



Ab dem Hauptstudium  
bis zur Examensvorbereitung

**JK** *JURA*  
**INTENSIV**

# BASIS-FÄLLE

## Handelsrecht



**Inkl. Zugangscode für digitale Karteikarten**

- ▶ Kaufmannsbegriffe
- ▶ Prokura und Handlungsvollmacht
- ▶ Haftung bei Inhaberwechsel
- ▶ Publizität des Handelsregisters
- ▶ Handelskauf
- ▶ Schweigen als Willenserklärung

Dr. Dirk Schweinberger

**MOPEG**

Neue Rechtslage  
ab 2024

Herr **Dr. Dirk Schweinberger** ist Assessor und Franchisenehmer des Repetitoriums **JURA INTENSIV** in Frankfurt, Gießen, Heidelberg, Mainz und Marburg. Er wirkt seit über 19 Jahren als Dozent des Repetitoriums und ist Redakteur der Ausbildungszeitschrift RA – Rechtsprechungs-Auswertung. In den Skriptenreihen von **JURA INTENSIV** ist er Autor bzw. Co-Autor der Skripte: Strafrecht AT I und II, Strafrecht BT I und II, Irrtumslehre, Arbeitsrecht, Crashkurs Strafrecht, Crashkurs Strafrecht Bayern, Crashkurs Sammelausgabe Handels- & Gesellschaftsrecht, Crashkurs Arbeitsrecht, Crashkurs Assex Strafurteil – S2-Klausur, Kompakt Strafrecht, Basis-Fälle Handelsrecht, Basis-Fälle Strafrecht AT, Basis-Fälle Strafrecht BT I und II.

#### **Autor**

Dr. Dirk Schweinberger

#### **Verlag und Vertrieb**

Jura Intensiv Verlags UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG

Duisburger Straße 95

46535 Dinslaken

info@verlag.jura-intensiv.de

www.verlag.jura-intensiv.de

#### **Druck und Bindung**

Druckerei Busch GmbH, Raiffeisenring 31, 46395 Bocholt

ISBN 978-3-96712-134-6

Dieses Skript oder Teile dieses Skriptes dürfen nicht vervielfältigt, in Datenbanken gespeichert oder in irgendeiner Form übertragen werden ohne die schriftliche Genehmigung des Verlages.

© Juni 2023, Jura Intensiv Verlags UG & Co. KG

# Vorwort

Diese Lernhilfe richtet sich nicht nur an Studienanfänger der Rechtswissenschaft, sowie an diejenigen, die sich auf die „Fortgeschrittenen-Übung“ vorbereiten; auch Examenskandidaten vermitteln diese „Basis-Fälle“ ein solides Grundwissen. Der Leser erhält einen kompakten Überblick, der zu einem schnellen Einstieg in das Gebiet des Handelsrechts dient.

In diesem Skript wurde besonderer Wert auf die folgenden Aspekte gelegt:

- **Materielles Recht**

Das Skript vermittelt die Grundlagen des Handelsrechts und behandelt die in diesem Zusammenhang wichtigsten Paragraphen des HGB und stellt die gängigen Meinungsstreitigkeiten dar.

- **Strukturierte Übung am Fall**

Die klausurrelevantesten Paragraphen werden dem Leser zunächst abstrakt erläutert und anschließend konsequent in Fällen bearbeitet. Innerhalb jeder Falllösung wird großer Wert auf eine gelungene Schwerpunktsetzung gelegt. Der Schwierigkeitsgrad der Fälle variiert und reicht vom einführenden Übungsfall bis hin zum Schwierigkeitsgrad, wie er in universitären Klausuren der „Fortgeschrittenen-Übung“ vorkommt.

- **Gutachtenstil**

Die Beherrschung des juristischen Gutachtenstils ist für das Erstellen einer Klausur elementar. Daher ist jede Falllösung streng im Gutachtenstil formuliert.

- **Definitionen und Schemata**

Die wichtigsten Definitionen, Schemata und Strukturen finden nicht nur im Skript Berücksichtigung, sondern können mit dem dazugehörigen digitalen Karteikartensatz auch schnell wiederholt werden.

Didaktisches Ziel dieser Basis-Fälle ist es, Klausurwissen und Klausurtechnik zu vermitteln.

Ich wünsche Ihnen viel Erfolg bei der Arbeit mit diesem Skript.

