



Universität Konstanz Postfach D 99 D-78457 Konstanz

Universität Konstanz

Fachbereich

Rechtswissenschaft

Prof. Dr. jur. Karl-Heinz Fezer
Ordinarius für Bürgerliches Recht,
Recht der Wirtschaftsordnung und Recht
der internationalen Wirtschaftsbeziehungen

Universitätsstraße 10

Telefax: (07531) 88-45 34

Telefon: (07531) 88-0

Durchwahl: 88-29 60/-29 96

Wintersemester 2008/2009

Grundzüge des Handelsrechts

Vorlesungsbegleitende Literatur

1. **Fezer**, Klausurenkurs im Handelsrecht, Ein Fallbuch, 4. Aufl., 2006
2. **Hübner**, Handelsrecht, 5. Aufl., 2004

Schrifttum (Auswahl)

I. Lehrbücher

1. **Brox/Henssler**, Handelsrecht, mit Grundzügen des Wertpapierrechts, 19. Aufl., 2007
2. **Bülow**, Handelsrecht, 5. Aufl., 2005
3. **Canaris**, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006
4. **von Gierke/Sandrock**, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 1, Allgemeine Grundlagen, Der Kaufmann und sein Unternehmen, 9. Aufl., 1975
5. **Hofmann**, Handelsrecht, 11. Aufl., 2002
6. **Hübner**, Handelsrecht, 5. Aufl., 2004
7. **Jung**, Handelsrecht, 7. Aufl., 2008
8. **Kindler**, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2008
9. **Klunzinger**, Grundzüge des Handelsrechts, 13. Aufl., 2006
10. **Oetker**, Handelsrecht, 5. Aufl., 2007
11. **Roth**, Handels- und Gesellschaftsrecht, Mit Grundzügen des Wertpapierrechts, 6. Aufl., 2001
12. **K. Schmidt**, Handelsrecht, 5. Aufl., 1999

13. **Steinbeck**, Handelsrecht, 2005
14. **Timm/Schöne**, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. I, Ein Arbeitsbuch: Pflichtfachstoff, 3. Aufl., 2004; Bd. II, Ein Arbeitsbuch: Wahlfachstoff, 2. Aufl., 2002
15. **Wörten**, Handelsrecht mit Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., 2008

II. Fallsammlungen

1. **Fezer**, Klausurenkurs im Handelsrecht, Ein Fallbuch, 4. Aufl., 2006
2. **Hadding/Henrichs**, Die HGB-Klausur, Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht in Fallbeurteilungen und Übersichten, 3. Aufl., 2003
3. **Hopt/Mössle**, Handels- und Gesellschaftsrecht, Bd. I: Handelsrecht, 2. Aufl., 1999
4. **Jula**, Fallsammlung zum Handelsrecht, 2000
5. **Martinek/Wimmer-Leonhardt**, Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, 58 Fälle mit Lösungen, 3. Aufl., 2001
6. **Müller-Laube**, 20 Probleme aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2001
7. **Saar/Müller**, 35 Klausuren aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht mit Lösungsskizzen, 3. Aufl., 2006
8. **Timm**, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Handels- und Gesellschaftsrecht, 75 Entscheidungen für Studium und Examen, 1995
9. **Timm/Schöne**, Fälle zum Handels- und Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 7. Aufl., 2008; Bd. 2, 6. Aufl., 2008
10. **Wiedemann/Fleischer**, Handelsrecht einschließlich Bilanzrecht, Prüfe Dein Wissen, 8. Aufl., 2004

III. Kommentare

1. **Baumbach/Hopt/Merkt**, Handelsgesetzbuch, 33. Aufl., 2008
2. **Ebenroth/Boujong/Joost**, Handelsgesetzbuch, Kommentar in zwei Bänden, Bd. 1, 2. Aufl., 2008; Bd. 2, 2001 und Aktualisierungsband 2003
3. **Ensthaler**, Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, mit UN-Kaufrecht, 7. Aufl., 2007
4. **Großkommentar**, Handelsgesetzbuch, begründet von *Staub*, hrsg. von *Canaris, Schilling, Ulmer*, 4. Aufl., seit 1982

