

Handelsrecht ist die Summe der privatrechtlichen Normen, die auf gewerblich tätige Unternehmer anwendbar sind. Das materielle Handelsrecht ist neben dem HGB auch in zahlreichen Nebengesetzen normiert (z.B. Kreditwesengesetz, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapierprospektgesetz). Es ist der Teil des Privatrechts, der ein Sonderrecht für bestimmte am Handelsverkehr teilnehmende Personen enthält, bzw. im Handelsverkehr seine größte Bedeutung entfaltet (WechselG, ScheckG).

Sound: Handelsrecht ist das Sonderprivatrecht der Kaufleute

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

Das HGB enthält als Sonderprivatrecht speziellere Regelungen gegenüber dem allgemeinen Privatrecht des BGB, vgl. Art. 2 I EGHGB. Oftmals ergänzt das HGB aber nur die Regelungen des BGB. So regeln z.B. die §§ 48 ff. HGB den Umfang der Vertretungsmacht eines Prokuristen. Die übrigen Voraussetzungen für eine wirksame Stellvertretung richten sich nach den §§ 164 ff. BGB. Ebenso enthalten die §§ 105 ff. HGB Sonderregeln für Personenhandelsgesellschaften. Die §§ 705 ff. BGB bleiben aber subsidiär anwendbar, vgl. § 105 III HGB.

In letzter Zeit hat sich dieses **Rangverhältnis** zwischen HGB und BGB **teilweise umgekehrt**. So verweist der **neu gefasste § 736 II BGB** für die Begrenzung der Nachhaftung der Gesellschafter einer GbR auf die für Personenhandelsgesellschaften geltende Regelung in § 160 HGB.

hemmer-Methode: Aus dem Verhältnis zwischen HGB und BGB lässt sich erkennen, dass rein handelsrechtliche Klausuren kaum vorstellbar sind. Das Handelsrecht erlangt seine Klausurbedeutung vor allem im Rahmen bürgerlich-rechtlicher Klausuren, die einige Besonderheiten aufweisen. Wichtig ist es daher, handelsrechtliche Fragestellungen in den Kontext des BGB einordnen zu können.

Das Handelsrecht hat insbesondere den Sinn, den Besonderheiten und den Gepflogenheiten des Handelsverkehrs Rechnung zu tragen (vgl. H/W, HandelsR, Rn. 4 f.).

Was sind die Besonderheiten des kaufmännischen Rechtsverkehrs?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

- Im Handelsverkehr hat die **Privatautonomie** ein **besonders starkes Gewicht**. Normen des BGB, die ansonsten als zwingendes Recht nicht zur Disposition der Parteien stehen, gelten im Handelsrecht nicht, um den Parteien einen größeren Gestaltungsspielraum zu eröffnen (z.B. §§ 350, 348 HGB). Daneben sind die meisten Vorschriften des Handelsrechts abdingbar.
- Die **Einfachheit und Schnelligkeit der Geschäftsabwicklung** sind für Kaufleute von besonderer Bedeutung. So dienen die Typisierung bezüglich des Umfangs der Vertretungsmacht (vgl. §§ 48 ff. HGB) oder die Rügeobliegenheit beim Handelskauf (§ 377 HGB) der zügigen Geschäftsabwicklung im Handelsverkehr.
- Außerdem ist das Handelsrecht in **besonderem Maße** um **Rechtsklarheit** bemüht. Letztlich dient dies auch dem Ziel einer schnellen Geschäftsabwicklung.
- Charakteristisch für das Handelsrecht ist zudem der **Grundsatz der Entgeltlichkeit** (z.B. § 354 HGB).

hemmer-Methode: Diese Grundsätze lassen sich in vielen Fällen als gute Argumentationshilfe verwenden. Sie sollten sie deshalb auch in Klausuren immer vor Augen haben So sparen Sie sich das Auswendiglernen einer Vielzahl von Einzelfällen.

Außerdem sind diese Grundsätze eine Verständnishilfe für die meisten Normen des HGB.

Die Anwendbarkeit des Handelsrechts hängt davon ab, dass wenigstens einer der Beteiligten Kaufmann ist. Die Kaufmannseigenschaft ist in den §§ 1-3, 5 und 6 HGB geregelt. Diese enthalten zwei dem Grunde nach unterschiedliche Kaufmannsbegriffe.

Welche beiden Kaufmannsbegriffe enthält das HGB?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend hemmer

Das HGB enthält zum einen den **tätigkeitsbezogenen Kaufmannsbegriff des § 1 I HGB (Kaufmann kraft Handelsgewerbes)**, zum anderen den **formellen Kaufmannsbegriff des § 6 HGB (Kaufmann kraft Rechtsform)**.