Für Anregungen, Verbesserungsvorschläge und Kritik sind wir besonders dankbar. Sie erreichen uns im Internet unter [verlag.jura-intensiv.de](http://verlag.jura-intensiv.de) und per E-Mail über [info@verlag.jura-intensiv.de](mailto:info@verlag.jura-intensiv.de).

*Dr. Dirk Schweinberger*

# Inhalt

<b>EINFÜHRUNG</b>	<b>1</b>
<b>DER KAUFMANNSBEGRIFF, §§ 1 – 6 HGB</b>	<b>2</b>
<b>A. Die Kaufleute nach §§ 1 – 3 HGB</b>	<b>2</b>
Fall 1: „Der Comic-Laden“	5
Problemschwerpunkt: Kaufmannsbegriff und Handelsgeschäft	
<b>B. Die Fiktion der Kaufmannseigenschaft</b>	<b>9</b>
Fall 2: „Der Tipp-Ex-Rabatt“	13
Problemschwerpunkt: Scheinkaufmann und § 377 HGB	
<b>DIE VERTRETUNG DES KAUFMANNS</b>	<b>23</b>
<b>A. Die Prokura, §§ 48 ff. HGB</b>	<b>23</b>
Fall 3: „Der Prokurist und das Grundstück“	25
Problemschwerpunkt: Umfang der Prokura	
Fall 4: „Sonderpreis für einen Kumpel“	29
Problemschwerpunkt: Prokura: Missbrauch	
<b>B. Die Handlungsvollmacht, § 54 HGB</b>	<b>35</b>
Fall 5: „Ich mach´ mir die Welt, wie der Laden mir gefällt!“	37
Problemschwerpunkt: Umfang der Handlungsvollmacht	
<b>C. Die Vertretungsmacht des Ladenangestellten, § 56 HGB</b>	<b>40</b>
Fall 6: Der Ladenangestellte	41
Problemschwerpunkt: Anwendungsbereich des § 56 HGB	
<b>DIE FIRMA, §§ 17 ff. HGB</b>	<b>45</b>
<b>HAFTUNG BEI INHABERWECHSEL, §§ 25 ff. HGB</b>	<b>47</b>
<b>A. Der Haftungstatbestand des § 25 HGB</b>	<b>47</b>
Fall 7: „Der Name bleibt“	54
Problemschwerpunkt: Anwendungsbereich des § 25 HGB	
<b>B. Die Haftung des Erben nach § 27 HGB</b>	<b>51</b>
<b>C. Haftung bei „Eintritt“, § 28 HGB</b>	<b>63</b>
Fall 8: „Die neue OHG“	67
Problemschwerpunkt: Anwendungsbereich des § 28 HGB	

<b>PUBLIZITÄT DES HANDELSREGISTERS, § 15 HGB</b>	<b>71</b>
<b>A. Das Handelsregister und die Wirkung von Eintragungen im Handelsregister</b>	<b>71</b>
<b>B. Die negative Publizität des Handelsregisters, § 15 I HGB</b>	<b>72</b>
Fall 9: „Schreib mal auf!“	73
Problemschwerpunkt: Eintragungspflichtige Tatsachen	
Fall 10: „Hü Hott“	75
Problemschwerpunkt: § 15 I HGB: Sekundäre Unrichtigkeit	
Fall 11: „Die Wahl der Rosine“	81
Problemschwerpunkt: § 15 I HGB: „Rosinentheorie“	
<b>C. Die Rechtslage bei richtiger Eintragung und Bekanntmachung, § 15 II HGB</b>	<b>84</b>
<b>D. Positive Publizität gem. § 15 III HGB</b>	<b>86</b>
Fall 12: „Alles falsch!“	91
Problemschwerpunkt: § 15 III HGB: Restriktive Auslegung	
<b>E. Vertrauenshaftung im Handelsrecht außerhalb des Handelsregisters</b>	<b>94</b>
Fall 13: „Zu viel geduldet“	95
Problemschwerpunkt: § 15 II HGB: Schonfrist und Duldungsvollmacht	
<b>HANDELSKAUF, § 366 HGB</b>	<b>97</b>
Fall 14: „Der Fahrradhändler“	97
Problemschwerpunkt: § 366 HGB: Guter Glaube an Verfügungsbefugnis	
<b>HANDELSKAUF, § 377 HGB, RÜGEPFLICHT</b>	<b>102</b>
Fall 15: „Billiger Kaviar“	109
Problemschwerpunkt: § 377 HGB: Verdeckter Mangel	
Fall 16: „Der kleine Ventilator“	111
Problemschwerpunkt: § 377 HGB: Verdeckter Mangel	
<b>KAUFMÄNNISCHES BESTÄTIGUNGSSCHREIBEN</b>	<b>113</b>
<b>A. Grundlagen</b>	<b>113</b>
<b>B. Voraussetzungen</b>	<b>114</b>
<b>C. Besondere Klausurprobleme</b>	<b>117</b>
Fall 17: „Ich glaube, wir waren uns einig“	118
Problemschwerpunkt: Schweigen auf das KBS	
<b>SCHWEIGEN BEI GESCHÄFTSBESORGUNG</b>	<b>121</b>
Fall 18: „Ich stell das mal hierhin“	121
Problemschwerpunkt: § 362 HGB: Schweigen als Willenserklärung	

