

## **JURG** Übungen

**JURA**  
Juristische Ausbildung



# Übungen

herausgegeben von

Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, München

Prof. Dr. Hans-Uwe Erichsen, Münster

Prof. Dr. Klaus Geppert, Berlin

Prof. Dr. Philip Kunig, Berlin

Prof. Dr. Dr. h. c. Harro Otto, Bayreuth

Prof. Dr. Klaus Schreiber, Bochum

Walter de Gruyter · Berlin · New York

# Übungen im Handels- und Gesellschaftsrecht I: Handelsrecht

von

Lutz Michalski



Walter de Gruyter · Berlin · New York 1995

Dr. Lutz Michalski  
o. Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts-  
und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,  
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

**Michalski, Lutz:**  
Übungen im Handels- und Gesellschaftsrecht / Lutz Michalski. –  
Berlin ; New York : de Gruyter.  
(Jura : Übungen)  
1. Handelsrecht. – 1995  
ISBN 3-11-009914-4

© Copyright 1995 by Walter de Gruyter & Co., D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz: Datenkonvertierung durch Knipp Satz + Bild digital, Dortmund

Druck: Ratzlow Druck, Berlin

Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, Berlin

## Vorwort

Üblicherweise wird das Handelsrecht, ebenso wie das Gesellschaftsrecht, in einem frühen Semester, regelmäßig im dritten, als nur zweistündige Vorlesung angeboten. Spezialveranstaltungen zum Internationalen Handels- und Gesellschaftsrecht, zum Kapitalgesellschafts- und zum Konzernrecht sind dagegen, sofern sie überhaupt stattfinden, Studierenden der entsprechenden Wahlfachgruppe vorbehalten. An sie richtet sich dieses Buch nur noch insofern, als es um die Wiederholung der handelsrechtlichen Grundlagen geht. Für Studierende dagegen, die in ihrem Studium erstmals mit dem Handelsrecht konfrontiert werden, ist es als Leitfaden für die wichtigsten Problemkreise konzipiert, die Gegenstand einer zivilrechtlichen Klausur im Rahmen einer HGB-Übung oder im Referendarexamen sein können. Dabei steht der Aspekt der Anschaulichkeit im Vordergrund, wie allein schon die zahlreichen Übersichten und Skizzen dokumentieren. Durch ergänzende Fälle sowie Fragen zur Wiederholung und Vertiefung wird darüber hinaus die Möglichkeit geschaffen, den vorangegangenen Text zu wiederholen, was zugleich als Lernzielkontrolle gedacht ist.

Aufgrund der Betonung und vertieften Behandlung der in der kaufmännischen Praxis relevanten Fragestellung ist die Darstellung aber auch für Wirtschaftswissenschaftler im Rahmen ihrer Rechtsausbildung in der Vordiplomphase und für Studierende an Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien uneingeschränkt geeignet.

Dem vorliegenden Band zum Handelsrecht werden in Kürze die in derselben Weise konzipierten Übungen im Gesellschaftsrecht folgen.

Bayreuth im Dezember 1994

*Lutz Michalski*



## Inhaltsübersicht

	Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XV
	Literaturverzeichnis . . . . .	XVII
§ 1	Rechtssystematischer Standort des Handels- und Gesellschaftsrechts . . . . .	1
§ 2	Regelungsbereiche des HGB . . . . .	4
§ 3	Kaufmannseigenschaft (§§ 1 – 6) . . . . .	6
I.	Überblick . . . . .	6
II.	Arten des Kaufmanns . . . . .	8
III.	Erforderlichkeit eines in kaufmännischer Weise engerichteten Geschäftsbetriebes . . . . .	9
	1. Erläuterungen . . . . .	10
	2. Rechtsprechungsbeispiele . . . . .	12
IV.	Der Warenkaufmann und die Lohnfabrikation . . . . .	13
V.	Der Übergang vom minder- zum vollkaufmännischen Handelsgewerbe (und umgekehrt) . . . . .	14
V.	Fälle mit Kurzlösungen zum Kaufmannsbegriff . . . . .	15
VI.	Fragen zur Wiederholung und Vertiefung . . . . .	24
§ 4	Das Handelsregister (§§ 8 – 16) . . . . .	32
I.	Allgemeines . . . . .	32
II.	Die Publizitätswirkung des Handelsregisters (§ 15) . . . . .	34
III.	Fälle mit Kurzlösungen . . . . .	38
IV.	Fragen zur Wiederholung und Vertiefung . . . . .	44
§ 5	Grundsätze der Firmenbildung . . . . .	47
A.	Begriff . . . . .	47
B.	Abgrenzung . . . . .	47
C.	Arten der Firma (Begriffe) . . . . .	48
D.	Grundsätze des Firmenrechts . . . . .	48
I.	Firmenwahrheit (§ 18 Abs. 2) . . . . .	49
II.	Firmenausschließlichkeit (§ 30) . . . . .	50
III.	Firmeneinheit . . . . .	50

