



DIE 35 FÄLLE

wichtigsten
nicht nur
für Anfangssemester

HANDELSRECHT

Hemmer / Wüst

-
- Einordnungen
 - Gliederungen
 - Musterlösungen
 - bereichsübergreifende Hinweise
 - Zusammenfassungen
-

EINFACH ●

VERSTÄNDLICH ● KURZ

Kapitel I: Der Einzelkaufmann

Fall 1: Aller Anfang ist schwer

Sachverhalt:

A hat eine kleine Imbissbude am Wannsee.

Frage 1: Betreibt A ein Gewerbe?

Frage 2: Ist A auch Kaufmann?

I. Einordnung

Das Handelsrecht ist das so genannte „Sonderprivatrecht für Kaufleute“. Damit kommt der Bestimmung des Kaufmannsbegriffs wesentliche Bedeutung zu, wenn die Anwendbarkeit und die Voraussetzungen der Spezialnormen des HGB geprüft werden.

Wer Kaufmann ist, wird in §§ 1-6 HGB geregelt. Dabei werden zwei Kaufmannsbegriffe unterschieden: der *tätigkeitsbezogene*, § 1 I HGB, und der *formelle*, §§ 5, 6 HGB, Kaufmannsbegriff.

Der vorliegende Einstiegsfall soll auf einfache Art und Weise mit dem Kaufmannsbegriff vertraut machen, indem er diesen Begriff schulmäßig in dessen Bestandteile zerlegt.

Anmerkung: In der Klausur stellen Sie bei derart einfach gelagerten Fällen die Kaufmannseigenschaft meist in ein oder zwei Sätzen fest.

Prüfen Sie die Kaufmannseigenschaft jedoch niemals abstrakt zu Beginn des Gutachtens, sondern nur innerhalb der jeweiligen Spezialnorm. Dies ergibt sich schon daraus, dass manche Normen des HGB die Kaufmannseigenschaft beider Beteiligten erfordern (so z.B. § 377 HGB), andere hingegen die Kaufmannseigenschaft nur eines Beteiligten ausreichen lassen (so z.B. § 362 HGB).

Setzen Sie sich nicht dem Vorwurf einer „kopflastigen“ Prüfung aus! Versuchen Sie daher, den Korrektor auf die Folter zu spannen, indem Sie an der jeweiligen Stelle im Gutachten immer nur das dort wirklich Relevante prüfen und nicht alles vorwegnehmen. So zeigen Sie dem Korrektor einen souveränen Umgang mit der Materie.

II. Gliederung

Frage 1:

Gewerbe =

offene, planmäßige, selbständige (aber nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche) und erlaubte, von der Absicht dauernder Gewinnerzielung getragene Tätigkeit

- 1. Offen**
Erkennbarkeit für Dritte (+)
- 2. Planmäßig**
Auf Dauer angelegt (+)
- 3. Selbständig**
Nicht weisungsgebunden (+)
- 4. Erlaubt**
Kein Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB (+)
- 5. Entgeltliche Leistungen (+)**
- 6. Kein Freiberufler (+)**
- 7. Ergebnis:** Gewerbe (+)

Frage 2:

Kaufmann ist, wer ein Gewerbe betreibt, das ein Handelsgewerbe ist.

1. Gewerbe (+)
2. A = Betreibender
3. **Handelsgewerbe?**
 - a) **Nach § 1 II HGB**
Erfordernis einer kaufmännischen Einrichtung? Wohl (-)
 - b) Kraft Eintragung
Gem. § 2 HGB?
(-), da keine Eintragung
Gem. § 3 HGB (-)
4. **Ergebnis:** Handelsgewerbe (-)

III. Lösung

Frage 1:
Stellt das Betreiben der Imbissbude ein Gewerbe dar?

Das Betreiben der Imbissbude stellt dann ein Gewerbe dar, wenn die Voraussetzungen des Gewerbebegriffs erfüllt sind.

Die h.M. versteht unter einem Gewerbe eine offene, planmäßige, selbständige (aber nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche) und erlaubte, von der Absicht dauernder Gewinnerzielung getragene Tätigkeit.

1. Offenheit

Offen ist eine Tätigkeit dann, wenn sie für Dritte erkennbar ist, also der Öffentlichkeit gegenüber in Erscheinung tritt.

Anmerkung: So findet man teilweise die Formulierung, „nicht das Gewächshaus, sondern der Verkauf der Erzeugnisse macht z.B. aus einem Garten ein gewerbliches Gärtnereiunternehmen.“

Das Betreiben der Imbissbude ist unzweifelhaft für Dritte erkennbar. Damit kann das Merkmal der Offenheit bejaht werden.