# EINFÜHRUNG

Das Handelsgesetzbuch (HGB) regelt das Sonderprivatrecht für Kaufleute. Es beinhaltet also Abweichungen und Ergänzungen vom „normalen“ Zivilrecht, wobei diese Modifikationen nur zur Anwendung kommen, wenn mindestens einer der Beteiligten ein Kaufmann ist (sog. **einseitiges Handelsgeschäft**). Teilweise wird von einzelnen Vorschriften sogar verlangt, dass beide Geschäftspartner Kaufleute sind (sog. **beiderseitiges Handelsgeschäft**).

Sonderprivatrecht für Kaufleute

## MERKSATZ

Die Normen des HGB gehen als Spezialgesetz denen des BGB vor.

HGB ist lex specialis

**Vorrangiges Ziel des HGB** ist die zügige Abwicklung von Geschäften unter Kaufleuten. Dies beschleunigt den Geschäftsverkehr und reduziert dadurch z.B. Lagerkosten und gewährleistet eine schnelle Belieferung der Kunden und der Bevölkerung mit den nachgefragten Waren.

Ziel des HGB: Schnelle Geschäftsabwicklung

Dieses Ziel wird erreicht durch:

Beispielfälle

- die Festsetzung kurzer Fristen, z.B. § 368 HGB im Vergleich zu § 1234 BGB,
- Reduktion von Gegenrechten, z.B. § 349 HGB im Vergleich zu § 771 BGB (keine Einrede der Vorausklage bei Bürgschaft),
- Nichtgeltung von Formvorschriften des BGB, z.B. § 350 HGB im Vergleich zu §§ 766, 780, 781 BGB,
- verschärfte Rechtsfolgen für zögerliches Handeln, z.B. § 362 HGB (Schweigen als Willenserklärung) und § 377 HGB (Rügepflicht),
- Standardisierung von Rechtsgeschäften, z.B. §§ 383 ff. HGB (Kommissionsgeschäft), und durch
- Vermutungen und Fiktionen, z.B. § 344 HGB (Vermutung, dass ein Handelsgeschäft vorliegt, wenn ein Kaufmann im Geschäftsverkehr tätig wird).

Aus alledem ergibt sich aber auch, dass der Kaufmann erhöhten (Haftungs-)Risiken ausgesetzt ist.

# DER KAUFMANNSBEGRIFF, §§ 1 – 6 HGB

Einseitiges und  
beiderseitiges  
Handelsgeschäft

Der zentrale Begriff des HGB ist derjenige des Kaufmanns. Das HGB kommt nur zur Anwendung, wenn Kaufleute am Geschäft beteiligt sind. Grundsätzlich genügt, dass lediglich ein am Geschäft Beteiligter „Kaufmann“ ist (sog. **einseitiges Handelsgeschäft**). Wenn es allerdings wirtschaftlich besonders „gefährlich“ wird, verlangt das HGB, dass beide Geschäftspartner Kaufleute sind (sog. **beiderseitiges Handelsgeschäft**, vgl. §§ 346, 353, 369, 377, 391 HGB).

Wer Kaufmann ist, ist in den §§ 1 – 6 HGB geregelt.

## A. Die Kaufleute nach §§ 1 – 3 HGB

Ein Blick in die §§ 1 ff. HGB zeigt schnell, dass ein Kaufmann zunächst ein „Gewerbe“ betreiben muss.