- Nach § 1 I HGB ist **Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt**. Dabei kommt es auf die Art der Tätigkeit an.
- § 6 HGB ist zu entnehmen, dass nicht nur Einzelpersonen, sondern auch Personenvereinigungen die Kaufmannseigenschaft haben können. Als Grundsatz legt § 6 I HGB fest, dass für alle Handelsgesellschaften (OHG, KG, GmbH, AG, KGaA, etc.; dagegen nicht: GbR) das Kaufmannsrecht gilt. § 6 II regelt ergänzend, dass bestimmte „Vereine“ kraft Gesetzes und unabhängig vom Gegenstand des Unternehmens Kaufmann sind, also auch soweit sie überhaupt kein Gewerbe betreiben. **Diese Kaufleute, die bereits aufgrund der Rechtsform Kaufleute sind, werden als Formkaufleute bezeichnet**. Darunter fallen die **AG gem. § 3 AktG**, die **GmbH gem. § 13 III GmbHG**, die **KGaA gem. § 278 III S.3 AktG** und die **eG gem. § 17 II GenG jeweils in Verbindung mit § 6 I HGB** (vgl. H/W, HandelsR, Rn. 80 ff.; H/W, KK HandelsR 16).

hemmer-Methode: Die Kaufmannseigenschaft ist natürlich nicht abstrakt vorweg zu prüfen, sondern erst bei der Subsumtion der Normen, welche sie voraussetzen. Werden z.B. Mängelrechte geltend gemacht, so kommt es auf die Kaufmannseigenschaft regelmäßig erst beim Ausschluss dieser Rechte nach § 377 II HGB an.

Wird Erfüllung einer Bürgschaftsschuld verlangt, so kommt es auf den Kaufmannsbegriff erst bei der Frage nach dem Schriftformerfordernis des § 766 S.1 BGB an (vgl. § 350 HGB).

Kaufmann nach § 1 I HGB ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Gem. § 1 II HGB ist dies der Fall, wenn ein gewerbliches Unternehmen betrieben wird, es sei denn, dieses erfordert nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb.

Wann stellt sich eine ausgeübte Tätigkeit als Gewerbe dar?

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend hemmer

1. Gewerbe ist nach h.M. jede offene, planmäßige, selbständige (aber nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche) und erlaubte, von der Absicht dauernder Gewinnerzielung getragene Tätigkeit (vgl. H/W, HandelsR, Rn. 9 ff.).

- **Offenheit** liegt vor, wenn die Tätigkeit für Dritte erkennbar ist.
- **Planmäßig** ist eine Tätigkeit, soweit sie auf gewisse Dauer angelegt ist. Dabei reicht es, wenn objektiv wiederholt und regelmäßige Geschäfte getätigt werden und subjektiv eine entsprechende Absicht vorliegt.
- **Selbständig** ist, wer nicht weisungsgebunden ist. Dabei kommt es auf eine rechtliche, nicht dagegen wirtschaftliche Selbständigkeit an. An dieser Stelle hat eine Abgrenzung zu den unselbständigen Arbeitnehmern zu erfolgen (vgl. auch § 84 I S.2 HGB, der als Abgrenzungshilfe herangezogen werden kann).
- **Erlaubt** ist eine Tätigkeit, soweit sie weder gesetz- noch sittenwidrig i.S.d. §§ 134, 138 BGB ist (str.). Beachte auch § 7 HGB.
- Die **Absicht dauernder Gewinnerzielung** setzt nicht voraus, dass tatsächlich Gewinne erwirtschaftet werden. Sie wird bei privaten Unternehmen vermutet. Betreibt dagegen die öffentliche Hand ein Unternehmen, so ist die Gewinnerzielungsabsicht konkret festzustellen. Ob die Gewinnerzielungsabsicht notwendiger Bestandteil des Gewerbebegriffs ist, ist strittig.

Kein Gewerbe betreiben dagegen die sog. Freiberufler (z.B.: Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Künstler, vgl. dazu § 1 II PartGG), obwohl die vorstehend genannten Merkmale eigentlich vorliegen. Dieses nicht nur wegen seiner Herkunft zweifelhafte „Privileg“ ist derzeit ein politisches Diskussionsthema; möglicherweise ist der Freiberuflerstatus bald Geschichte.

hemmer-Methode: Für den Kaufmannsbegriff kommt dem Gewerbebegriff nach der Neufassung der §§ 1, 2 HGB entscheidende Bedeutung zu. Dennoch wird dies in einer Klausur selten problematisch sein und sollte daher mit der gebotenen Kürze abgehandelt werden. Hier können Sie in der Regel nur dadurch Punkte holen, dass Sie knapp die Neuerungen im Bereich des Kaufmannsbegriffs aufzeigen.

Vertragspartner bei der Vornahme eines zum Gewerbe gehörenden Rechtsgeschäftes wird die Person, die das Gewerbe betreibt.