5. **Heidelberger Kommentar** zum Handelsgesetzbuch, Handelsrecht – Bilanzrecht – Steuerrecht, Kommentar von *Glanegger* u.a., 7. Aufl., 2007
6. **Heymann**, Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 1995; Bd. 2, 2. Aufl., 1996, Bd. 3, 2. Aufl., 1999; Bd. 4, 2. Aufl., 2005
7. **Koller/Roth/Morck**, Handelsgesetzbuch, 6. Aufl., 2007
8. **Münchener Kommentar** zum Handelsgesetzbuch, Kommentar in sieben Bänden und Ergänzungsband, hrsg. von *K. Schmidt*, Bd. 1, 2. Aufl., 2005; Bd. 1 Nachtrag, 2. Aufl., 2007; Bd. 2, 2. Aufl., 2006; Bd. 3, 2. Aufl., 2007; Bd. 4, 2. Aufl., 2008; Bd. 5, 2001; Bd. 6, 2. Aufl., 2007; Bd. 7, 1997; Bd. 7a, 2000
9. **Röhricht/Graf v. Westphalen**, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., 2008
10. **Schlegelberger**, Handelsgesetzbuch, Kommentar von *Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, Martens, K. Schmidt* in sechs Bänden, 5. Aufl., 1973 ff.

§ 1. Der Kaufmann im Handelsrecht (§§ 1 – 7 HGB)

I. Problemstellung

1. Geschichte des Handelsrechts

2. Rechtsentwicklung vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht

Handelsrecht als *Kaufmannsrecht* oder als *Unternehmensrecht* ("Außenprivatrecht der Unternehmen")

Literatur: *Zöllner*, ZGR 1983, 82 ff.; *K. Schmidt*, JuS 1985, 249; vertiefend *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl., 1999, S. 47 ff.

3. Reform des Handelsgesetzbuches 1998

Schrifttum zur Reform *des HGB*: *Fezer*, Liberalisierung und Europäisierung des Firmenrechts, ZHR 1997, 52; *K. Schmidt*, Woher - wohin? ADHGB, HGB und die Besinnung auf den Kodifikationsgedanken, ZIP 1997, 2; *P. Ulmer*, Hundert Jahre Personengesellschaftsrecht: Rechtsfortbildung bei OHG und KG, ZIP 1997, 102.

Mit dem Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 wurde der *Kaufmannsbegriff* und das *Firmenrecht des HGB* grundlegend reformiert.

Schrifttum zum HRefG: *Scheibe*, Mehr Freiheit bei der Firmenbildung - Zum Referentenentwurf für ein Handelsreformgesetz (HRefG), BB 1997, 1489; *K. Schmidt*, HGB-Reform im Regierungsentwurf, ZIP 1997, 909; *K. Schmidt*, HGB-Reform und gesellschaftsrechtliche Gestaltungspraxis, DB 1998, 61; ZIP-Dokumentation, Handelsrechtsreform: BR-Stellungnahme und Gegenäußerung, ZIP 1997, 2025.

II. Das Unternehmen als Rechtsbegriff

1. Normzweckbezogener Unternehmensbegriff

Es besteht kein einheitlicher Rechtsbegriff des Unternehmens. Der Unternehmensbegriff ist *normzweckspezifisch* anhand des jeweiligen Gesetzes durch Auslegung zu bestimmen.

Literatur: entwicklungsgeschichtlich v. *Gierke/Sandrock*, S. 171 ff; vertiefend *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 63 ff.

2. Ausblick

a) Entwicklungslinie vom Kaufmann über den Unternehmensträger zum Unternehmen an sich.

b) Neuerer Unternehmensbegriff

"Unternehmen ist eine organisierte Wirtschaftseinheit, mittels derer der Unternehmer am Markt auftritt" (*K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 63 ff.).