IV.	Firmenöffentlichkeit (§ 29) . . . . .	51
V.	Firmenbeständigkeit (§§ 21, 22, 24) . . . . .	52
	1. § 21: Namensänderung . . . . .	52
	2. § 22: Erwerb unter Lebenden oder von Todes wegen . . . . .	53
	3. § 24: Firma bei Änderungen im Gesellschafterbestand . . . . .	55
§ 6	Haftung/Gläubigerstellung bei Erwerb und Fortführung eines Handelsgeschäftes . . . . .	56
I.	§ 25 . . . . .	56
	1. Altgläubigerschutz (§ 25 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3) . . . . .	56
	2. Altschuldnerschutz (§ 25 Abs. 1 Satz 2) . . . . .	57
II.	§ 28 . . . . .	58
III.	Eintritt in eine bestehende OHG/KG . . . . .	58
IV.	§ 27 . . . . .	58
§ 7	Handelsfirma . . . . .	60
I.	Überblick . . . . .	60
	1. Einzelfirma (§ 18) . . . . .	60
	2. Firma einer OHG/KG (§ 19) . . . . .	60
	3. Firma der AG (§ 4 AktG) . . . . .	60
	4. Firma der GmbH (§ 4 GmbH) . . . . .	61
	5. Firma der KGaA (§ 279 AktG) . . . . .	61
	6. Firma der eG (§ 3 GenG) . . . . .	61
II.	Die Firma der OHG (§ 19 Abs. 1, 3 und 4) . . . . .	61
III.	Die Firma der KG (§ 19 Abs. 2 – 4) . . . . .	62
IV.	OHG/KG ohne natürliche Person als persönlich haftende Gesellschafter (§ 19 Abs. 5) . . . . .	64
§ 8	Schutz der Firma . . . . .	67
I.	Überblick . . . . .	67
	1. Öffentlich-rechtlich (§ 37 Abs. 1) . . . . .	67
	2. Zivilrechtlich . . . . .	67
II.	Einzelfälle . . . . .	68
	1. Firmengebrauch . . . . .	68
	2. Unzulässiger Gebrauch . . . . .	68
III.	Rechtsfolgen . . . . .	68
	1. § 37 I . . . . .	68
	2. § 37 II 1 . . . . .	69

§ 9	Fälle/Fragen zum Firmenrecht zur Wiederholung und Vertiefung . . . . .	76
I.	Fälle . . . . .	76
II.	Fragen zur Wiederholung und Vertiefung . . . . .	78
§ 10	Unselbständige Hilfspersonen des Kaufmanns . . . . .	83
A.	Einleitung . . . . .	83
B.	Der Handlungsgehilfe . . . . .	84
I.	Begriff und Abgrenzung . . . . .	84
II.	Rechte und Pflichten des Handlungsgehilfen (§§ 59 – 73) . . . . .	85
	1. Pflichten des Handlungsgehilfen . . . . .	85
	2. Pflichten des Prinzipals . . . . .	88
III.	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot (§§ 74 – 75 a) . . . . .	90
	1. Vertragliches Wettbewerbsverbot (§ 74) . . . . .	90
	2. Ausschluß der Entschädigungspflicht . . . . .	92
	3. Unwirksamwerden des Wettbewerbsverbots . . . . .	92
	4. Vertragsstrafe (§ 75 c) . . . . .	93
	5. Folgen der Verletzung der Wettbewerbsabrede . . . . .	93
IV.	Drittbeziehungen . . . . .	93
	1. Sperrabrede unter Arbeitgebern (§ 75 f) . . . . .	93
	2. Vertretungsmacht des Handlungsgehilfen . . . . .	94
C.	Die besonderen handelsrechtlichen Vollmachten . . . . .	95
I.	Arten und Umfang der Vertretungsmacht (allgemein) . . . . .	95
	1. Gesetzliche Vertretungsmacht . . . . .	95
	2. Organschaftliche Vertretungsmacht (Organ hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters) . . . . .	95
	3. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht . . . . .	96
II.	Überblick über die Voraussetzungen und den Umfang der besonderen handelsrechtlichen Vollmachten . . . . .	97
III.	Der gesetzliche Umfang der Handlungsvollmacht (HVM) . . . . .	98
	1. Arten der Handlungsvollmacht . . . . .	98
	2. Allgemeine Unterschiede zwischen Vollmacht (§ 167 Abs. 1 BGB) und Handlungsvollmacht (§ 54 Abs. 1) . . . . .	99
	3. Übersicht . . . . .	101
IV.	Musterklausuren . . . . .	102
V.	Fälle . . . . .	106
VI.	Fragen zur Wiederholung und Vertiefung . . . . .	113

§ 11	Selbständige Hilfspersonen des Kaufmanns . . . . .	120
A.	Einleitung . . . . .	120
B.	Handelsvertreter (§§ 84 – 92 c) . . . . .	121
I.	Rechtliche Ausgestaltung . . . . .	121
II.	Generalvertreter . . . . .	122
III.	Die Charakteristika des Handelsvertreters . . . . .	122
IV.	Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Handelsvertretervertrag . . . . .	123
V.	Weitere Probleme im Überblick . . . . .	124
	1. Innenverhältnis des Handelsvertretervertrages . . .	124
	2. Beendigung des Handelsvertretervertrages . . . . .	125
	3. Sondervorschriften . . . . .	125
	4. Verhältnis zu kartellrechtlichen Vorschriften . . . .	125
VI.	Die Vergütung der Leistungen des Handelsvertreters .	126
	1. Erfolgsabhängige Provision . . . . .	126
	2. Garantieprovision . . . . .	126
	3. Fixum . . . . .	126
	4. Überhangprovision . . . . .	126
	5. Nachträglicher Provisionsanspruch nach § 87 III .	127
	6. Provision aus künftig zustande kommenden Geschäften (§ 89 b) . . . . .	127
	7. Inkassoprovision (§ 87 IV/§ 55 III) . . . . .	127
	8. Delkredereprovision (§ 86 b) . . . . .	127
VII.	Der Provisionsanspruch nach §§ 87 – 87 c . . . . .	127
VIII.	Wegfall des Provisionsanspruchs bei Feststehen der Nichtleistung durch den Dritten (§ 87 a II, 1. Hs) . . .	128
IX.	Wettbewerbsverbote für Handelsvertreter – Vergleich mit Handlungsgehilfen . . . . .	129
X.	(Un-)selbständige Hilfspersonen des Kaufmanns als Abschluß- und/oder Vermittlungsvertreter mit rechtsgeschäftlicher Vollmacht . . . . .	130
C.	Handelsmakler (§§ 93 – 104) . . . . .	131
I.	Rechtliche Ausgestaltung . . . . .	131
	1. Auftraggeber-Makler . . . . .	132
	2. Makler-Dritter . . . . .	133
	3. Dritter – Auftraggeber . . . . .	133
II.	Rechte und Pflichten aus dem Handelsmaklervertrag .	133
	1. Handelsmakler . . . . .	133
	2. Auftraggeber . . . . .	134

