGB),
- stärkere Bindung an Bräuche und Gepflogenheiten, § 346 HGB,
- Professionalität, insbesondere Entgeltlichkeit, §§ 353, 354 HGB,
- Selbstverantwortung des Handelnden, §§ 348 ff. HGB u.a.

Das Handelsrecht steht aber nicht isoliert neben dem BGB, sondern ist mit diesem eng verknüpft. So werden manche Regelungen des bürgerlichen Rechts durch das Handelsrecht lediglich ergänzt (für die Mängelgewährleistung z.B. § 377 HGB neben §§ 434 ff. BGB), andere durch Sondernormen ersetzt (nach § 350 HGB sind die Formvorschriften der §§ 766 S. 1, 780, 781 BGB unanwendbar). Man kann sich das HGB als das sechste Buch des BGB vorstellen.

Nach Art. 2 Abs. 1 EGHGB kommen in Handelssachen die Vorschriften des BGB nur insoweit zur Anwendung, als nicht im HGB etwas anderes bestimmt ist. Das HGB hat damit als spezielleres Gesetz Vorrang gegenüber dem allgemeineren BGB.

Zum Handelsrecht im engeren Sinne gehören **2**

- das Recht des **Handelsstands** (1. Buch des HGB, also das Recht der Kaufleute und ihrer Hilfspersonen) und
- das Recht der **Handelsgeschäfte** (4. Buch des HGB).

Nur diese beiden Gebiete werden im Folgenden dargestellt.

Im weiteren Sinne zählen zum Handelsrecht auch das Recht der Handelsgesellschaften (§§ 105 ff. HGB [2. Buch des HGB], AktG, GmbHG, GenG), die Vorschriften über die Handelsbücher (3. Buch des HGB: §§ 238–342 e HGB), das Bank- und Börsenrecht, das Wettbewerbs- und Markenrecht, das Wertpapierrecht, das Versicherungsrecht und das Seehandelsrecht (5. Buch des HGB: §§ 476 ff. HGB). Diese Rechtsgebiete bleiben hier außer Betracht. Soweit sie für das Examen von Bedeutung sind, wird auf das AS-Skript Gesellschaftsrecht verwiesen.

Maßgebend für die Anwendbarkeit des Handelsrechts ist der Begriff des **Kaufmanns**. Die Abgrenzung zum übrigen Zivilrecht erfolgt also nach einem **subjektiven System**. Hierbei handelt es sich um eine Fortwirkung des Ständewesens. Entscheidend ist nicht der Inhalt des Rechtsgeschäfts („was?"), sondern der Status der beteiligten Personen („wer?"). **3**

Anders das objektive System in anderen Rechtsordnungen, bei dem ein bestimmter Inhalt des einzelnen Rechtsgeschäftes über die Anwendung von Sondernormen entscheidet.

Grundsätzlich gilt das Handelsrecht demnach **nur für Kaufleute**. Zum Teil wird dieses subjektive System jedoch mit objektiven Kriterien verbunden: So sind die Regeln über Handelsgeschäfte in den §§ 343 ff. HGB teilweise auch dann anwendbar, wenn an dem Geschäft auf einer Seite ein Nichtkaufmann beteiligt ist (vgl. § 345 HGB).

In Ausnahmefällen gelten handelsrechtliche Vorschriften auch für Nichtkaufleute:

Nach den §§ 84 Abs. 4, 93 Abs. 3 und 383 Abs. 2 S. 1 HGB gelten die Vorschriften über Handelsvertreter, Handelsmakler und Kommissionäre auch dann, wenn das jeweilige Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Auch die Regeln über das Frachtgeschäft, Speditionsgeschäft und Lagergeschäft setzen keinen kaufmännischen, sondern lediglich einen gewerblichen Betrieb voraus. Darüber hinaus sind beim Kommissionsgeschäft, Frachtgeschäft, Speditionsgeschäft und Lagergeschäft die allgemeinen Vorschriften über die Handelsgeschäfte (4. Buch, 1. Abschnitt, §§ 343–372 HGB) mit Ausnahme der §§ 348–350 HGB anwendbar (§§ 383 Abs. 2 S. 2, 407 Abs. 3 S. 2, 453 Abs. 3 S. 2, 467 Abs. 3 S. 2 HGB).

Nach Rechtsscheinsgrundsätzen können handelsrechtliche Normen für Scheinkaufleute gelten (vgl. unten Rn. 235 ff.).

Diese Ausnahmen ändern nichts an der grundsätzlichen Konzeption, dass das Handelsrecht ein Sonderprivatrecht für Kaufleute ist. In der Klausur ist häufig die entscheidende Frage, ob die beteiligten Personen Kaufleute und Sondernormen des HGB demnach anwendbar sind. Während der Großteil der rechtlichen Probleme in der Regel im bürgerlichen Recht angesiedelt ist, führt dann innerhalb der Prüfung ein Exkurs in das HGB.

Beispiel: A erklärt sich telefonisch gegenüber B bereit, für eine Verbindlichkeit des C zu bürgen. Als C bei Fälligkeit nicht zahlt, nimmt B den A aus der Bürgschaft in Anspruch.

Nach dem BGB hat B keinen Anspruch gegen A aus § 765 Abs. 1 BGB, da das Schriftformerfordernis des § 766 BGB nicht eingehalten wurde. Anders sieht es jedoch aus, wenn die Bürgschaft für A ein Handelsgeschäft ist. Dann findet § 766 BGB nach § 350 HGB keine Anwendung. Handelsgeschäfte sind nach § 343 Abs. 1 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Entscheidend für den Anspruch des B ist also die Frage, ob A Kaufmann ist.