### I. GEWERBEBEGRIFF

„Gewerbe“



#### DEFINITION

Ein **Gewerbe** ist jede erlaubte selbstständige zum Zwecke der Gewinnerzielung vorgenommene nach außen erkennbare Tätigkeit, die planmäßig und für eine gewisse Dauer ausgeübt wird und kein „freier Beruf“ ist.

Beispiele

**BEISPIEL 1:** Arbeitnehmer A hat während seiner Arbeitszeit schon viele Erfindungen gemacht und hierfür vom Arbeitgeber hohe Prämien nach dem Arbeitnehmererfindungsgesetz erhalten.

A betreibt kein Gewerbe, da er nicht selbstständig tätig ist.

**BEISPIEL 2:** Wegen seines Erfindungsreichtums macht sich A als „freier Erfinder“ selbstständig.

A betreibt kein Gewerbe, da er eine rein wissenschaftliche Tätigkeit ausübt.

**BEISPIEL 3:** A eröffnet ein Ingenieurbüro und vermarktet seine Erfindungen indem er Lizenzen verkauft.

A ist nunmehr Gewerbetreibender.

Freie Berufe

Die sog. „**freien Berufe**“ sind aus dem Gewerbebegriff herausgenommen, vgl. § 2 BRAO für Anwälte, § 1 II BundesärzteO für Ärzte, § 1 IV ZahnheilkundeG für Zahnärzte und § 1 II SteuerBerG für Steuerberater. Gleiches gilt für die „Dienstleistungen höherer Art“, z.B. Privat-Lehrer und Repetitoren.

## II. ISTKAUFMANN, § 2 HGB

Nach § 1 HGB ist sog. „**Istkaufmann**“, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

### MERKSATZ

Das Handelsgewerbe ist eine besondere Form des Gewerbes.

Handelsgewerbe

Ein **Handelsgewerbe** liegt vor, wenn eine „kaufmännische Einrichtung“ des Gewerbebetriebs erforderlich ist, § 1 II HGB. Damit stellt § 1 II HGB nicht auf die tatsächliche Handhabung ab, sondern auf dasjenige, was „erforderlich“ wäre.

Kaufmännische  
Einrichtung

Wenn diese Bedingung erfüllt ist, dann ist der Gewerbetreibende automatisch Kaufmann. Dagegen kann er nichts tun, er muss aber auch nichts dafür tun; daher der Begriff des „**Istkaufmanns**“.

Rein deklarato-  
rische Eintragung

Die Eintragung im Handelsregister § 29 HGB wirkt insoweit nur deklaratorisch, d.h. dass die Rechtslage durch das Handelsregister nur kundgemacht wird.

### MERKSATZ

Bei einer **deklaratorischen Eintragung** (Regelfall) wird die bereits eingetretene Rechtslage durch das Handelsregister nur kundgemacht. Hingegen ist bei den sog. **konstitutiven Eintragungen** die Eintragung Voraussetzung dafür, dass die Rechtslage sich verändert.

Deklaratorische  
und konstitutive  
Eintragung

Wenn das betriebene Gewerbe nicht die „Qualität“ eines Handelsgewerbes aufweist, spricht man von einem „**Kleingewerbe**“.

Kleingewerbe

Entscheidend ist also die Antwort auf die Frage, wann eine kaufmännische Einrichtung erforderlich ist, das Gewerbe also als Handelsgewerbe i.S.v. § 1 HGB gilt.

Als Kriterien können herangezogen werden:

Kriterien für  
Handelsgewerbe

Hinsichtlich der **Art** des Geschäftsbetriebs:

Art des  
Geschäftsbetriebs

- die Vielfalt des Geschäftsgegenstandes
- die Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge
- die Inanspruchnahme von Kredit- und Teilzahlungen
- erhebliche Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr
- der Umfang der Geschäftskorrespondenz
- die Art und Weise der betrieblichen Organisation

Hinsichtlich des **Umfangs** des Geschäftsbetriebs:

Umfang des  
Geschäftsbetriebs

- der Umsatz (Indiz in § 241a S. 1 HGB: 600.000 €)
- die Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens
- die Anzahl der Betriebsstätten und deren Größe
- die Anzahl der Beschäftigten
- die Anzahl der Kunden
- die Lohnsumme



Entscheidend:  
Gesamtwür-  
digung

Die genannten Kriterien sind nur Anhaltspunkte, letztlich entscheidend ist die Würdigung des Gesamtbildes des gewöhnlichen Geschäftsablaufes in dem betroffenen Gewerbebetrieb.