III.	Voraussetzungen für den Provisionsanspruch . . . . .	134
IV.	Der Alleinauftrag . . . . .	136
D.	Einkaufs-/Verkaufskommissionär (§§ 383 – 406) . . .	136
I.	Rechtliche Ausgestaltung . . . . .	136
II.	Rechtliche Beziehungen der Beteiligten . . . . .	137
	1. Der Kommissionsvertrag . . . . .	137
	2. Das Ausführungsgeschäft . . . . .	138
	3. Das Abwicklungsgeschäft . . . . .	139
	4. Die dingliche Übertragung . . . . .	139
E.	Vertrags-/Eigenhändler . . . . .	140
I.	Rechtliche Ausgestaltung . . . . .	140
II.	Pflichten aus dem Vertragshändlervertrag . . . . .	140
III.	Vertragsbeendigung . . . . .	141
IV.	Anwendung der Handelsvertreter-Vorschriften auf den Vertragshändler . . . . .	141
F.	Unterscheidungskriterien für die vier selbständigen Hilfspersonen des Kaufmanns . . . . .	142
G.	Gegenstand und Art des Geschäfts bei den vier selbständigen Hilfspersonen des Kaufmanns . . . . .	143
H.	Fälle . . . . .	143
I.	Fragen zur Wiederholung und Vertiefung . . . . .	149
§ 12	Speditions-, Fracht- und Lagergeschäft . . . . .	151
A.	Das Speditionsgeschäft (§§ 407 – 415) . . . . .	151
I.	Rechtliche Beziehungen . . . . .	151
II.	Der Speditionsvertrag . . . . .	152
III.	Sonderfälle des Speditionsvertrages . . . . .	153
	1. Fixkostenspedition nach § 413 Abs. 1 . . . . .	153
	2. Sammelladung nach § 413 Abs. 2 . . . . .	153
IV.	Rechte und Pflichten des Spediteurs . . . . .	154
V.	Fälle . . . . .	155
B.	Das Lagergeschäft (§§ 416 – 424) . . . . .	156
I.	Rechtliche Beziehungen . . . . .	156
II.	Der Lagervertrag . . . . .	157
III.	Rechte und Pflichten des Lagerhalters . . . . .	157
IV.	Fall . . . . .	158
C.	Das Frachtgeschäft (§§ 425 – 452) . . . . .	159
I.	Rechtliche Beziehungen . . . . .	159
II.	Der Frachtvertrag . . . . .	159

III.	Rechte und Pflichten des Frachtführers . . . . .	160
IV.	Haftung des Frachtführers (§§ 429 – 432) . . . . .	161
	1. Haftungsbegründung (§ 429 Abs. 1) . . . . .	161
	2. Haftung für Hilfspersonen (§ 431) . . . . .	162
	3. Haftungsumfang (§ 430) . . . . .	162
	4. Haftung für den Unterfrachtführer (§ 432) . . . . .	163
	5. Haftung aus §§ 823 und 831 BGB . . . . .	163
V.	Fälle . . . . .	163
§ 13	Allgemeine Vorschriften für Handelsgeschäfte (§§ 343 – 372) . . . . .	165
A.	Einführung . . . . .	165
B.	Handelsbrauch . . . . .	166
I.	Typische Handelsklauseln . . . . .	166
II.	Schweigen im kaufmännischen Verkehr . . . . .	168
	1. Grundsatz . . . . .	168
	2. Rechtlich relevantes Schweigen . . . . .	168
	3. Genehmigungs-/Annahmefiktion . . . . .	170
	4. Erklärungsfiktionen im HGB . . . . .	171
	5. Genehmigungsfiktionen nach §§ 377 Abs. 2 und 3, 378 . . . . .	173
	6. Erklärungsfiktionen nach Treu und Glauben . . . . .	174
C.	Laufende Rechnung/Kontokorrent (§ 355) . . . . .	177
I.	Voraussetzungen . . . . .	178
II.	Arten . . . . .	178
III.	Wirkung der Saldierung . . . . .	179
IV.	Verjährung . . . . .	179
D.	Gutgläubiger Erwerb (§ 366) . . . . .	180
I.	Der Gutgläubensschutz im Zivilrecht . . . . .	180
II.	Gutgläubiger Erwerb im Handelsrecht . . . . .	180
	1. Zweck und Anwendungsbereich . . . . .	180
	2. Voraussetzungen . . . . .	181
	3. Anwendung bei fehlender Vertretungsmacht . . . . .	181
	4. Gutgläubensschutz bei gesetzlichem Pfandrecht (§ 366 Abs. 3) . . . . .	182
E.	Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 – 371) . . . . .	182
I.	ZbR nach § 273 BGB . . . . .	182
	1. Gegenseitigkeit . . . . .	182