4 Der Begriff des Kaufmanns darf nicht mit dem des **Unternehmers** verwechselt werden, § 14 BGB. Letzterer stammt aus dem Verbraucherschutzrecht der EU und bildet den Gegenbegriff zum Verbraucher, § 13 BGB. Trotz vieler Überschneidungen ist der Unternehmerbegriff weiter als der Kaufmannsbegriff. Gewerbliche Tätigkeiten i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB umfassen jedes planmäßige Anbieten von Waren und Dienstleistungen gegen Entgelt. Es kommt nicht darauf an, ob die weiteren Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft (siehe im Folgenden) vorliegen.

1. Abschnitt: Der Kaufmann

Die Kaufmannseigenschaft einer Person bestimmt sich nach den §§ 1–6, 105 HGB.

5
- Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt". Was als Handelsgewerbe anzusehen ist, bestimmen § 1 Abs. 2 HGB und § 2 HGB.
- Für Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gilt als Sonderregelung § 3 HGB.
- Formkaufleute gemäß § 6 Abs. 2 HGB sind u.a. die GmbH, die AG, die KGaA (Kommanditgesellschaft auf Aktien) und die Genossenschaft.
- Auch ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes ist nach § 105 Abs. 2 HGB die eingetragene Vermögensverwaltungsgesellschaft Kaufmann.
- Gemäß § 5 HGB müssen sich im Handelsregister eingetragene Gewerbetreibende als Kaufleute behandeln lassen.
- Nach Rechtsscheinsgrundsätzen (§ 5 HGB analog, § 242 BGB) werden unter bestimmten Voraussetzungen die für Kaufleute geltenden Vorschriften auch auf Nichtkaufleute angewandt.

A. Kaufmann nach §§ 1 und 2 HGB

Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt". **6**

- Ein Handelsgewerbe setzt voraus,
  - dass die ausgeübte Tätigkeit überhaupt ein **Gewerbe** darstellt und
  - nach den §§ 1 und 2 HGB als **Handels**gewerbe zu behandeln ist.
- Das Handelsgewerbe muss **betrieben** werden.

I. Der Begriff des Gewerbes

Gewerbe ist nach h.M. jede äußerlich erkennbare, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer, zum Zwecke der Gewinnerzielung (bzw. entgeltlich) ausgeübte Tätigkeit, die nicht „freier Beruf" ist. Umstritten ist, ob und inwieweit die Tätigkeit „erlaubt" sein muss. **7**

Der Begriff des Gewerbes und die Abgrenzung zu den freien Berufen sind auch in anderen Rechtsgebieten relevant, so etwa im öffentlich-rechtlichen Gewerberecht (GewO) sowie im Steuerrecht (§§ 15 Abs. 2, 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG, § 2 GewStG).

- Die Tätigkeit muss **nach außen** hin in Erscheinung treten. **8**

  Die innere, für Dritte nicht erkennbare Absicht reicht allein nicht aus, wie z.B. das heimliche Spekulieren an der Börse oder die stille Beteiligung an einem Handelsgewerbe (§ 230 HGB). Auch Besitzgesellschaften und reine Vermögensverwaltungsgesellschaften treten nicht nach außen hin auf und betreiben damit kein Gewerbe.[1] Sie können aber nach § 105 Abs. 2 S. 2 HGB i.V.m. § 2 S. 2 HGB in das Handelsregister eingetragen werden und sind dann als Handelsgesellschaften gemäß § 6 Abs. 1 HGB Kaufleute.

- Es muss eine **rechtliche**, nicht notwendigerweise wirtschaftliche **Selbstständigkeit** vorliegen. Abgrenzungskriterien zur unselbstständigen Tätigkeit enthält für den Handelsvertreter § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, die aber auch in anderen Fällen herangezogen werden können. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.[2] **9**

- Zum Begriff des Gewerbes gehört weiterhin, dass es **planmäßig auf gewisse Dauer**, also nicht nur gelegentlich betrieben wird. **10**

  Die Arbeitsgemeinschaft (Arge) als Zusammenschluss von Fachunternehmen zur gemeinsamen Durchführung eines Bauvorhabens wird grundsätzlich nicht gewerblich tätig. Da die Bau-Arge nur einmalig gegenüber einem einzelnen Bauherrn oder gegenüber einer bestimmten Anzahl von Bauherrn tätig wird, fehlt es an einer planmäßigen, auf Dauer ausgerichteten Tätigkeit.[3] Als nicht gewerblich tätiger Zusammenschluss ist die Arge eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.[4] Bei umfangreichen Bauvorhaben wird teilweise eine gewerbliche Tätigkeit der Arge bejaht und eine OHG angenommen.[5] Nach h.M. ist jedoch nicht der Umfang des Bauvorhabens entscheidend, sondern die Frage, ob sich der Zweck der Arge auf ein Bauvorhaben beschränkt (was regelmäßig der Fall ist) oder ob ausnahmsweise eine Vielzahl von Bauvorhaben durchgeführt werden sollen. Nur im letzteren Fall ist eine gewerbliche Tätigkeit zu bejahen.[6]

---

1 K. Schmidt ZIP 1997, 909, 914; Schön DB 1998, 1169.

2 Zur Abgrenzung Selbstständiger/Arbeitnehmer vgl. AS-Skript Arbeitsrecht (2019), Rn. 17 ff.

3 K. Schmidt DB 2003, 703, 704.

4 BGHZ 170, 206.

5 OLG Dresden DB 2003, 703; LG Bonn ZIP 2003, 2160.

6 MünchKommBGB/Ulmer Vor § 705 Rn. 43; K. Schmidt DB 2003, 703, 705; Schmitz EWiR 2004, 341, 342; OLG Karlsruhe BauR 2006, 1190; offengelassen in BGHZ 155, 240, 245; BGH NJW 2006, 2250.