§ 1 II HGB:  
Im Zweifel  
Handelsgewerbe

Da mithin in jedem Einzelfall zu entscheiden ist, ob eine kaufmännische Einrichtung erforderlich ist, oder nicht, entsteht an sich eine massive Rechtsunsicherheit. Deshalb hat der Gesetzgeber in § 1 II HGB eine Vermutungsregel aufgestellt („es sei denn“), dass ein Gewerbe als Handelsgewerbe gilt.



### MERKSATZ

Im Zweifel liegt ein Handelsgewerbe vor.

Beweislast

Mit der Formulierung „es sei denn“ in § 1 II HGB wird demjenigen, der behaupten will, dass ein Gewerbebetreibender nicht Kaufmann ist, dafür die Darlegungs- und Beweislast auferlegt.

### KLAUSURHINWEIS

Für die Klausur bedeutet das: Ergibt sich aus einem Sachverhalt, dass eine Person ein Gewerbe betreibt, so ist sie Kaufmann. Lediglich dann, wenn der Sachverhalt Angaben enthält, die es als zweifelhaft erscheinen lassen, ob nach Art und Umfang ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist, ist dies zu überprüfen.

### III. KANNKAUFMANN, § 2 HGB

Freiwillige  
Unterwerfung  
unter das  
Kaufmannsrecht

Ein Gewerbebetreibender, der kein Handelsgewerbe betreibt, ist Kleingewerbebetreibender und damit an sich kein Kaufmann. Er hat aber die Möglichkeit, sich freiwillig dem Kaufmannsrecht zu unterwerfen. Dies kann z.B. sinnvoll sein, wenn für ihn wichtige Vertragspartner nur Kaufleute als Vertragspartner akzeptieren.

Konstitutive  
Eintragung

In diesem Fall muss sich der Kleingewerbebetreibende als Kaufmann in das Handelsregister eintragen lassen, um zum Kaufmann zu werden. Mit der Eintragung erwirbt er dann die Kaufmannseigenschaft. Die **Eintragung** im Handelsregister wirkt also in diesem Fall **konstitutiv**, d.h. sie ist tatbestandliche Voraussetzung für die Änderung der Rechtslage.

Weil der Kleingewerbebetreibende für sich die Entscheidung treffen kann, sich dem Kaufmannsrecht zu unterwerfen, spricht man von einem „**Kannkaufmann**“.

**MERKSATZ**

Wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist gem. § 1 HGB automatisch Kaufmann.  
Der Kleingewerbetreibende kann sich gem. § 2 HGB zum Erwerb der Kaufmannseigenschaft entschließen und unterwirft sich somit freiwillig dem gesamten Kaufmannsrecht.

Folgende Aspekte können für oder gegen die Eintragung gem. § 2 HGB sprechen:

PRO EINTRAGUNG	ZWEISCHNEIDIG	CONTRA EINTRAGUNG
<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Provisionsanspruch (§ 354 HGB)</li> <li>▶ Berufung auf Grundsatz der Entgeltlichkeit</li> <li>▶ „Strahlkraft“ des Handels-Registers</li> <li>▶ Akzeptanz als Vertragspartner durch andere Kaufmänner</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Rügepflicht (§ 377 HGB)</li> <li>▶ Zinssatz und Fälligkeitszinsen (§§ 352, 353 HGB)</li> <li>▶ Zurückbehaltungsrecht (§ 363 HGB)</li> <li>▶ Kontokorrent (§ 355 HGB)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Schutzverlust (§§ 348 - 350 HGB)</li> <li>▶ Eintragungspflichten</li> <li>▶ Vertrauenshaftung aufgrund von Registereintragungen (§ 15 HGB)</li> <li>▶ Strafrechtliche Risiken (§§ 283 ff. StGB)</li> <li>▶ Strengere Sorgfaltsanforderungen (§ 347 HGB)</li> </ul>

**FALL 1: „DER COMIC-LADEN“**

Problemschwerpunkt: Kaufmannsbegriff und Handelsgeschäft

C ist in Teilzeit bei der Stadtverwaltung beschäftigt und betreibt nebenberuflich an drei Abenden in der Woche und am Samstag Mittag einen kleinen Comic-Laden in der Marburger Altstadt. Hierbei hat er sich auf Fantasy-Comics spezialisiert. Eine Eintragung des Betriebs im Handelsregister ist nicht erfolgt. Den Laden führt er alleine. Mit dem Comic-Laden macht er durchschnittlich einen Umsatz von ca. 2.000 € und einen Gewinn von ca. 750,- € pro Monat. Die Abrechnung macht er einmal im Monat in seiner Wohnung.