	2. Konnexität der Forderungen . . . . .	183
	3. Durchsetzbarkeit . . . . .	184
	4. Anwendbarkeit . . . . .	185
	5. Ausschluß des ZbR . . . . .	185
	6. Rechtsfolgen . . . . .	185
II.	Kaufmännisches ZbR . . . . .	185
F.	Fälle mit Kurzlösungen . . . . .	186
G.	Fragen zur Wiederholung und Vertiefung . . . . .	193
§ 14	Handelskauf (§§ 373 – 382) . . . . .	196
A.	Einführung . . . . .	196
B.	Annahmeverzug des Käufers (§§ 373, 374) . . . . .	196
C.	Der Bestimmungskauf (§ 375) . . . . .	197
I.	Anwendungsbereich . . . . .	197
II.	Voraussetzungen für die Ausübung der Rechte aus § 375 . . . . .	197
III.	Die Rechte des Verkäufers . . . . .	198
	1. Selbstspezifikation . . . . .	198
	2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt . . . . .	198
D.	Fixhandelskauf (§ 376) . . . . .	199
E.	Gewährleistung (§§ 377, 378) . . . . .	202
I.	Einführung . . . . .	202
II.	Schlechtleistung und Falschlieferung beim beiderseitigen Handelskauf . . . . .	204
III.	Untersuchungspflicht bei § 377 . . . . .	204
	1. Umfang der Rügepflicht . . . . .	204
	2. Ordnungsgemäße Untersuchung . . . . .	205
	3. Einzelfälle . . . . .	207
	4. Beispiele aus der Rechtsprechung . . . . .	209
IV.	Genehmigungsfähigkeit einer qualitativen/quantitativen Falschlieferung . . . . .	211
V.	Übersicht über die Rechtsfolgen bei Schlecht-, Falsch- und Minderlieferung nach BGB und HGB . . . . .	212
VI.	Übersicht über die Rechtsfolgen bei Mehrlieferung nach BGB und HGB . . . . .	213
F.	Musterklausuren zum Handelskauf (§§ 377, 378) . . . . .	214
G.	Fälle mit Kurzlösungen . . . . .	219

H.	Fragen zur Wiederholung und Vertiefung . . . . .	225
§ 15	Musterklausuren (Referendarexamen) . . . . .	229
	Stichwortverzeichnis . . . . .	258

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
anf.	anfänglich
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
cic	culpa in contrahendo
d.h.	das heißt
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
f, ff	(fort)folgende
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Handelsregister
Hs.	Halbsatz
HTWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
HV	Handelsvertreter
HVM	Handlungsvollmacht
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
idR	in der Regel
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
Kfz	Kraftfahrzeug
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht

LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
oä	oder ähnlich(e)
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte
PHG	Produkthaftungsgesetz
pVV	positive Vertragsverletzung
RG	Reichsgericht, Rechtsgeschäft
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite, Satz
s.o.	siehe oben
ScheckG	Scheckgesetz
sog.	sogenannt(e)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
str.	strittig
UHG	Umwelthaftungsgesetz
uU	unter Umständen
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VM	Vollmacht
Vor.	Vorbemerkung
Warn(Rspr.)	Rechtsprechung des Reichsgerichts, gesammelt von Warneyer
WE	Willenserklärung
WettbAbrede	Wettbewerbsabrede
WG	Wechselgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZbR	Zurückbehaltungsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

## Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf/Duden, Konrad/Hopt, Klaus: Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht (Kommentar), 29. Auflage, München 1995 (zitiert: Baumbach/Duden/Hopt)
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Werner: Wechsel- und Scheckgesetz, 17. Auflage, München 1990 (zitiert: Baumbach/Hefermehl)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Habilitation München 1970
- Canaris, Claus-Wilhelm: Festschrift für Wilburg, 1975
- Capelle, Karl-Hermann/Canaris, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, 21. Auflage, München 1989
- Heymann, Ernst: Handelsgesetzbuch (Kommentar), Berlin – New York 1989 ff. (zitiert: Heymann/Bearbeiter)
- HGB-RGRK: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von den Mitgliedern des Reichsgerichts, 4. Auflage, Berlin 1983 ff. (zitiert: Staub/Bearbeiter)
- Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 16. Auflage, Köln – Berlin – Bonn – München 1993
- Münchener Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage, München 1984 ff., 3. Auflage, München 1993 ff. (zitiert: MüKo/Bearbeiter)
- Schlegelberger: Handelsgesetzbuch (Kommentar), 5. Auflage, München 1973 ff. (zitiert: Schlegelberger/Bearbeiter)
- Schmidt, Karsten: Handelsrecht, 4. Auflage, Köln – Berlin – Bonn – München 1994



## §1 Rechtssystematischer Standort des Handels- und Gesellschaftsrechts

I. Das grundsätzlich für alle natürlichen und juristischen Personen gleichermaßen geltende allgemeine Gesetz (= *lex generalis*) ist das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB). Es wird durch bestimmte Nebengesetze ergänzt, wie z.B. Verfahrensgesetze (ZPO, FGG, GBO) und Verbraucherschutzgesetze (AGBG, HTWG, VerbrKrG, PHG, UHG). Aber schon dieser generelle Bereich weist zwei für den rechtssystematischen Standort des Handels- und Gesellschaftsrechts wichtige Besonderheiten auf, nämlich:

1. Das BGB enthält dem Gesellschaftsrecht zugeordnete Rechtsmaterien:

- a. §§ 21 ff: rechtsfähiger/nicht rechtsfähiger Verein
- b. §§ 705 ff: Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder BGB-Gesellschaft

2. Bestimmte Nebengesetze gelten nicht für Kaufleute bzw. sind auf diese besondere Personengruppe aus dem Bereich der natürlichen und juristischen Personen nur eingeschränkt anwendbar.