Drei Merkmale: (1) Personen- und Sachmittel
(2) Organisation
(3) Marktverhalten

3. Auslegungsdirektive

Unternehmensrechtliches Denken und Auslegung des HGB.

III. Lösungswege des Handelsrechts als Kaufmannsrecht

1. Objektives System (Code de commerce)

Ausgangspunkt ist das Handelsgeschäft.

2. Subjektives System (HGB)

Normadressat ist der Kaufmann.

Nach der Handelsrechtsreform liegt dem HGB ein subjektiv-objektives Mischsystem zugrunde.

IV. Definition des Kaufmannes (§ 1 Abs. 1 HGB)

Kaufmann im Sinne des HGB ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 1 HGB).

Der Begriff des Kaufmanns ist aufgrund von drei Merkmalen zu bestimmen:

(1) Gewerbe
(2) Handelsgewerbe
(3) Betreiben eines Handelsgewerbes

V. Der kaufmännische Gewerbebegriff

Frühere Definition des Gewerbes im handelsrechtlichen Sinne

Ein Gewerbe ist *jede offene, planmäßige, erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und selbständige Tätigkeit, ausschließlich der freien Berufe* (h. M.).

Neuere Definition des Gewerbes im handelsrechtlichen Sinne

Ein Gewerbebetrieb liegt vor, wenn es sich um ein wirtschaftliches Unternehmen handelt, das selbständig, planmäßig und entgeltlich als Anbieter von Leistungen am Markt tätig ist.

Definition des Gewerbes von Canaris

Selbständige, entgeltliche, auf eine unbestimmte Vielzahl von Geschäften gerichtete, nach außen in Erscheinung tretende Tätigkeit mit Ausnahme der künstlerischen und der wissenschaftlichen sowie derjenigen freien Berufe, bei denen die Leistungs-

erbringung höchstpersönlichen Charakter hat (Canaris, Handelsrecht, § 2 II Rn. 16, 24. Auflage, 2006).

1. Marktverhalten

Das äußerliche Hervortreten der Tätigkeit.

2. Planmäßigkeit

Die Planung der Tätigkeit auf eine gewisse Dauer.

3. Rechtmäßigkeit

Die Tätigkeit darf nicht gegen gesetzliche Verbote oder gegen die guten Sitten verstoßen (str.; ablehnend *Fezer*, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 3, Rn. 47 f.; *Hübner*, Handelsrecht, Rn. 31).

4. Gewinnerzielungsabsicht – Entgeltliche Tätigkeit am Markt

Nach der früher h. M. und Rechtsprechung musste die Tätigkeit auf Gewinnerzielung gerichtet sein (BGHZ 33, 321, 324; 36, 273, 276; 83, 382, 386; Kritik und Nachweise bei *Gierke/Sandrock*, S. 114; Großkommentar, § 1, Rn. 9; *Hopt*, ZGR 1987, 145; *Henssler*, ZHR 161 (1997), S. 13, 21).

Der BGH verzichtet in einem neueren Urteil aus dem Jahre 2003 zum *Begriff des Kreditgebers im Sinne des § 1 Abs. 1 VerbrKrG* auf das Erfordernis eines Handelns in Gewinnerzielungsabsicht als Abgrenzungskriterium für die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit von dem rein privaten Handeln des Kreditgebers (BGH NJW 2003, 2742). Ob das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht sowohl unter betriebswirtschaftlichen als auch unter (handels)rechtlichen Gesichtspunkten überholt ist und bereits eine dauerhafte, entgeltliche Tätigkeit eines Unternehmens am Markt als gewerbliche Tätigkeit anzusehen ist, hat der BGH noch nicht entschieden (siehe zur Gewinnerzielungsabsicht bei einem öffentlichen Unternehmen *Fezer*, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 1, S. 3 ff.).

Nach neuerer und überwiegender Auffassung im handelsrechtlichen Schrifttum ist auf das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht zu verzichten und ist eine entgeltliche Tätigkeit am Markt ausreichend.