An einem Samstag treffen sich in seinem Laden zufällig sein Freund und Comic-Fan B und der ihm bisher unbekannte M. B betreibt eine Großbäckerei, wohingegen M ein Großlieferant für Mehl und andere Backzutaten ist.

B ist über das zufällige Treffen nicht erfreut. M spricht ihn nämlich sofort auf seine Schulden in Höhe von 15.000 € aus mehreren Lieferungen an und kündigt an, dass er B wegen der Schulden nicht mehr beliefern wolle, zumal er ja anscheinend noch „genug Geld für Comics“ habe. Daraufhin erklärt C dem M, er werde für seinen Freund

B eintreten, wenn dieser nicht zahlen könne. M solle nur nicht die Belieferung einstellen. Als B später seine Schulden bei M nicht bezahlen kann und insolvent wird, verlangt M von C Zahlung. Zu Recht?

**Abwandlung:** Wie Ausgangsfall, jedoch hatte sich C mit seinem Comic-Laden im Handelsregister Marburg eintragen lassen.

## LÖSUNG

**Anspruch M gegen C gem. § 765 i.V.m. § 433 II BGB i.H.v. 15.000 €**

Anspruchs-  
grundlage

M könnte gegen C einen Anspruch auf Zahlung von 15.000 € gem. § 765 i.V.m. § 433 II BGB haben, wenn sich C wirksam für eine Verbindlichkeit des B verbürgt hat.

Hauptverbind-  
lichkeit

### I. HAUPTVERBINDLICHKEIT

Eine Hauptverbindlichkeit des B gegenüber M besteht aus den Mehllieferungen des M an B gem. § 433 II BGB.

Bürgschaft

### II. BÜRGSCHAFT

Fraglich ist, ob sich C wirksam für diese Verbindlichkeit seines Freundes B verbürgt hat.

#### 1. Wirksame Bürgschaftserklärung

C hat im Comic-Laden mündlich erklärt, er werde für B eintreten. Dies kann als Bürgschaftserklärung verstanden werden.

#### a) Schriftform

§ 766 S. 1 BGB

Gem. § 766 S. 1 BGB ist zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags jedoch die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Fehlt es an der gesetzlich vorgeschriebenen Form, ist der Vertrag gem. § 125 BGB nichtig.

#### b) Formfrei als Handelsgeschäft

§ 350 HGB

Gem. § 350 HGB findet § 766 S. 1 BGB jedoch keine Anwendung, wenn die Bürgschaft auf der Seite des Schuldners (hier C) ein Handelsgeschäft ist.

### KLAUSURHINWEIS

In der Klausur ist es wichtig, dass Sie erst den Normalfall des § 766 BGB darstellen und erst dann zur – unter Umständen – eingreifenden Spezialregelung des § 350 HGB kommen.

§ 343 HGB  
Istkaufmann

Ein Handelsgeschäft i.S.v. § 343 HGB würde voraussetzen, dass C Kaufmann ist. C könnte Istkaufmann gem. § 1 HGB sein. Dazu müsste er zunächst ein Gewerbe betreiben.

**DEFINITION**

Ein **Gewerbe** ist jede erlaubte selbstständige zum Zwecke der Gewinnerzielung vorgenommene nach außen erkennbare Tätigkeit, die planmäßig und für eine gewisse Dauer ausgeübt wird und kein „freier Beruf“ ist.

Bei dem von C betriebenen Comic-Laden liegen diese Voraussetzungen vor.

Zweifelhaft ist aber, ob C auch ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 II HGB betreibt. Das wäre nur der Fall, wenn der Comic-Laden „nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert“.

**KLAUSURHINWEIS**

Es kommt alleine auf die „Erforderlichkeit“ an und nicht auf die Frage, was tatsächlich praktiziert wird. Hierauf muss sich Ihre Subsumtion stets beziehen.

Kaufmännische Einrichtungen besitzt C nicht, insbesondere hat er keine kaufmännische Buchhaltung, vielmehr erledigt er die Abrechnung am Wochenende zu Hause. Weiterhin beschäftigt er keine Mitarbeiter und hat nur einen geringen monatlichen Umsatz. C ist folglich ein typischer Kleingewerbetreibender, der nicht unter § 1 II HGB fällt.