- a. Nach § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG gelten dessen §§ 2, 10-12 nicht für gegenüber einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes (§§ 343, 344 Abs. 1) verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen.
- b. Für die Nichtanwendbarkeit des HTWG reicht es nach § 6 Nr. 1 dagegen schon aus, daß „der Kunde den Vertrag in Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit abschließt oder die andere Vertragspartei nicht geschäftsmäßig handelt.“ Es wird also nicht erst an die engere Voraussetzungen erfordernde Kaufmannseigenschaft angeknüpft. Entsprechendes gilt für das VerbrKrG.
- c. Nach § 1 Abs. 1 VerbrKrG ist dieses Gesetz nur auf Kredit(vermittlungs)verträge anwendbar, die in Ausübung einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit mit einer natürlichen Person abgeschlossen worden sind, sofern diese den Vertrag nicht für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit abschließt.

II. Soweit das BGB und seine Nebengesetze für Kaufleute nicht für unanwendbar erklärt worden sind, gelten sie auch im kaufmännischen Verkehr, es sei denn, sie werden durch speziellere Gesetze (*leges speciales*) verdrängt. Derartige ein Sonderprivatrecht für Kaufleute schaffende Gesetze sind neben dem HGB insbesondere das GmbHG und das AktG. Weiterhin zählen dazu das regelmäßig an ein Handeln im kaufmännischen Verkehr anknüpfende UWG und das die Unternehmenseigenschaft voraussetzende GWB, während das ScheckG und WG zwar für den kaufmännischen Verkehr geschaffen worden sind, zumindest aber der Wechsel auch unter Nichtkaufleuten vorkommt. Ein Scheck dagegen soll nur auf einen Bankier gezogen werden (Art. 3 Satz 1, 54 ScheckG), was allerdings keine Gültigkeitsvoraussetzung für die Scheckverpflichtung ist (Art. 3 Satz 2 ScheckG).

Das „Grundgesetz des Kaufmanns“, das HGB, enthält das BGB und einzelne Nebengesetze ergänzende oder auch (nur) modifizierende Regelungen, die den Kaufmann entweder günstiger oder schlechter stellen. Soweit ein im allgemeinen Gesetz normiertes Rechtsproblem allerdings nicht auch Gegenstand des Sonderprivatrechts ist, gelten für Kaufleute die *leges generales*. Sie finden, wie es in Art. 2 Abs. 1 EGHGB ausdrücklich niedergelegt worden ist, im kaufmännischen Verkehr subsidiäre Anwendung. Die Anzahl solcher Regelungsbereiche ist groß, dennoch gibt es nicht wenige Rechtsmaterien, die im BGB, also unter Privaten, anders geregelt sind als für den kaufmännischen Verkehr, was durch die nachfolgende *Übersicht* veranschaulicht wird.