5. Selbständigkeit

Die Selbständigkeit der Tätigkeit.

6. Abgrenzung zu den freien Berufen

Die Tätigkeit der freien Berufe – und der künstlerischen und wissenschaftlichen Tätigkeit – wird nach herkömmlicher Auffassung nicht als eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Handelsrechts verstanden (zur Kritik und zur Forderung der Einbeziehung der freien Berufe in den Handelsstand *K. Schmidt*, JZ 2003, 585, 589 f.).

ÜBUNGSFALL

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 1

Begriff des Gewerbes – Gemeindlicher Eigenbetrieb als Gewerbebetrieb – Kaufmannseigenschaft eines Wirtschaftsvereins

VI. Begriff des Handelsgewerbes (§ 1 Abs. 2 HGB)

1. Definition

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

Das HRefG knüpft nicht an einen handelsrechtlichen Unternehmensbegriff, sondern an den traditionellen Gewerbebegriff, den das HGB voraussetzt, an.

2. Handelsgewerbe kraft Gesetzes (§ 1 Abs. 2 HGB)

Nach § 1 Abs. 2 HGB können *Gewerbe jeder Art* Handelsgewerbe sein. Die Qualifikation als *Handelsgewerbe* bestimmt sich nach der Erforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen.

3. Handelsgewerbe kraft Registereintragung (§ 2 HGB)

Nach § 2 S. 1 HGB *gilt* ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist, als Handelsgewerbe im Sinne des HGB, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist.

Nach dieser Vorschrift kann die Kaufmannseigenschaft kraft Eintragung für solche Gewerbe begründet werden, die nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB *Handelsgewerbe* sind. Die Tatbestandsvoraussetzungen des *Gewerbebegriffs* müssen vorliegen.

Nach dieser Vorschrift kann die Kaufmannseigenschaft für Gewerbetreibende, deren Unternehmen eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert, begründet werden.

VII. Betreiben des Handelsgewerbes

1. Handelsgeschäfte im Namen des Kaufmanns
2. Rechtsfähigkeit des Kaufmanns

VIII. Die Arten der Kaufleute (Kaufmannsbegriffe)

1. Kaufmann kraft Handelsgewerbes (Musskaufmann oder Istkaufmann)
Kaufmann kraft Handelsgewerbes (Musskaufmann oder Istkaufmann) ist der Gewerbetreibende, dessen Unternehmen nach Art *und* Umfang einen in

kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 HGB).

Die Kaufmannseigenschaft besteht unabhängig von einer Handelsregistereintragung (*deklaratorische Eintragung*).

Nach § 29 HGB ist der Kaufmann verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Beachte: Wenn die Voraussetzungen eines Gewerbebetriebs vorliegen, dann wird *vermutet* (siehe die Formulierung "es sei denn" in § 1 Abs. 2 HGB), dass das ein Handelsgewerbe begründende Erfordernis kaufmännischer Einrichtungen ("Größenkriterium") vorliegt.

2. Kaufmann kraft Registereintragung (Kannkaufmann oder Optionskaufmann)

a) Kleingewerbetreibende

Kaufmann kraft Registereintragung (Kannkaufmann oder Optionskaufmann) ist der Gewerbetreibende, dessen Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb zwar nicht erfordert, dessen Firma aber in das Handelsregister eingetragen ist (§ 2 S. 1 HGB).

Die Kaufmannseigenschaft wird durch die Handelsregistereintragung begründet (*konstitutive Eintragung*).

Kleingewerbetreibende haben die Option, durch Registereintrag die Kaufmannseigenschaft zu begründen (§ 2 S. 2 HGB).

b) Land- und Forstwirte

Die Regelungstechnik des Optionskaufmanns gilt auch für die Land- und Forstwirtschaft (§ 3 HGB). Land- und Forstwirte (Kannkaufleute oder Optionskaufleute), deren Unternehmen nach Art und Umfang eine in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert ("Größenkriterium"), haben die Option, durch Registereintrag die Kaufmannseigenschaft zu begründen (§ 3 Abs. 2 HGB).