11 ■ Ob für ein Gewerbe eine **Gewinnerzielungsabsicht** erforderlich ist, ist umstritten.

- Insbesondere nach der Rspr. muss die Tätigkeit **auf Gewinnerzielung gerichtet** sein, d.h. es muss die Absicht bestehen, einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben zu erzielen.[7] Ob tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet wird, ist dagegen unerheblich.[8] Bei einem Privatunternehmen wird die Gewinnerzielungsabsicht vermutet. Dagegen muss sie bei einem Unternehmen der öffentlichen Hand im Einzelfall festgestellt werden.
- In der Lit. wird vertreten, dass eine Gewinnerzielungsabsicht für den Gewerbebegriff entbehrlich sei.[9] Überwiegend wird dabei angenommen, dass anstelle der Gewinnerzielungsabsicht zu prüfen sei, ob eine **anbietende, entgeltliche Tätigkeit** am Markt gegeben ist.[10]
- Die Frage der Gewinnerzielungsabsicht hat nur geringe praktische Bedeutung. Sie ist zumeist für Unternehmen der öffentlichen Hand diskutiert worden, z.B. bei Eigenbetrieben einer Gemeinde (z.B. Stadtwerken)[11] oder der ehemaligen Bundesbahn.[12] Die Frage hat jedoch zunehmend an Bedeutung verloren, da öffentliche Unternehmen in der Regel als zivilrechtliche Gesellschaften (AG, GmbH) betrieben werden. Diese Gesellschaften sind Handelsgesellschaften und als solche gemäß § 6 Abs. 1 HGB Kaufleute, unabhängig von der Frage, ob sie ein Gewerbe betreiben.
- Für das Merkmal der gewerblichen Tätigkeit i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB (Unternehmereigenschaft) hat der BGH eine Gewinnerzielungsabsicht nicht für erforderlich gehalten; eine Entgeltlichkeit der Tätigkeit reicht hier aus.[13]

12 ■ Als „negatives Tatbestandsmerkmal" setzt der Begriff des Gewerbes voraus, dass die Tätigkeit **nicht** zu den **freien Berufen** gehört, die durch Tätigkeiten „höherer Art" geprägt sind. Diese Ausnahme rechtfertigt sich heute allein aus historischen Gründen und aus der sozialen Anschauung. Deshalb üben z.B. Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Architekten kein Gewerbe aus. Oftmals wird dies durch Spezialgesetze bestimmt.

§ 2 BRAO: „Der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus. Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe."; ähnlich § 1 Abs. 2 der Bundesärzteordnung, § 1 Abs. 4 des Zahnheilkundegesetzes, § 32 Abs. 2 des Steuerberatungsgesetzes u.a.

§ 18 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) und § 1 Abs. 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG) enthalten (identische) Aufzählungen freier Berufe. Die damit beschriebenen Begriffe gelten jedoch nur für die jeweiligen Gesetze.[14] Der Begriff der freien Berufe i.S.d. EStG und PartGG

7 OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120.

8 Zu § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F.: BGHZ 74, 273, 276; BGHZ 83, 382, 386; BGHZ 95, 155, 157; BGH NVwZ 1991, 606; zu § 1 HGB: BGHZ 114, 257, 258; GK/Ensthaler § 1 Rn. 2 b.

9 K. Schmidt § 9 IV 2 d, S. 288 ff.; Staub/Oetker § 1 Rn. 39; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 31; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 15 ff.; HK/Ruß § 1 Rn. 33; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas/Röhricht § 1 Rn. 50; EBJS/Kindler § 1 Rn. 27; Koller/Kindler/Roth/Morck § 1 Rn. 10; Canaris § 2 Rn. 14.

10 OLG Dresden DB 2003, 703; K. Schmidt § 9 IV 2 d, S. 288 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 28, 31; EBJS/Kindler § 1 Rn. 27; Koller/Kindler/Roth/Morck § 1 Rn. 10; Canaris § 2 Rn. 3.

11 BGH NVwZ 1991, 606.

12 BGHZ 95, 155.

13 BGHZ 155, 240, 245; BGH NJW 2006, 2250.

14 MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 36; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas/Röhricht § 1 Rn. 67 ff.; Koller/Kindler/Roth/Morck § 1 Rn. 13; GK/Ensthaler § 1 Rn. 6.

ist für das Handelsrecht zu weit. In § 18 Abs. 1 EStG und § 1 Abs. 2 PartGG sind z.B. Journalisten und Bildberichterstatter als freie Berufe genannt. Ein Pressebildservice ist aber ein Gewerbe und kein freier Beruf i.S.d. Handelsrechts. Auch Ingenieure sind nach § 18 Abs. 1 EStG, § 1 Abs. 2 PartGG den Freiberuflern zugeordnet, werden aber – bei Entwicklung und Vertrieb von Software – als Gewerbetreibende im Sinne des Handelsrechts angesehen.[15]

Aufgrund der Verkehrsanschauung unterfallen **wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeiten** ebenso wie die freien Berufe nicht dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff.[16]

Als wissenschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne wird nur die ursprüngliche wissenschaftliche Schöpfung angesehen, z.B. die Ausarbeitung von Gutachten und Vorträgen.[17] Die künstlerische Tätigkeit sollte zumindest einen gewissen gestalterischen Anspruch und eine „Einmaligkeit" haben, die z.B. bei einem Siebdruck noch gewahrt ist, aber beim Kunstgewerbe fehlt.