Übersicht: Modifizierung des BGB durch das HGB

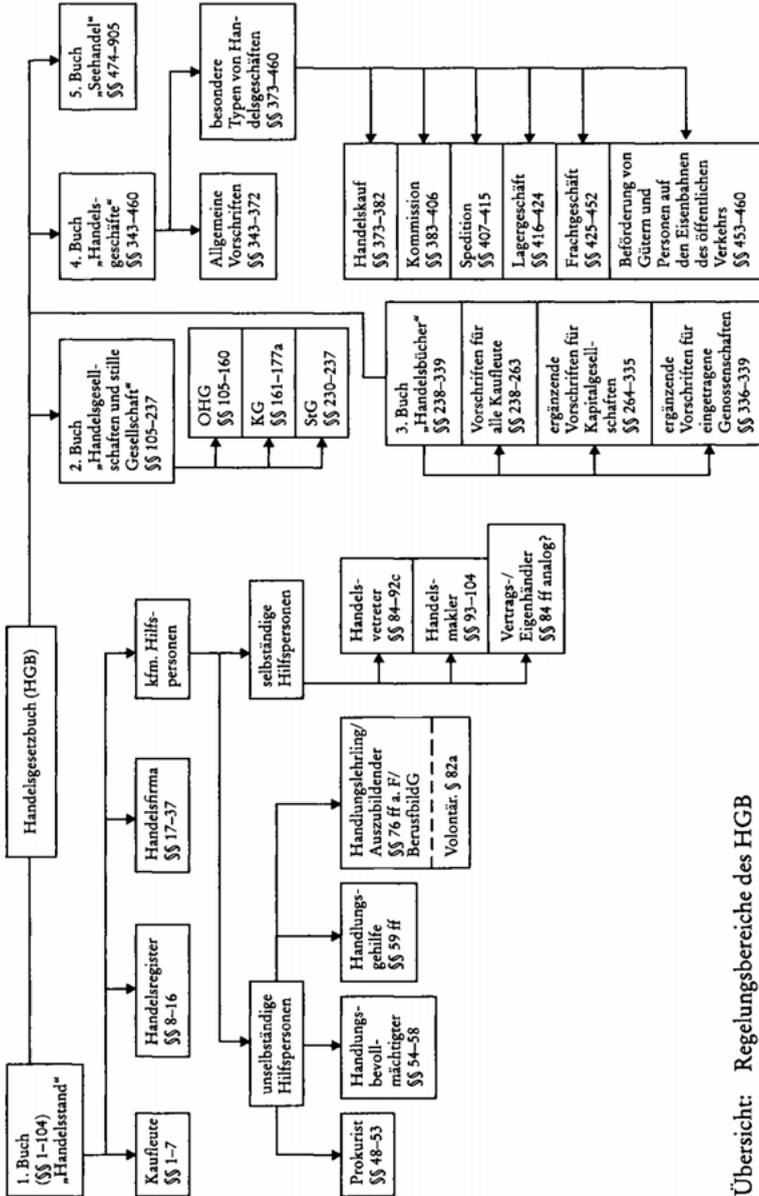
Prinzip	Privatseite (BGB)	Kaufseite (HGB)	Regelungsbereich
1. Prinzip der Entgeltlichkeit	<p>§§ 612 I, 652 I, 653 I, 689</p> <p>§ 288 I 1 (Verzugszinsen)</p> <p>§ 288 I 1: 4 %</p> <p>II: § 286 I</p> <p>§ 675</p>	<p>354 (bei jeder Geschäftsbesorgung)</p> <p>§ 353 (ab Fälligkeit)</p> <p>§ 352: 5 %</p> <p>§ 87: Handelsvertreter</p> <p>§ 99: Handelsmakler</p> <p>§ 348 (-)</p> <p>§ 349 (-) (§ 351)</p> <p>§ 350 (-)</p>	<p>Provision</p> <p>Zinsen</p> <p>Zinssatz</p> <p>entgeltliche Tätigkeit kaufmännischer Hilfspersonen</p> <p>Herabsetzung einer Vertragsstrafe Einrede der Vorausklage</p> <p>Schriftform</p>
2. Verzicht auf Schutzvorschriften des BGB	<p>§ 343 (+)</p> <p>§ 771 (+)</p> <p>Bürgschaft: § 766</p> <p>Schuldversprechen: § 780</p> <p>Schuldnerkenntnis: § 781</p> <p>VerbrKrG</p> <p>AGB-Gesetz (AGBG)</p> <p>HITWG</p>	<p>§ 11 VerbrKrG</p> <p>§ 24 Nr. 1 AGB-Gesetz (AGBG)</p> <p>§ 6 Nr. 1 HITWG</p>	<p>Anwendbarkeit von Verbraucherschutzgesetzen</p>
3. Typisierung von Rechtsinstanzen	<p>§ 167 (wird durch das Innenverhältnis bestimmt)</p>	<p>§§ 49, 50 I: Prokura</p> <p>§ 54: Handlungsvollmacht</p>	<p>Umfang der Vertretungsmacht</p>
4. Transparenz kaufmännischer Organisationsakte		<p>§§ 8 ff (einzutragen z.B.: §§ 29, 53, 106, 107, 125 IV, 143, 148, 157)</p> <p>§ 15</p>	<p>Einrichtung eines Handelsregisters</p>
5. Erweiterung des Vertrauensschutzes	<p>§§ 932 ff</p> <p>§§ 892 f (s. aber § 2365 f)</p>	<p>§ 366</p>	<p>Publizität des Handelsregisters</p> <p>Gutgläubiger Erwerb</p>
6. Zügigkeit des kaufmännischen Geschäftsverkehrs	<p>§§ 326, 361</p> <p>§ 273</p> <p>Schweigen ist grundsätzlich keine W/E</p>	<p>§§ 377, 378</p> <p>§ 376</p> <p>§ 373</p> <p>§§ 369 ff</p> <p>§ 362 kaufmännisches Bestätigungsschreiben</p>	<p>Rümpflicht</p> <p>Fixhandelskauf</p> <p>Selbsthilfeverkauf bei Annahmeverzug</p> <p>Zurückbehaltungsrecht</p> <p>Schweigen im kaufmännischen Verkehr</p>

## §2 Regelungsbereiche des HGB

Entsprechend der in der Einleitung schon erfolgten Ankündigung ist die nachfolgende Darstellung auf die für die Ausbildung und das Referendarexamen wichtigen Regelungsmaterien beschränkt worden. Nicht behandelt werden das 3. Buch (Handelsbücher), das Gegenstand spezieller Veranstaltungen zur Buchführung und Bilanzierung ist, sowie das 5. Buch (Seehandel). Aus den verbleibenden 3 Büchern, nämlich dem

1. Buch: Handelsstand
2. Buch: Handelsgesellschaften und Stille Gesellschaft
4. Buch: Handelsgeschäfte

werden Schwerpunkte gesetzt, was dazu führt, daß einzelne Gebiete (wesentlich) kürzer dargestellt werden. Betroffen davon sind der Handlungslehrling/Auszubildende sowie die Spedition, das Lager- und das Frachtgeschäft. Das 2. Buch wird allerdings im Zusammenhang mit den anderen im BGB und einzelnen Sondergesetzen geregelten Gesellschaftsformen erst im 2. Teilband (Gesellschaftsrecht) dargestellt.



Übersicht: Regelungsbereiche des HGB

### §3 Kaufmannseigenschaft (§§ 1 – 6)

#### I. Überblick

Die Kaufmannseigenschaft bildet das Einstiegstor in das HGB. Kaufmann ist nach § 1 Abs. 1 derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt. Gewerbe ist dabei jede erlaubte, auf Dauer angelegte, selbständige Tätigkeit, die auf Gewinnerzielung gerichtet ist, und *Handelsgewerbe* sind die in §§ 1 Abs. 2; 2-6 geregelten Tatbestände. Das „Betreiben“ erfaßt nicht nur die unmittelbare Ausübung des Unternehmens, sondern auch Vorbereitungsgeschäfte, und endet erst bei dessen endgültiger Einstellung oder Löschung im Handelsregister. Die Handelsgewerbe und damit die unterschiedlichen Arten der Kaufleute sind in den §§ 1 Abs. 2; 2-6 geregelt. Dabei ist zu beachten, daß sich die Kaufmannseigenschaft einer natürlichen oder juristischen Person bzw. einer OHG/KG kumulativ aus mehreren Vorschriften ergeben kann. Zwar kann jemand entweder nur Muß- (§ 1), Soll- (§ 2) oder Kannkaufmann (§ 3) sein. Es kann jedoch gleichzeitig die Formkaufmannseigenschaft nach § 6 Abs. 2 und/oder die des Fiktivkaufmanns nach § 5 (Kaufmann kraft Eintragung) begründet sein.