2. Planmäßigkeit

Von Planmäßigkeit spricht man dann, wenn die Tätigkeit nicht nur gelegentlich aufgenommen wird, sondern auf eine gewisse Dauer angelegt ist.

Dabei ist es ausreichend, wenn *objektiv* wiederholt und regelmäßig Geschäfte getätigt werden und *subjektiv* eine entsprechende Absicht besteht.

A betreibt die Imbissbude nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig. Folglich ist die Tätigkeit planmäßig.

Anmerkung: Selbst wenn A die Imbissbude nur während der vier Monate dauernden Feriensaison betreiben würde, änderte das nichts an der Planmäßigkeit seiner Tätigkeit. Solange objektiv wiederholt und regelmäßig Geschäfte getätigt und subjektiv eine entsprechende Absicht vorhanden ist, schadet eine saisonale Unterbrechung nicht.

3. Selbständigkeit

Damit A mit der Imbissbude ein Gewerbe betreibt, ist außerdem erforderlich, dass er selbständig, d. h. nicht weisungsgebunden ist. Dabei ist die *rechtliche*, nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit entscheidend. Eine Legaldefinition findet sich in § 84 I S. 2 HGB.

A ist nicht Angestellter, sondern führt die Imbissbude in eigener Regie. Er ist folglich nicht weisungsgebunden und somit selbständig.

Anmerkung: An dieser Stelle ist eine Abgrenzung zu den unselbständigen Arbeitnehmern vorzunehmen. Probleme tauchen dabei vor allem bei den sog. Hilfspersonen des Kaufmanns auf. Hier unterscheidet man danach, ob der Betreffende (*selbständiger*) Handelsvertreter oder (*unselbständiger*) Handlungshelfer ist.

4. Erlaubtheit

Weiterhin muss die Tätigkeit erlaubt, darf also nicht gesetzes- oder sittenwidrig i.S.d. §§ 134, 138 BGB sein. Eine Zulässigkeit nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften ist dagegen unerheblich, vgl. § 7 HGB.

Das Betreiben einer Imbissbude ist eine erlaubte Tätigkeit.

Anmerkung: Ist eine Tätigkeit gesetzes- oder sittenwidrig, kommt dies dem Betreibenden natürlich nicht zugute. So muss er sich nach den für Rechtscheinskaufleute bzw. Rechtsscheinsgesellschaften geltenden Grundsätzen behandeln lassen. Der redliche Vertragspartner kann sich so auf die zu seinen Gunsten geltenden handelsrechtlichen Sondervorschriften berufen.

5. Entgeltlichkeit

Bereits aus dem Gewerbebegriff geht hervor, dass die Tätigkeit eine entgeltliche sein muss. Es wird außerdem verlangt, dass die Tätigkeit eine anbietende ist. Denn wer nur nachfragt, ist Verbraucher und kein Gewerbetreibender.

Streitig ist, ob über die Entgeltlichkeit der Leistung hinaus auch eine allgemeine Gewinnerzielungsabsicht notwendig ist.

Dagegen spricht, dass dieses Merkmal schwer zu fassen ist.

Da A Gewinn erwirtschaften möchte, ist die Gewinnerzielungsabsicht hier jedenfalls zu bejahen, so dass der Streit dahinstehen kann.

6. Kein Freiberufler

Kein Gewerbe betreiben die Angehörigen der sog. *freien Berufe* (z.B. Rechtsanwälte, Ärzte, Steuerberater etc.). Diese Berufe sind nach heutiger Ansicht nicht durch den Einsatz von Kapital und sachlichen Betriebsmitteln geprägt, sondern vielmehr durch die im Vordergrund stehende persönliche Leistung.

Anmerkung: Eine Aufzählung der freien Berufe kann § 1 II S. 2 PartGG entnommen werden. Bedenken Sie, dass es für die Unternehmereigenschaft des § 14 BGB nicht zwingend darauf ankommt, ein Gewerbe zu betreiben. Daher können auch Freiberufler Unternehmer i.S.d. BGB sein.

Das Betreiben einer Imbissbude ist durch den Einsatz von Kapital und Betriebsmitteln geprägt und stellt damit keinen freien Beruf dar.

7. Ergebnis

Bei dem Betreiben der Imbissbude handelt es sich damit um ein Gewerbe.

Frage 2: Ist A Kaufmann?

Kaufmann ist, wer ein Gewerbe betreibt, das ein Handelsgewerbe ist, § 1 II HGB. Fraglich ist daher, ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind.

1. Gewerbe

Der Imbissbetrieb stellt ein Gewerbe dar, s.o.