Für ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmens kann die Kaufmannseigenschaft unabhängig von dem Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft durch Registereintrag erworben werden (§ 3 Abs. 3 HGB).

3. Fiktivkaufmann (§ 5 HGB)

Wer ein Gewerbe betreibt, und in das Handelsregister eingetragen ist, gilt als Kaufmann (§ 5 HGB). Der Vorschrift kommt gegenüber dem Kaufmann kraft Registereintragung nur ein eingeschränkter Anwendungsbereich zu (str., "voluntatives Element").

4. Scheinkaufmann (Rechtsscheinslehre)

Wer in zurechenbarer Weise den Rechtsschein setzt, er sei Kaufmann, wird gegenüber einem gutgläubigen Dritten *wie ein Kaufmann behandelt*.

5. Gesellschaften als Kaufleute (§ 6 HGB)

a) Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften (§ 6 Abs. 1 HGB)

Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) sind Kaufleute nach den Regeln über den Kaufmann kraft Handelsgewerbes oder den Kaufmann kraft Registereintragung (§§ 1 ff. HGB).

Kapitalgesellschaften (AG, KGaA, GmbH, EWIV) sind ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens mit der Eintragung in das Handelsregister Kaufleute (Kaufmann kraft Rechtsform oder Formkaufmann). Die eG ist keine Handelsgesellschaft, gilt aber als Kaufmann nach § 17 Abs. 2 GenG.

b) Körperschaftlich strukturierte Formkaufleute (§ 6 Abs. 2 HGB)

Seit der Handelsrechtsreform 1998 und der Aufhebung des § 4 HGB (Minderkaufleute) kommt der Vorschrift kein eigenständiger Regelungsgehalt mehr zu. Die Vorschrift stellt klar, dass § 1 Abs. 2 HGB nicht für Formkaufleute gilt.

6. Verhältnis zu Vorschriften des öffentlichen Rechts (§ 7 HGB)

IX. Einzelne Problembereiche

1. **Unternehmen der öffentlichen Hand**
2. **Freie Berufe**
3. **Die Rechtsvermutung in § 1 Abs. 2 HGB**
4. **Beurteilungskriterien der Art und des Umfangs eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs**
5. **Verhältnis des Kaufmanns kraft Registereintragung (Optionskaufmann) zum Fiktivkaufmann**

ÜBUNGSFÄLLE

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 2

Kaufmann kraft Handelsgewerbes – Kaufmann kraft Registereintragung – Sachlicher Anwendungsbereich der Vorschriften über AGB gegenüber Unternehmern

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 3

Gewerbebegriff und Naturalobligation – Kaufmannseigenschaft bei Heiratsvermittlung durch GmbH & Co. KG – Formelles Handelsregisterrecht

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 4

Optionskaufmann gem. § 2 HGB – Fiktivkaufmann gem. § 5 HGB – Kaufmannseigenschaft der Land- und Forstwirte

§ 2. Publizität des Handelsregisters und Rechtsscheinslehre (§§ 8 – 16 HGB)

I. Die Rechtswirkungen der Publizität

1. Die Rechtswirkungen einer richtigen Eintragung als solcher

- a) Konstitutive Wirkung (siehe §§ 2, 3 HGB)
- b) Deklaratorische Wirkung (siehe § 1 Abs. 2 HGB)
- c) Beweis des ersten Anscheins (keine Rechtsvermutung; siehe § 9 Abs. 3 HGB)

2. Die Rechtswirkungen einer richtigen Eintragung und einer richtigen Bekanntmachung nach § 15 Abs. 2 HGB

Der Rechtsverkehr muss eine einzutragende Tatsache, die richtig eingetragen und richtig bekannt gemacht worden ist, gegen sich gelten lassen nach § 15 Abs. 2 HGB; möglich ist ein Entlastungsbeweis unter den engen Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 S. 2 HGB.