Üblicherweise prüft man im praktischen Fall zunächst den einfach festzustellenden Begriff des Formkaufmanns und, falls dieser erfüllt ist, ergänzend die §§ 1-3. Liegt § 6 Abs. 2 dagegen nicht vor, sind schwerpunktmäßig die §§ 1-3 zu prüfen. Bei umfangreicher, schwieriger Prüfung kann man diese abbrechen und damit das Ergebnis insoweit offenlassen, wenn § 5 HGB vorliegt. Der Fiktivkaufmann ist ein Unterfall des Scheinkaufmanns i.w.S. Zu dieser Kategorie gehört weiterhin der Kaufmann kraft allgemeinen Rechtsscheins, der sich in die beiden Gruppen des § 15 Abs. 1 und des Scheinkaufmanns i.e.S. untergliedern läßt. Jedenfalls diese Fälle bilden stets erst die 3. Prüfungsstufe.

Die Feststellung der Kaufmannseigenschaft gestaltet sich manchmal recht schwierig, was darin begründet liegt, daß die einzelnen Vorschriften der §§ 1-3, 5 + 6 unterschiedliche Voraussetzungen

aufstellen und entweder eine Eintragungspflicht oder nur das Recht zur Eintragung bei konstitutiv (rechtsbegründend) oder nur deklaratorisch (rechtserklärend) wirkender Eintragung normieren. Zudem besteht das oft verkannte Problem der Zuordnung des Minderkaufmanns (§ 4 Abs. 1), der keine weitere Alternative zum Form-, Muß-, Soll-, Kann- und Scheinkaufmann darstellt, sondern lediglich im Rahmen des § 1, also beim Mußkaufmann, anwendbar ist. Der Mußkaufmann ist damit entweder Voll- oder Minderkaufmann, während alle anderen Arten des Kaufmanns zwingend Vollkaufleute sind, allerdings mit einer weiteren Einschränkung: Der Scheinkaufmann i.e.S. ist auch nur Minderkaufmann, wenn der Handelnde als solcher und nicht, was natürlich auch möglich ist, als Vollkaufmann auftritt.

Die Differenzierung nach Voll- und Minderkaufleuten ist aber deshalb von erheblicher Bedeutung, weil einzelne Vorschriften des HGB auf Minderkaufleute nicht anwendbar sind.

*Beispiele:*

Nach § 4 Abs. 1 führen nur Vollkaufleute eine Firma und Handelsbücher und können einen Prokuristen bestellen.

Eine OHG/KG kann nach §§ 4 Abs. 1 und 2, 105 Abs. 1 nur auf vollkaufmännischer Basis errichtet werden.

Die §§ 348 – 350 sind wegen § 351 auf Minderkaufleute nicht anwendbar.

Eine weitere Unterscheidung ist im Hinblick auf den Anwendungsbereich des HGB noch zu beachten. Nach § 345 gelten die Vorschriften über Handelsgeschäfte (§§ 343 ff, 373 ff) schon dann, wenn das Rechtsgeschäft für einen Vertragspartner ein Handelsgeschäft ist, also eine Partei Kaufmann ist und das Geschäft zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehört (§ 343 Abs. 1), sofern das HGB nicht ausdrücklich, wie bei §§ 377, 378, ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraussetzt. Bei dem gesetzlichen Regelfall des einseitigen Handelsgeschäfts kommt es mangels gesetzlicher Festlegung nicht darauf an, welche der Parteien Kaufmann ist und das Rechtsgeschäft als zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehörend abschließt.

Von diesen beiden Differenzierungen nach Voll- und Minderkaufmann bzw. einseitigem und zweiseitigem Handelsgeschäft abgesehen, gelten die HGB-Vorschriften für alle Kaufleute, setzen also die Kaufmannseigenschaften voraus, die in der folgenden Übersicht schematisch dargestellt wird.

## II. Arten des Kaufmanns

Art des Kaufmanns	Voraussetzung für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft	Eintragsrecht/-pflicht
<i>Formkaufmann:</i> (§ 6 II)	Verein: GmbH (§ 13 III GmbHG) AG/KGaA (§§ 3, 278 AktG) eGen (§ 17 II GenG) (wegen § 4 II nicht OHG/KG)	§ 7 I GmbHG: Pflicht §§ 36 I, 278 III AktG: Pflicht § 10 I GenG: Pflicht
<i>Mußkaufmann:</i> § 1	Betrieb eines Grundhandelsgewerbes iSd § 1 II Nr. 1 - 9 <i>nicht</i> die Eintragung; wirkt nur <i>deklaratorisch</i> wenn nach <i>Art oder Umfang</i> kaufmännische Einrichtungen <i>nicht</i> erforderlich sind: Minderkaufmann (§ 4 I)	§ 29: Pflicht (Ausnahme: § 36, 1)  nicht eintragungsfähig: §§ 4 I, 29
<i>Sollkaufmann:</i> § 2	1. Handwerk oder Gewerbe, das kein Grundhandelsgewerbe ist mit Ausnahme der Land- und Forstwirtschaft und Urproduktion 2. nach <i>Art und Umfang</i> sind kaufmännische Einrichtungen erforderlich = in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb 3. Eintragung in das Handelsregister ( <i>konstitutive</i> Wirkung)	§ 2 I 2: Pflicht (folgt nicht aus § 29, der die Kaufmannseigenschaft <i>vor</i> der Eintragung voraussetzt)
<i>Kannkaufmann:</i> § 3	1. Betrieb der Land- und Forstwirtschaft oder Urproduktion 2. nach <i>Art und Umfang</i> sind kaufmännische Einrichtungen erforderlich 3. Eintragung in das Handelsregister ( <i>konstitutive</i> Wirkung)	§ 3 II 1: Recht
<i>Fiktivkaufmann:</i> § 5 (Scheinkaufmann iwS)	Eintragung im Handelsregister <i>Wirkung:</i> 1. <i>Ausschluß folgender Einwendungen</i> a. das Gewerbe ist weder Grundhandelsgewerbe noch verlangt es kaufmännische Einrichtungen b. das Gewerbe ist zwar Grundhandelsgewerbe, verlangt aber keine kaufmännischen Einrichtungen 2. <i>Zulassung folgender Einwendungen</i> a. Eingetragener betreibt kein Gewerbe (mehr) b. eingetragene Gesellschaft besteht nicht oder nicht mehr	(-)