Eine Stellung als Kannkaufmann gem. § 2 HGB oder als Fiktivkaufmann gem. § 5 HGB scheitert schon an der fehlenden Eintragung im Handelsregister.

Da C somit kein Kaufmann ist, findet § 350 HGB auf ihn keine Anwendung.

Allenfalls könnte sich noch die Frage stellen, ob C als Scheinkaufmann zu behandeln ist. C hat jedoch keinen Rechtschein seiner Kaufmannseigenschaft gesetzt. Die bloße Abgabe der mündlichen Bürgschaftserklärung kann insoweit keinesfalls ausreichen, da ansonsten die Schriftformklausel, die ja gerade vor übereilten Erklärungen schützen soll, faktisch unterlaufen würde.

**KLAUSURHINWEIS**

Viele Prüflinge machen den Fehler, dass sie auf eine Idee kommen, diese dann – zutreffend – verwerfen, dies aber nicht schreiben. Der Prüfer kann aber nicht wissen, ob der Prüfling z.B. die Idee des Scheinkaufmanns erst gar nicht hatte, oder ob er diese Idee aus richtigen Gründen wieder verworfen hat. Deshalb ist auch hier die Idee, dass C Scheinkaufmann sein könnte, kurz anzusprechen.

C ist bei Erteilung seiner Bürgschaft folglich wie eine ganz gewöhnliche Privatperson zu behandeln. Mithin bleibt es bei der Anwendung des § 766 S. 1 BGB. Da die Schriftform der Bürgschaftserklärung fehlt, ist der Vertrag nichtig, § 125 BGB.

„Gewerbe“

Handelsgewerbe

Kleingewerbe

§§ 2, 5 HGB  
scheiden aus

Scheinkaufmann

## 2. Zwischenergebnis

Es liegt keine wirksame Bürgschaftserklärung des C vor.

### III. ENDERGEBNIS

M kann aus der formnichtigen Bürgschaftserklärung keine Rechte herleiten. Ein Anspruch des M gegen C gem. § 765 i.V.m. § 433 II BGB i.H.v. 15.000 € besteht nicht.

### LÖSUNG ABWANDLUNG

Anders als im Ausgangsfall ist C hier möglicherweise als Kaufmann anzusehen, sodass die Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB gemäß § 350 HGB für die Bürgschaft nicht gelten könnte.

### KLAUSURHINWEIS

Bei Abwandlungen ist es in der Regel nicht gewollt (und auch zeitlich meist nicht möglich), das gesamte Schema des Grundfalles zu wiederholen. Statt dessen sollten Sie schnell auf dasjenige Merkmal zu sprechen kommen, bei dem sich durch die Abwandlung u.U. ein anderes Ergebnis einstellen könnte.

### I. KAUFMANN

Kannkaufmann

C hatte seinen Comic-Laden im Handelsregister eintragen lassen. Er ist dadurch zwar nicht schon gem. § 1 HGB Kaufmann, jedoch gilt gem. § 2 HGB auch der Kleingewerbebetrieb als Handelsgewerbe, wenn die Firma im Handelsregister eingetragen ist (Kannkaufmann).

### II. HANDELSGESCHÄFT

Abgrenzung zum Privatgeschäft

Für die Anwendbarkeit des § 350 HGB ist weiterhin erforderlich, dass es sich bei der Erteilung der Bürgschaft auf Seiten des C um ein Handelsgeschäft i.S.v. § 343 HGB handelt. Hierfür ist erforderlich, dass die Bürgschaftserteilung „zum Betrieb seines Handelsgewerbes“ gehört, es sich also nicht um ein Privatgeschäft handelt.

Maßgebende Beurteilungsperspektive

Hier könnte man zunächst daran denken, die Bürgschaftserteilung deshalb als Privatgeschäft anzusehen, weil B ein Freund des C ist. Entscheidend ist jedoch nicht das Innenverhältnis zwischen C und B, sondern das Vertragsverhältnis zwischen C und M, weil diese Partner des Bürgschaftsvertrages sind. Daher kommt es darauf an, ob die Bürgschaftserteilung aus Sicht des M als Handelsgeschäft des C erscheint.

Zweifelsregel des § 344 I HGB

C hat die Bürgschaftserklärung in seinem Comic-Laden abgegeben. Er hätte deshalb klarstellen müssen, diese Erklärung nur als Privatmann, nicht aber als Inhaber des Handelsgeschäfts abgeben zu wollen. Im Zweifel gelten nämlich alle von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig, § 344 I HGB.