- Fraglich ist, ob und inwieweit die Tätigkeit **„erlaubt"** sein muss. Aus § 7 HGB ergibt sich, dass eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis nicht als Voraussetzung für ein Gewerbe angesehen werden kann. Umstritten ist, ob der Gewerbebegriff ein „Erlaubtsein" in dem Sinne voraussetzt, dass die in dem Betrieb typischerweise abgeschlossenen Geschäfte nicht gesetzeswidrig oder sittenwidrig (§§ 134, 138 BGB) sein dürfen. **13**
  - Nach der traditionellen und wieder zunehmend vertretenen Lehre muss die beabsichtigte gewerbliche Tätigkeit den Abschluss rechtlich wirksamer Verträge zum Gegenstand haben. Gewerbsmäßiger Wucher, Hehlerei und Schmuggel begründen danach kein Gewerbe.[18]
  - Die Gegenansicht bejaht auch bei einer gesetzes- oder sittenwidrigen Tätigkeit ein Gewerbe. Der Gewerbebegriff sei nicht dazu da, „Gut und Böse" zu trennen. Im Übrigen sei der Streit eher akademisch. Die Prüfung, ob ein nach § 134 BGB nichtiger Kaufvertrag ein Handelskauf sei, mache keinen Sinn. Auch würden z.B. Streitigkeiten zwischen Waffenhändlern wohl kaum vor den Kammern für Handelssachen ausgetragen.[19]

II. Handelsgewerbe nach §§ 1 und 2 HGB

Nach § 1 Abs. 2 HGB ist **jeder Gewerbebetrieb** ein Handelsgewerbe, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb nicht erfordert (Kleingewerbe). **14**

Gemäß § 2 HGB gilt jedes **im Handelsregister eingetragene** gewerbliche Unternehmen als Handelsgewerbe, selbst wenn es „nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist", d.h. auch dann, wenn es sich um ein Kleingewerbe handelt, das nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Kleingewerbe sind grundsätzlich nicht kaufmännisch, sie können sich aber im Handelsregister eintragen lassen.

15 BayObLG NJW-RR 2002, 968; kritisch Siems NJW 2003, 1296, 1297.

16 MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 32; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 19; K. Schmidt § 9 IV 2 a cc, S. 282.

17 MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 33.

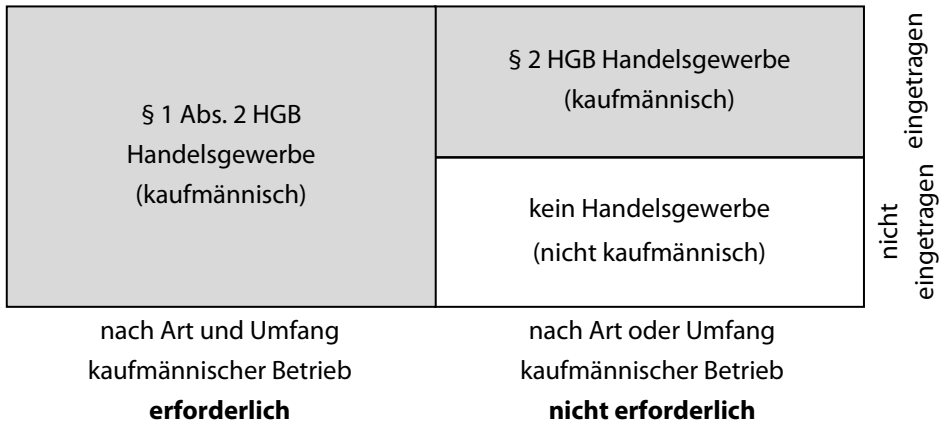
18 HK/Ruß § 1 Rn. 38; GK/Ensthaler § 1 Rn. 9; Staub/Oetker § 1 Rn. 42; Brox/Henssler Rn. 27; für strafbare Handlungen Koller/Kindler/Roth/Morck § 1 Rn. 11.

19 K. Schmidt § 9 IV 2 b cc, S. 286; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 29; EBJS/Kindler § 1 Rn. 31; Canaris § 2 Rn. 13; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 21.

Hieraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

- Ist das Unternehmen im Handelsregister eingetragen?
- Falls nicht: Ist nach Art und Umfang ein kaufmännischer Betrieb erforderlich?

Gewerbebetriebe



Für die Frage, ob ein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, unterscheidet das Gesetz zunächst danach, ob **Art und Umfang** einen kaufmännischen Betrieb erfordern.

Unter einem in „kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb" sind diejenigen Einrichtungen zu verstehen, die ein Kaufmann für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung benötigt.

Dazu gehören beispielsweise die kaufmännische Buchführung, Inventarerrichtung, Bilanzerstellung, Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz; also das, was notwendig ist, um einen Betrieb übersichtlich und zuverlässig abwickeln zu können.

15 Ein Gewerbetreibender ist demnach bereits dann kein Kaufmann, wenn sein Betrieb entweder nur der Art oder aber nur dem Umfang nach eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert. Ist eine solche sogar nach Art und Umfang nicht erforderlich, so ist er erst recht kein Kaufmann.

Kriterien für die (Nicht-)Erforderlichkeit eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes

Art	**Umfang**
■ Vielfalt des Geschäftsgegenstandes ■ Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge ■ Inanspruchnahme von Kredit- oder Teilzahlungen ■ Erhebliche Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr ■ Bilanzierung ■ Umfang der Geschäftskorrespondenz ■ Art und Weise der betrieblichen Organisation	■ Umsatz ■ Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens ■ Anzahl der Betriebsstätten und deren Größe ■ Anzahl der Beschäftigten ■ Lohnsumme

Die genannten Kriterien sind nur Anhaltspunkte, letztlich entscheidend ist die Würdigung des **Gesamtbildes** des gewöhnlichen Geschäftsablaufes in dem betroffenen Gewerbebetrieb.[20] Häufig ist ein entscheidendes Kriterium, ob die Geschäftsvorgänge so komplex sind, dass eine kaufmännische Buchführung erforderlich ist.