Zwar wird z.B. eine GmbH durch ihren Geschäftsführer im Rechtsverkehr vertreten. Wer betreibt aber das Gewerbe / ist der Kaufmann?

Das Gewerbe wird von derjenigen Person betrieben, in deren Namen die zum Gewerbe gehörenden Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden (vgl. H/W, HandelsR, Rn. 24). Das **Betreiben** eines Handelsgewerbes i.S.d. § 1 I HGB setzt eine Unternehmerinitiative (= Leitungsmacht) und das Unternehmerisiko (= persönliche Haftung) voraus.

Kaufleute sind deshalb:

- Die **Kapitalgesellschaften** (§§ 3 AktG, § 13 III GmbHG), *nicht dagegen deren* Vorstand oder Geschäftsführer, der für sie im Rechtsverkehr handelt.
- Die **Personenhandelsgesellschaften** (§§ 124 I, 161 II HGB) und nach h.M. die persönlich haftenden Gesellschaften, nicht aber die *Kommanditisten*.
- Die **einzelnen Miterben**, da die Miterbengemeinschaft (§ 2032 BGB) mangels Rechtsfähigkeit nicht berechtigt und verpflichtet werden kann
- Der **Inhaber eines Betriebs**, der im Ausland lebt, *nicht dagegen sein Prokurist*, auch wenn er den Betrieb selbstverantwortlich leitet
- Der **Pächter**, da er die im Gewerbebetrieb anfallenden Rechtsgeschäfte im eigenen Namen abschließt, *nicht aber der Verpächter*
- Der **Minderjährige**, *nicht aber sein gesetzlicher Vertreter*, der für den Minderjährigen handelt.

hemmer-Methode: In der Klausur sollten Sie darauf achten, dass der Geschäftsführer einer GmbH kein Kaufmann ist, da er kein Gewerbe betreibt. Gibt er daher telefonisch eine auf ihn lautende Bürgschaftserklärung ab, so ist diese wegen §§ 766 S.1, 125 S.1 BGB nichtig (vgl. dazu BGH, Life&Law 2006, Heft 3, 149 ff. = NJW 2006, 431 ff.). § 350 HGB findet weder direkt noch analog (str.) Anwendung. Möglicherweise ist aber die Berufung auf die Formnichtigkeit treuwidrig, § 242 BGB

Ob das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, bestimmt sich nach § 1 II HGB. Danach kommt es nach der Neufassung nicht mehr auf das Betreiben eines Grundhandelsgewerbes an. Vielmehr liegt ein Handelsgewerbe vor, wenn das Unternehmen einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

1. Wann erfordert ein Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb?
2. Wie wirkt sich die Eintragung auf die Kaufmannseigenschaft jeweils aus?
3. Wie ist § 1 II HGB rechtstechnisch ausgestaltet?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend hemmer

1. Unter **kaufmännischen Einrichtungen** versteht man alle **Einrichtungen, die eine ordentliche und übersichtliche Geschäftsführung sicherstellen**, z.B. Buchführung und Bilanzierung, Führung von Kassenbüchern, die Aufbewahrung von Belegen und die Inventur. Der Umfang eines Betriebs wird **im wesentlichen bestimmt nach Umsatzvolumen, Mitarbeiterzahl und Anzahl von Betriebsstätten**. Die Art eines Unternehmens erfordert kaufmännische Einrichtungen, wenn in dem Geschäftsbetrieb nicht nur einfach überschaubare, regelmäßig bar abgewickelte Umsatzgeschäfte getätigt werden, sondern wenn der Betrieb *eine Vielfalt von Erzeugnissen vertreibt, umfangreiche Geschäftsbeziehungen zu Kunden und Lieferanten unterhält, Kredite gewährt oder in Anspruch nimmt und die Abwicklung der einzelnen Geschäftsvorfälle sich über längere Zeiträume erstrecken kann*. Das beurteilt sich nach dem **Gesamtbild eines Unternehmens**.

2. Soweit ein **Handelsgewerbe betrieben** wird, hat die **Eintragung gem. § 29 HGB** lediglich **deklaratorische Bedeutung** bezüglich der Kaufmannseigenschaft. Erfordert ein gewerbliches Unternehmen dagegen **keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb**, gewährt § 2 HGB die Option der Erlangung der Kaufmannseigenschaft durch Eintragung. Daher wirkt die **Eintragung** insoweit **konstitutiv**.

3. Rechtstechnisch stellt sich § 1 II HGB als **widerlegbare Vermutung** dar. Durch § 1 II HGB wird das **Erfordernis eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs bei allen Gewerbetreibenden vermutet**. Diese Vermutung kann widerlegt werden, wenn derjenige, der sich auf fehlende Kaufmannseigenschaft beruft, das Gegenteil darlegt und beweist.

hemmer-Methode: Soweit in der Klausur an dieser Stelle kein Problem ist, sollten Sie sich wiederum kurz fassen.