2. Betreiben des Gewerbes

A müsste dieses Gewerbe auch betreiben. Betrieben wird ein Gewerbe von derjenigen Person, in deren Namen die zum Gewerbe gehörenden Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden.

Mangels anderer Anhaltspunkte kann hier davon ausgegangen werden, dass A die Geschäfte in seinem Namen abschließt und die Imbissbude damit selbst betreibt.

3. Handelsgewerbe

Schließlich müsste das betriebene Gewerbe, die Imbissbude, auch ein Handelsgewerbe sein. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach §§ 1 II, 2 und 3 II, III HGB.

a) Handelsgewerbe nach § 1 II HGB

Nach § 1 II HGB ist ein Gewerbe dann kein Handelsgewerbe, wenn entweder Art oder Umfang keine kaufmännische Einrichtung erfordern.

Dabei versteht man unter kaufmännischer Einrichtung alle Einrichtungen, die eine ordentliche und übersichtliche Geschäftsführung sicherstellen, z.B. Buchführung, Beschäftigung kaufmännisch vorgebildeten Personals, Aufbewahrung der Korrespondenz, Inventarisierung. Unerheblich ist allerdings, ob das Unternehmen auch tatsächlich in der erforderlichen Weise eingerichtet ist.

Anmerkung: Aus der negativen Formulierung des § 1 II HGB („es sei denn“) geht hervor, dass das Gesetz bei jedem Gewerbebetrieb zunächst *vermutet*, dass eine kaufmännische Einrichtung erforderlich ist und es sich somit um ein Handelsgewerbe handelt.

Für die Frage nach der Beweislast ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut Folgendes: Will sich ein „Nichtkaufmann“ auf seine fehlende Kaufmannseigenschaft berufen, so hat er nachzuweisen, dass er nur ein Kleingewerbe betreibt. Dies muss auch bereits aus dem Grund so sein, weil ein Außenstehender meist keinen Einblick in die innere Struktur des Unternehmens hat.

Die Imbissbude des A ist klein. Daher ist davon auszugehen, dass sie weder nach Art noch nach Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert (a.A. unter Umständen vertretbar). A ist folglich nicht nach § 1 II HGB ein sog. „Ist-Kaufmann“.

Anmerkung: Der *Umfang* eines Betriebs wird im Wesentlichen nach Umsatzvolumen, Mitarbeiterzahl, Größe und Organisation des Betriebs bestimmt. Bei der *Art* des Gewerbes kommt es darauf an, ob die einzelnen Geschäftsvorgänge einfach und überschaubar sind.

Für das Vorliegen eines Handelsgewerbes nach § 1 II HGB ist Voraussetzung, dass *sowohl* Umfang *als auch* Art des Gewerbes eine kaufmännische Einrichtung erfordern. Lassen Sie sich nicht durch die negative Formulierung des § 1 II HGB verwirren!

b) Handelsgewerbe kraft Eintragung

aa) Kannkaufmann nach § 2 HGB

Allerdings könnte A Kaufmann gem. § 2 HGB sein. Diese Norm ermöglicht es dem Kleingewerbetreibenden, die Kaufmannseigenschaft zu erwerben, wenn seine Firma im Handelsregister eingetragen ist.

Anmerkung: Bedenken Sie für die Klausur: *Nur dann*, wenn der Betrieb nicht unter § 1 II HGB fällt, kommt der Erwerb der Kaufmannseigenschaft nach § 2 HGB in Betracht! Denn stellt das Gewerbe bereits ein Handelsgewerbe dar, hat die Eintragung ins Handelsregister lediglich *deklaratorische* Wirkung (unterbleibt die Eintragung, so gewährt das HGB dem redlichen Vertragspartner jedoch Schutz über § 15 HGB, siehe dazu z.B. Fall 15). Anders im Fall des § 2 HGB: Dort kommt der Eintragung *konstitutive* Wirkung zu.

A hat seine Firma nicht ins Handelsregister eintragen lassen. Damit sind auch die Voraussetzungen des § 2 HGB nicht erfüllt.

bb) Kannkaufmann nach § 3 HGB

Da die Imbissbude keinen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb darstellt,

hemmer-Methode: Dieser Einstiegsfall sollte Ihnen auf sehr einfache Art und Weise verdeutlichen, wie der Kaufmannsbegriff bestimmt wird. Damit dürfte es Ihnen keine Probleme bereiten, die folgenden, darauf aufbauenden Konstellationen zu verstehen.