Beispiele:

1. Ein Dönerimbiss mit einem Jahresumsatz vom 240.000 €, Abwicklung sämtlicher Geschäfte im Barverkehr und keinem Lieferantenkreis erfordert keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb. [21]

2. Das Unternehmen eines Optikers mit einem Jahresumsatz von 90.000 € erfordert einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb, wenn die Abwicklung der Geschäftsvorgänge kompliziert ist, weil mit verschiedenen Krankenkassen für ca. 2.000 Kunden abgerechnet werden muss und eine unbare verzögerte Zahlungsweise üblich ist.[22]

Materiell-rechtlich liegt demnach kein Handelsgewerbe vor, wenn ein Kleingewerbe nicht eingetragen ist. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist aber, dass mit der Formulierung „es sei denn" demjenigen die Darlegungs- und Beweislast auferlegt wird, der sich auf das Vorliegen eines Kleingewerbes berufen will. Für die Rechtsanwendung kann man daher davon ausgehen, dass **jeder Gewerbetreibende Kaufmann** ist.[23] Nur wenn ein Sachverhalt Angaben über Art und Umfang des Gewerbebetriebes enthält, ist zu prüfen, ob danach ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb nicht erforderlich ist. **16**

Fall 1: Bürgschaft

Der Bäckermeister B ist nicht im Handelsregister eingetragen. Für die Darlehensschuld seines Bruders D gibt B der G-Bank gegenüber schriftlich eine Bürgschaftserklärung ab. Nach einigen Monaten nimmt G den B in Anspruch. B wendet ein, G müsse sich zunächst an D halten. Er sei kein Kaufmann. Der Betrieb des B hat einen Jahresumsatz von 500.000 €. Die von B mit einem Gesellen und zwei Lehrlingen hergestellten Backwaren werden von seiner Ehefrau und der Tochter in der im Haus des B befindlichen Bäckerei verkauft. Die Bäckerei wird nur von zwei Lieferanten versorgt. Die Abrechnung mit diesen erfolgt teils durch Barzahlung, teils durch Banküberweisung. Teilzahlungs- oder Wechselgeschäfte werden nicht getätigt.

Anspruch der G-Bank gegen B aus Bürgschaft gemäß § 765 Abs. 1 BGB **17**

I. G und B haben sich wirksam darüber geeinigt, dass B verpflichtet sein sollte, für die Erfüllung der Darlehensschuld des D einzustehen. Ob die Bürgschaftserklärung der Form des § 766 BGB bedarf oder dies gemäß § 350 HGB entbehrlich ist, kann offenbleiben, da die Schriftform eingehalten wurde.

II. Grundsätzlich kann der Bürge jedoch die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (§ 771 BGB, Einrede der Vorausklage). Diese Einrede steht dem B jedoch nach § 349 HGB nicht zu, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsge-

20 OLG Dresden NJW-RR 2002, 33; OLG Brandenburg, Urt. v. 04.04.2007 – 7 U 170/06, BeckRS 2009, 05899; Kaiser JZ 1999, 495.

21 KG, Urt. v. 21.10.2002 – 8 U 255/01, BeckRS 2002, 30288780.

22 OLG Hamm OLGZ 1969, 131.

23 Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas/Röhricht § 1 Rn. 126 ff.; Mönkemöller JuS 2002, 30 ff.

schäft darstellt. Handelsgeschäfte sind nach § 343 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Fraglich ist, ob B ein Kaufmann ist.

1. B betreibt ein **Gewerbe** i.S.d. § 1 HGB.

2. Da B nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist er gemäß § 1 Abs. 2 HGB kein Kaufmann, wenn sein Betrieb nach **Art oder Umfang** einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

   a) Bei der Bäckerei des B handelt es sich dem Umfang nach um einen einfach strukturierten Familienbetrieb. Die Betriebsräume sind im Wohnhaus des B und neben einem Gesellen und zwei Lehrlingen sind nur die Ehefrau und die Tochter beschäftigt. Doch der Umsatz i.H.v. 500.000 € ist erheblich und erfordert regelmäßig kaufmännische Einrichtungen.

   b) Dennoch ist B kein Kaufmann, wenn der Betrieb seiner Art nach keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert. Da der B die Waren nur von zwei Lieferanten bezieht und sie regelmäßig sofort aus eigenen oder aus Mitteln eines eingeräumten Kredits bezahlt, ist die Betriebsführung insoweit einfach und durchsichtig. Die Weiterveräußerung erfolgt überwiegend gegen Barzahlung, sodass eine einfache Gewinn- und Verlustrechnung einen hinreichenden Überblick über die finanzielle Lage des Betriebes gewährt. Zudem ist keine umfangreiche Lohnbuchhaltung geboten, sodass bei Würdigung des Gesamtbildes des gewöhnlichen Geschäftsablaufes die Art des Betriebes keinen kaufmännisch eingerichteten Betrieb erfordert.

   B ist kein Kaufmann. Da § 349 HGB nicht eingreift, kann sich B auf die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB berufen.

III. Das Betreiben des Handelsgewerbes

18 **1.** Liegt ein Handelsgewerbe vor, so ist nach § 1 Abs. 1 HGB derjenige Kaufmann, der es „betreibt". Betreiber ist derjenige, in dessen Namen das Handelsgewerbe geführt wird und der aus den im Handelsgewerbe geschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet wird.[24]

Keine Kaufleute sind gesetzliche Vertreter, Insolvenzverwalter, Vorstandsmitglieder einer AG, mithin solche Personen, die Geschäfte im fremden Namen oder als Verwalter fremden Vermögens abschließen. Kaufmann ist vielmehr der Vertretene (auch der Minderjährige, vgl. § 112 BGB), der Insolvenzschuldner, die AG, die GmbH etc.