<i>Scheinkaufmann iW</i> nach § 15 I	Anknüpfung an nach § 5 zulässigerweise erhobene Einwendung; nach § 31 II 1 erforderliche Löschung der Eintragung ist nicht erfolgt <i>Rechtsfolge:</i> § 15 I Die eintragungspflichtige Löschung der Firma kann von dem noch Eingetragenen einem Dritten, dem diese Tatsache nicht bekannt ist, nicht entgegengesetzt werden, so daß er weiterhin ihm gegenüber als Kaufmann behandelt wird (= negative Publizität des Handelsregisters)	(–)
<i>Scheinkaufmann iES</i> (Handelsvertreter ist nicht oder nicht mehr im Handelsregister eingetragen; §§ 5, 15 I greifen nicht ein)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Rechtsschein           <ol style="list-style-type: none"> <li>a. sich als Kaufmann ausgeben</li> <li>b. konkludentes Verhalten: jemand bedient sich einer Einrichtung, die Vollkaufleuten vorbehalten ist (zB: Angestellter wird als Prokurist eingestellt)</li> <li>c. Geschäftsbezeichnung, die eine Firma vortäuscht</li> </ol> </li> <li>2. Scheinkaufmann muß den Rechtsschein in ihm <i>zurechenbarer</i> Weise gesetzt haben (Verschulden nicht erforderlich).</li> <li>3. Dritter muß bezüglich des Rechtsscheins gutgläubig sein (and. bei § 5); notfalls besteht eine Nachforschungspflicht.</li> <li>4. Rechtsschein muß für das Verhalten des Dritten <i>ursächlich</i> sein. <i>Beachte:</i> Rechtsschein wirkt, soweit er reicht, nur <i>zugunsten</i> Dritter und damit zulasten des Scheinkaufmanns (also nur von Bedeutung bei den HGB-Vorschriften, die den Kaufmann schlechter stellen).</li> </ol>	(–)

### III. Erforderlichkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes

Das Merkmal der Erforderlichkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs ist Tatbestandsvoraussetzung für den Erwerb der Soll- (§ 2) und Kaufmannseigenschaft (§ 3), nicht dagegen für den lediglich den Betrieb eines Grundhandelsgewerbes voraussetzenden Mußkaufmann. Bei § 1 spielt dieses Kriterium aber insofern eine Rolle, als der Mußkaufmann dann nicht Voll-, sondern nach § 4 I nur Minderkaufmann ist, wenn sein Handelsgewerbe nach

Art oder Umfang (*alternativ, nicht*, wie bei §§ 2, 3, *kumulativ*) einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Insofern kommt es im Einzelfall darauf an, bestimmte Kriterien festzustellen, von denen nicht bereits jedes für sich ausreicht, sondern vielmehr eine Gesamtbildbetrachtung erforderlich ist.

*Anhaltspunkte*

<i>Art</i>	<i>Umfang</i>
Arbeit mit Krediten	Umsatzvolumen
Notwendigkeit einer kaufmännischen Buchführung/Trennung von Anlage- und Umlaufvermögen in der Buchführung	Anlage- und Betriebskapital Kreditausstattung Größe des Maschinen- und Fuhrparks Zahl der Beschäftigten
Verwendung einer Firma	Ausmaß der betätigten Werbung
Art der Korrespondenz/ Kassenführung/Zahlungsleistung	Zahl und Wert der einzelnen Geschäftsabschlüsse
Einsatz von kaufmännisch geschultem Personal (Ausbildung der Mitarbeiter)	Vielzahl der Geschäftsbeziehungen = Lieferanten- und Kundenzahl
unter verschiedenen Tarifbedingungen beschäftigtes Personal/eigene Lohnbuchhaltung	Zahl der Betriebsstätten
Vielfalt der Erzeugnisse	

1. *Erläuterungen*

a. *Bezüglich der Art*

aa. *Arbeit mit Krediten*

Zum einen fällt hierunter der Betriebskredit, zum anderen aber auch die unbare Geschäftsabwicklung, z.B. eingeräumte Teilzahlungskredite, und zwar auch, wenn diese durch besondere angegliederte Kundenkreditorganisationen abgewickelt werden. Weiterhin gehört hierzu der Kontokorrentverkehr sowie die Teilnahme am Scheck- und Wechselverkehr.

bb. *Trennung von Anlage- und Umlaufvermögen*

Die Ausstattung mit betrieblichem Areal und Betriebseinrichtungen ist so geartet, daß sie eine in der Buchführung ersichtliche Trennung von Anlage- und Umlaufvermögen notwendig macht. Dies wiederum ermöglicht eine geordnete Abschreibungspolitik.