## MERKSATZ

Das HGB stellt im Zweifel „die Weichen“ in Richtung auf die Anwendung des Kaufmannsrechts: Gem. § 1 II HGB gilt das Gewerbe im Zweifel als Handelsgewerbe. Gem. § 344 I HGB gelten Geschäfte eines Kaufmanns im Zweifel als Handelsgeschäfte.

Da das Bürgschaftsversprechen somit auf Seiten des C ein Handelsgeschäft ist, kommt gem. § 350 HGB die Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB nicht zur Anwendung, sodass C die Bürgschaft formfrei, d.h. auch mündlich wirksam erteilen konnte.

Ein wirksamer Bürgschaftsvertrag liegt daher – anders als im Ausgangsfall – vor.

### III. ERGEBNIS

Ein Anspruch des M gegen C gem. § 765 i.V.m. § 433 II BGB i.H.v. 15.000 € besteht.

### IV. KANNKAUFMANN, § 3 HGB

Aus historischen Gründen (und wohl auch wegen erfolgreicher Lobby-Arbeit) ist die Land- und Forstwirtschaft (sog. **Urproduktion**) aus dem Anwendungsbereich des § 1 HGB herausgenommen. Folglich gilt, dass in diesem Bereich – unabhängig von der Betriebsgröße – die Kaufmannseigenschaft nur gegeben ist, wenn sich der Land- oder Forstwirt als Kaufmann im Handelsregister eintragen lässt.

Auch im Fall des § 3 HGB wirkt die Registereintragung also konstitutiv.

### V. PERSON DES KAUFMANNS

Kaufmann ist stets nur der Betreiber selbst, in dessen Namen der Gewerbebetrieb ausgeübt wird. Kein Kaufmann sind diejenigen Personen, die den Kaufmann nur vertreten. Folglich ist z.B. der bestellte Prokurist selbst kein Kaufmann. Gleiches gilt z.B. für den Insolvenzverwalter.

FALLENDE

Land- und  
Forstwirtschaft

Konstitutive  
Eintragung

Vertreter ist  
selbst nicht  
Kaufmann

### KLAUSURHINWEIS

Diese Unterscheidung ist elementar wichtig. Stets müssen Sie ganz sauber trennen, zwischen der verpflichteten Person und deren Vertreter. Gerade beim Prokuristen findet sich leider immer wieder der Fehler, dass Prüflinge ihn selbst als Kaufmann ansehen. Im Obersatz muss also klar benannt werden, gegen wen der Anspruch geprüft wird.

## B. Die Fiktion der Kaufmannseigenschaft

Die zügige Geschäftsabwicklung im Handelsverkehr würde leiden, wenn die Kaufmannseigenschaft des Geschäftspartners jeweils besonders nachgeprüft werden müsste. Erwägungen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes können es daher notwendig machen, dass auch solche Personen als Kaufleute behandelt werden, die es „eigentlich“ nicht sind.

Hierbei sind zwei Fälle von Bedeutung: Der **Fiktivkaufmann** (auch „Kaufmann Kraft Eintragung“ genannt) des § 5 HGB und der sog. „**Scheinkaufmann**“, der eine besondere Form der Rechtsscheinhaftung darstellt.

Die Basis-Fälle richten sich grundsätzlich an Studierende in den frühen Semestern und vermitteln kompakt das materielle Recht.

Das Handelsrecht wird jedoch in der Regel erst im Hauptstudium relevant.

**Lernen Sie das Grundwissen von Anfang an nicht isoliert, sondern im Kontext zur Falllösung.**

Durchgehend geht es nicht um die lehrbuchartige Vermittlung abstrakten Wissens, sondern stets um die Herstellung eines Klausurbezugs.

Besonders hervorgehoben werden:

- ▶ Prüfungsschemata
- ▶ Klausurhinweise zur Gutachtentechnik
- ▶ Definitionen
- ▶ Merksätze

## **Digitale Karteikarten zu den Basis-Fällen**

Das Skript beinhaltet zusätzlich einen Zugangscodex, über den 48 digitale Karteikarten zur Verfügung stehen.

Die digitalen Karteikarten dienen dem schnellen Wiederholen des Grundwissens und geben einen Überblick über die essenziellen Themen.

ISBN 978-3-96712-134-6