Irrelevant ist, für wessen Rechnung die Verträge abgeschlossen werden oder wem die Betriebsmittel gehören. Kaufmann ist demnach auch der Kommissionär, obwohl er Waren für fremde Rechnung kauft oder verkauft (§ 383 HGB); ebenso der Strohmann, der Pächter oder Nießbraucher.

24 Vgl. mit geringfügigen Unterschieden: Baumbach/Hopt § 105 Rn. 19 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 5; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas/Röhricht § 1 Rn. 73; GK/Ensthaler § 1 Rn. 10.

Insbesondere der **Geschäftsführer einer GmbH** ist kein Kaufmann im Sinne des HGB, da nicht er, sondern nur die GmbH das Handelsgewerbe betreibt. Nur die GmbH ist gemäß § 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 Abs. 1 HGB Kaufmann. Dies gilt sogar dann, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig auch Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der GmbH ist.[25] **19**

2. Bei den Handelsgesellschaften betreibt die Gesellschaft selbst das Gewerbe. Bei den **Gesellschaftern** ist zu unterscheiden: **20**

a) Keine Kaufleute sind die Gesellschafter der juristischen Personen (GmbH, AG, KGaA, Genossenschaft), da ausschließlich die juristische Person selbst das Handelsgewerbe betreibt.[26]

b) Für die **Gesellschafter** der Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) gilt Folgendes: **21**

aa) Kommanditisten, die für Verbindlichkeiten der KG nur beschränkt haften (§ 171 Abs. 1 HGB), sind keine Kaufleute.[27]

bb) Fraglich ist, ob die Gesellschafter einer OHG und die persönlich haftenden Gesellschafter einer KG (Komplementäre) das Handelsgewerbe betreiben und daher als Kaufleute anzusehen sind. Da die Handelsgesellschaften rechtsfähig sind, ist der Unternehmensträger die Gesellschaft selbst. Die in dem Handelsgewerbe geschlossenen Geschäfte werden im Namen der Gesellschaft geschlossen; diese ist auch die aus diesen Geschäften unmittelbar Berechtigte und Verpflichtete. Für die persönlich haftenden Gesellschafter, die danach eigentlich keine Kaufleute sind, werden jedoch wegen der persönlichen und unbeschränkten Haftung gemäß § 128 HGB die für Kaufleute geltenden Vorschriften (zumindest teilweise) entsprechend angewandt.[28]

B. Die Sonderregelung für Land- und Forstwirte, § 3 HGB

Land- und Forstwirte sind kraft Gesetzes grundsätzlich keine Kaufleute (§ 3 Abs. 1 HGB). Sie können sich jedoch optional in das Handelsregister eintragen lassen, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 3 Abs. 2 HGB). Das Gleiche gilt gemäß § 3 Abs. 3 HGB für Nebenbetriebe. Ein Land- oder Forstwirt, der von der Möglichkeit Gebrauch macht, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, wird als Kannkaufmann bezeichnet. Die Eintragung wirkt wie bei § 2 HGB konstitutiv. Die Eigenschaft als Kannkaufmann hat drei Voraussetzungen: **22**

- Es muss sich um ein land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen oder einen Nebenbetrieb (z. B. Molkerei) hierzu handeln.
- Das Unternehmen muss nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (§ 3 Abs. 2 HGB).
- Der Land- oder Forstwirt hat sich – freiwillig – ins Handelsregister eintragen lassen.

25 BGH BB 2006, 177.
26 BGH NJW-RR 1987, 42; BGH NJW-RR 1991, 757; BGHZ 121, 224, 228.
27 BGH NJW 1980, 1572, 1574; BGH NJW 1982, 569, 570; Baumbach/Hopt § 161 Rn. 5.
28 BGH NJW 1966, 1960; Baumbach/Hopt § 105 Rn. 19 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 67, 100.

§ 25 Abs. 1 S. 2 HGB: Voraussetzungen und Rechtsfolge

I. Handelsgeschäft

II. Erwerb unter Lebenden

III. Fortführung unter der bisherigen Firma
- Fortführung des Handelsgeschäfts
- Fortführung der Firma

IV. Einwilligung des bisherigen Inhabers in die Fortführung der Firma durch den Erwerber

V. Wirksamkeit der Abtretung
- Abtretungsverbote (z.B. §§ 399, 400, 613, 717 BGB)
- Formvorschriften (z.B. § 1154 BGB)

VI. Keine abweichende Vereinbarung gemäß § 25 Abs. 2 HGB

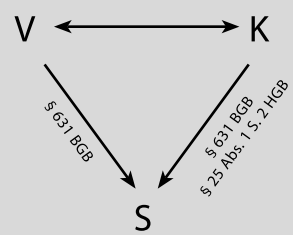
VII. Rechtsfolge: Forderungen gelten als übergegangen

Die Voraussetzungen I. bis III. sind identisch mit denen der Haftung gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 HGB.

Die abweichende Vereinbarung gemäß § 25 Abs. 2 HGB bezieht sich im Fall des § 25 Abs. 1 S. 2 HGB nicht auf den Ausschluss der Haftung, sondern darauf, dass die Forderungen nicht auf den Erwerber übergehen.

Umstritten ist, ob der Schuldner an den neuen Inhaber mit befreiender Wirkung leisten kann, wenn er Kenntnis von einem Ausschluss des Forderungsübergangs hat, dieser aber nicht gemäß § 25 Abs. 2 HGB im Handelsregister eingetragen oder dem Dritten unverzüglich mitgeteilt worden ist.