Überlegen Sie sich weitere Beispielfälle bzw. mögliche Problemfelder, die Ihnen an den einzelnen Prüfungspunkten begegnen könnten. So könnte bei der Frage nach dem Vorliegen eines Handelsgewerbes nach § 1 II HGB beispielsweise das Problem auftauchen, wie ein sog. *gemischter Betrieb* zu beurteilen ist: Ein freischaffender Künstler stellt gleichzeitig auch einige seiner Werke in einem kleinen Atelier aus. Die Frage nach der Kaufmannseigenschaft kann nur einheitlich nach dem Gesamtbild des Unternehmens beurteilt werden. Entscheidend ist dann, welcher Tätigkeitsbereich das Gesamtbild prägt. Denken Sie immer daran, dass das Fallrepertoire des Klausurerstellers nicht unerschöpflich ist! Wenn Sie also auch immer „nach rechts und links“ denken, sind Sie optimal für den „Ernstfall“ vorbereitet.

V. Zur Vertiefung

- Hemmer/Wüst, Basics Zivilrecht, Bd. 5, Rn. 446 ff.
- Hemmer/Wüst, Handelsrecht, Rn. 7 ff.
- Hemmer/Wüst, Handelsrecht, Karteikarten Nr. 1-9.

scheidet eine Anwendung des § 3 HGB (der im Übrigen mangels Eintragung ebenfalls keine Kaufmannseigenschaft des A begründen würde) von vornherein aus.

4. Ergebnis

A ist kein Kaufmann.

IV. Zusammenfassung

Sound: Kaufmann ist, wer ein Gewerbe betreibt, das ein Handelsgewerbe ist. Dabei unterscheidet man den vorrangig zu prüfenden Istkaufmann (§ 1 II HGB) vom Kannkaufmann (§§ 2, 3 II, III HGB). Nur dann, wenn kein Handelsgewerbe nach § 1 II HGB vorliegt, ist mit der Prüfung fortzufahren.

Fall 2: Kaufmann mit Rückfahrkarte?

Sachverhalt:

Landwirt Mayer (M) besitzt den größten Hof im Dorf. Seine Ackerfläche lässt sich nur mit umfangreicher Buchführung verwalten. Um im Dorf noch mehr prahlen zu können, lässt er sich in das Handelsregister unter „Mayer – Ackerbau e.K.“ eintragen. Als er nach einiger Zeit die „Härte“ der Normen des HGB zu spüren bekommt, will er sich durch Löschung der Eintragung der Kaufmannseigenschaft entledigen.

Frage 1: Ist M Kaufmann?

Frage 2: Ist eine Befreiung von der Kaufmannseigenschaft möglich?

I. Einordnung

Neben § 2 HGB gewährt § 3 II, III HGB die Möglichkeit, die Kaufmannseigenschaft zu erlangen. Bei der Gesetzeslektüre des § 3 HGB sticht sofort ins Auge, dass Land- und Forstbetriebe eine Sonderrolle spielen: Gem. § 3 I HGB ist § 1 HGB nicht anwendbar. Land- und Forstwirte sind also selbst dann keine Ist-Kaufleute, wenn die Voraussetzungen des § 1 HGB erfüllt sind. Gem. § 3 II i.V.m. § 2 S. 1 HGB kann die Kaufmannseigenschaft jedoch durch Eintragung in das Handelsregister erworben werden, die folglich bei sämtlichen Land- und Forstbetrieben *konstitutive* Wirkung hat. Dennoch wird die Frage nach der Erforderlichkeit einer kaufmännischen Einrichtung nicht überflüssig. Geht es nämlich um die Frage nach der Art und Weise der *Rückgängigmachung*, ist sie das maßgebliche Unterscheidungskriterium.

Anmerkung: In der Praxis spielt diese Norm freilich keine große Rolle. In der Klausur können hieran aber sehr gut die Fähigkeit zu genauer Subsumtion und Arbeit mit dem Gesetzestext geprüft werden.

II. Gliederung

Frage 1: Ist M Kaufmann?

1. Gem. § 1 HGB?

Möglicherweise nicht anwendbar gem. § 3 I HGB

Vor.: Betrieb des M

= land- und forstwirtschaftlicher Betrieb

Kennzeichnend ist Nutzung des Bodens

M nutzt Ackerfläche; daher (+)

Betrieb des M = landwirtschaftlicher Betrieb i.S.d. § 3 I HGB

§ 1 HGB ist damit nicht anwendbar

2. Gem. § 3 II HGB

Vor.: Eintragung ins Handelsregister, § 3 II i.V.m. § 2 S. 1 HGB

Eintragung hier (+)

Ergebnis: M = Kaufmann

Frage 2: Ist eine Befreiung von der Kaufmannseigenschaft möglich?

1. Durch Löschung der Registereintragung, vgl. § 3 i.V.m. § 2 S. 3 HGB?

Vor.: Kleingewerbebetrieb, arg. e contrario § 3 II HGB