Fall 4: Ausgleich



Dem im Handelsregister unter der Firma „Michael V. e.K." eingetragenen V steht eine Werklohnforderung i.H.v. 12.000 € gegen S zu. Im Februar überträgt V sein Geschäft auf K, der mit Zustimmung des V die bisherige Firma weiterhin führt. Es wurde vereinbart, dass die Forderungen des Betriebes nicht auf K übergehen sollten. Eine Eintragung dieser Vereinbarung im Handelsregister erfolgte nicht.

Im Juni verlangt K von S Zahlung der 12.000 €. Von S befragt, teilt V mit, dass er mit K den Ausschluss des Forderungsübergangs vereinbart hat. S solle an ihn, den V, zahlen. S möchte wissen, an wen er zahlen muss.

Vertretung des Kaufmanns

Prokura, § 48 HGB

- Erteilung
  - Ausdrücklich, persönlich durch Geschäftsinhaber
  - Nur durch Kaufleute
  - Nur natürliche Person kann Prokurist sein
  - Deklaratorische Eintragung im Handelsregister
- Umfang: alle Geschäfte, die der Betrieb irgendeines Handelsgewerbes üblicherweise mit sich bringt; keine Beschränkung auf branchenübliche oder gewöhnliche Geschäfte
- Beschränkungen:
  - Veräußerungen und Belastungen von Grundstücken
  - Privatgeschäfte des Kaufmanns und Prinzipalgeschäfte
  - Einstellung und Veräußerung des Handelsgeschäfts
  - Beschränkungen kraft Rechtsgeschäfts:
    - Im Außenverhältnis grundsätzlich unbeschränkbar, § 50 Abs. 1 HGB
    - Gesamtprokura (echte, halbseitige, gemischte), § 48 Abs. 2 HGB
    - Filialprokura, § 50 Abs. 3 HGB

Handlungsvollmacht, § 54 HGB

- Erteilung nach §§ 167, 171 BGB: durch jeden Kaufmann, persönlich oder durch Bevollmächtigte
- Umfang: grundsätzlich frei vom Vollmachtgeber bestimmbar, aber Vermutung gesetzlich festgelegten Mindestinhalts zugunsten gutgläubiger Dritter, § 54 Abs. 3 HGB: alle gewöhnlichen Geschäfte eines derartigen Handelsgewerbes bzw. Geschäfts
  - **Generalhandlungsvollmacht**
  - **Arthandlungsvollmacht** für bestimmte Arten von Geschäften
  - **Spezialhandlungsvollmacht** für bestimmte Geschäfte
    Die Vermutung gilt nicht für Grundstücksveräußerung und -belastung, Wechselzeichnung, Darlehensaufnahme und Prozessführung (§ 54 Abs. 2 HGB), Prinzipal- und Privatgeschäfte.

Vertretungsmacht von Ladenangestellten, § 56 HGB

Nach h. M. gesetzlicher Fall der Anscheinsvollmacht, a. A.: echte rechtsgeschäftliche Vollmacht

- Laden: jede als Verkaufslokal benutzte Räumlichkeit
- Angestellter: wer mit Wissen und Wollen des Prinzipals im Laden mit dem Publikum verkehrt
- Übliche Verkäufe und Empfangnahmen, nicht Ankäufe
- Örtl. Zusammenhang zwischen Laden und Geschäftsabschluss
- Gutgläubigkeit analog § 54 Abs. 3 HGB

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf die Randnummern.

Abschlussprovision ... 158
Abtretungsverbot
§ 354 a HGB ... 271
Altberliner Bücherstube ... 44
Annahmeverzug ... 309 ff.
Art und Umfang des Gewerbes ... 14
Arthandlungsvollmacht ... 135
Aufbewahrungspflicht ... 335
Aufrechnung ... 348 ff.
Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters ... 161 ff.

Besitzgesellschaft ... 24
Bestätigungsschreiben
kaufmännisches ... 253
Bezirksvertreter ... 158
Branchennähe ... 69

Delkredere ... 159
Delkredereprovision ... 159

Eigenhändler ... 179
Erwerb vom Nichtberechtigten ... 254 ff.
Etablissementsbezeichnung ... 37

Fiktivkaufmann ... 30 ff.
Filialprokura ... 131
Firma ... 35 ff.
„Altberliner Bücherstube“ ... 44
„Euro-Spirituosen“ ... 50
„McDonald’s“ ... 67 ff.
„Meditec“ ... 51
„Video-Rent“ ... 44
Abgrenzung zur Marke ... 43
Begriffe der Alltagssprache ... 45
beschreibende Angaben ... 44
Rechtsformzusatz ... 55 f.
Schutz ... 65 ff.
Unterscheidungskraft ... 42 ff.
Verwechslungsgefahr ... 68 f.
Wortkombinationen ... 44
Firmenbeständigkeit ... 38, 57 ff.
Firmeneinheit ... 38, 60 ff.
Firmenfortführung ... 81 ff.
Forderungsübergang ... 97 ff.
Haftung ... 82 ff.
Firmengrundsätze ... 38, 64
Firmenöffentlichkeit ... 38, 64
Firmenschutz ... 65 ff.
§ 15 MarkenG ... 65 ff.
Unterscheidungskraft ... 67
Verwechslungsgefahr ... 68 f.
Firmenunterscheidbarkeit ... 38, 40 ff.
Firmenwahrheit ... 38, 47 ff.
Fixhandelskauf ... 316 ff.
Forderungsübergang
Ausschlussgrund ... 99
Formkaufleute ... 5
Fortführung der Firma ... 82 ff.
Frachtgeschäft ... 362 ff.
Frachtvertrag ... 363 ff.
Franchisenehmer ... 155, 176, 182 ff.
Franchising ... 183
freie Berufe ... 12
Freihaltebedürfnis ... 42

GbRmbH ... 49
Gelegenheitskommission ... 347
Generalhandlungsvollmacht ... 135
Gesamtprokura ... 127 ff.
Geschäftliche Bezeichnung
i.S.d. MarkenG ... 66
Gesellschaften als Kaufleute ... 23 ff.
Gewerbe ... 7 ff.
Gewinnerzielung ... 11
Gewinnerzielungsabsicht ... 11
Grundlagengeschäfte ... 124
Grundsatz der Selbstorganschaft ... 129

Handelsbrauch ... 245 ff.
Handelsfirma ... 35 ff.
Handelsgeschäft ... 2, 240 ff.
beiderseitig ... 242
einseitig ... 242
Erwerb vom Nichtberechtigten ... 254
Handelsgeschäfte
besondere ... 304 ff.
Handelsgesellschaften
AG ... 25, 27
EWIV ... 25
GmbH ... 25, 27
KGaA ... 25, 27
Handelsgewerbe ... 5 ff., 14 ff.
Art oder Umfang ... 17

Betreiben ... 18 ff.
Handelskauf ... 304 ff.
Annahmeverzug ... 309 ff.
Aufbewahrungspflicht ... 335
beiderseitiger ... 333
Rügeobliegenheit ... 319 ff.
Handelsklauseln ... 246
Handelsmakler ... 155, 174, 186 ff.
Pflichten ... 190
Handelsregister ... 192 ff.
Eintragungfehler ... 231
negative Publizität ... 201 ff.
Primärtatsache ... 204
Rechtsschein ... 223, 236
sekundäre Unrichtigkeit ... 213 ff.
Sekundärtatsache ... 204
Handelsvertreter ... 154 ff., 188
Ausgleichsanspruch ... 161 ff.
Pflichten ... 174
Provisionsansprüche ... 157 ff.
Handlungsvollmacht ... 134 ff.

Immobilienverwaltungs-
gesellschaft ... 24
Incoterms ... 247
Inhaberwechsel ... 81 ff.
kraft Erbfolge ... 105 ff.
rechtsgeschäftlich ... 82 ff.
Inhaberwechsel kraft Erbfolge
Haftungsausschluss ... 108
Inkassoprovision ... 159

Kaufmann ... 3
Fiktivkaufmann ... 30 ff.
Gesellschaften ... 23 ff.
Gesellschafter ... 21
Gewerbebegriff ... 7 ff.
Handelsgewerbe ... 14 ff.
Kleingewerbe ... 16
Kommanditisten ... 21
Kommissionär ... 18
Komplementäre ... 21
Land- und Forstwirte ... 22
Scheinkaufmann ... 33
Kennzeichnungseignung ... 40 f.
Kennzeichnungskraft ... 69
Kleingewerbe ... 24
Kommission
Aufrechnung ... 346 ff.
Ausführungsgeschäft ... 343
Selbsteintrittsrecht ... 342
Zwangsvollstreckung ... 354
Kommissionär ... 155, 337 ff.
Kommissionsagent ... 176 ff.
Kommissionsgeschäft ... 336 ff., 341
Kommissionsvertrag ... 338 ff.
Kontokorrent ... 274 ff.
Periodenkontokorrent ... 281
Pfändbarkeit ... 287 ff.
Saldoanerkenntnis ... 284 ff.
uneigentliches ... 275
Verrechnung ... 281 ff.

Ladenangestellte
Vertretungsmacht ... 146 ff.
Lagergeschäft ... 379
Land- und Forstwirte ... 22

Marke ... 43, 66
McDonald´s ... 67 ff.
Meditec ... 51

Namensschutz aus § 12 BGB ... 71
Notverkaufsrecht ... 335

Periodenkontokorrent ... 281
Primärtatsache ... 202, 204
Prinzipalgeschäft ... 124
Prioritätsgrundsatz ... 78
Prokura ... 118, 120 ff.
Erlöschen ... 132 f.
Umfang ... 123 ff.
Publizität
negative ... 200 ff., 218
positive ... 221 ff.

Rechtsformzusatz ... 55 f.
Rechtsschein ... 192 ff., 235 ff.
Rechtsscheinsgrundsätze ... 233 ff., 236
Rosinentheorie ... 217 ff.
Rügeobliegenheit ... 319 ff.
Offene Mängel ... 325
Qualitätsmängel ... 319 ff.
Versteckte Mängel ... 327

Sachfirma ... 51
Saldoanerkenntnis ... 284 ff.
Scheinkaufmann ... 33
Schweigen auf ein Angebot ... 249 ff.
Selbstbelieferungsvorbehalt ... 246
Selbstorganschaft ... 129
Shell.de ... 74 ff.
Spediteur ... 375 f.
Speditionsgeschäft ... 375 ff.

Spezialhandlungsvollmacht 135
Spezifikationskauf 315

Tagesguthaben 289

Überziehungskredit 289
Unterscheidbarkeit 70
Unterscheidungskraft ..... 40 ff.
  Begriffe der Alltagssprache 45
  beschreibende Bezeichnungen 44
  ursprüngliche 42
  Verkehrsgeltung 42

Veranlassungsprinzip 226, 233
Verrechnungsabrede 277
Vertragshändler ..... 155, 176, 179 ff.
Vertretungsmacht
  guter Glaube 260
Verwechslungsgefahr
  § 30 HGB 46
  i.S.d. Markenrechts ..... 68 f.
Video-Rent 44

Zeichenähnlichkeit 69
Zivilmakler 187
Zurückbehaltungsrecht
  kaufmännisches ..... 290 ff.
Zustellungssaldo 288
Zweigniederlassungen 63