Es besteht *keine positive Publizität* des Handelsregisters (siehe aber unten 4); die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache wird nicht fingiert.

3. Die negative Publizität des § 15 Abs. 1 HGB (Schweigen des Handelsregisters)

Ist eine einzutragende Tatsache weder eingetragen noch bekannt gemacht worden, dann kann sich ein gutgläubiger Dritter auf das Schweigen des Handelsregisters verlassen.

4. Die Rechtswirkung einer falschen Bekanntmachung nach § 15 Abs. 3 HGB

Ist eine einzutragende Tatsache unrichtig bekannt gemacht, so kann ein gutgläubiger Dritter sich auf die *bekannt gemachte* Tatsache berufen. Insoweit besteht eine *positive Publizität* des Handelsregisters.

5. Die Rechtswirkung einer falschen Eintragung nach Gewohnheitsrecht (Lehre vom Rechtsschein einer Eintragung)

Wer in seinen Angelegenheiten eine unrichtige Eintragung veranlasst oder schuldhaft nicht beseitigt, kann sich gegenüber einem gutgläubigen Dritten nicht auf die Unrichtigkeit der Eintragung berufen.

II. Einzelne Problembereiche

- 1. Fehlen der voreintragungspflichtigen Tatsache**
- 2. „Rosinentheorie“**
- 3. Verhältnis der Rechtsscheinslehre zu § 15 HGB**

III. Fälle und Fragen

1. P ist als Prokurist des K eingetragen, ohne dass ihm Prokura zusteht. P kündigt ein Darlehen, das der K dem D gewährt hat. K verlangt das Darlehen zurück. Zu Recht?
2. K erteilt dem P Prokura, ohne dass die Prokura eingetragen wird. Später widerruft K die Prokura, ohne dass der Widerruf eingetragen wird. Nunmehr gewährt P dem D ein Darlehen des K. Rechtswirksam?
3. K erteilt dem P1 Prokura. Es wird P2 als Prokurist eingetragen und bekannt gemacht. Nunmehr gewährt P2 dem D ein Darlehen des K. Rechtswirksam?
4. Die persönlich haftenden Gesellschafter A und B einer KG sind nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. B scheidet aus der KG aus; sein Ausscheiden wird weder eingetragen noch bekannt gemacht. Nunmehr kauft A für die KG Waren bei D. Haftet B dem D für die Zahlung des Kaufpreises? (siehe BGHZ 65, 309; dazu *John*, ZHR 140 (1978) 254 "Rosinentheorie")
5. Zum Verhältnis des § 15 Abs. 1 HGB zur Vertrauensschutzlehre siehe den „Schulfall“ BGHZ 115, 78 ff.; dazu *K. Schmidt*, JuS 1991, 1002 ff.
6. Zur Vertiefung siehe die Fallkonstellation in BGH NJW 1976, 848.

ÜBUNGSFÄLLE

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 12

Missbrauch der Prokura – Kein Anspruch auf Erteilung der Prokura – Handlungsvollmacht – Ladenvollmacht – Duldungsvollmacht – Negative Publizität des Handelsregisters - Deklaratorische Wirkung der Handelsregistereintragung – Sekundäre Unrichtigkeit des Handelsregisters

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 13

Rechtsfolgen der negativen Publizitätswirkung des Handelsregisters – "Rosinentheorie" – Kaufmannseigenschaft eines Kommanditisten – Grundsatz der Firmenbeständigkeit – Einwilligung in die Firmenfortführung bei Ausscheiden des Erben des Firmengründers

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 15

Lehre vom Rechtsscheinkaufmann und Rechtsscheingesellschafter – Rechtsscheintatbestände entgegen Registereintragung – Handeln für den Betriebsinhaber (unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte) – Grenzen der Rechtsscheinhaftung bei mündlichen Erklärungen

III. Tabellarische Übersicht

Vorschrift	Tatbestandsvoraussetzungen	Rechtsfolge	Begünstigter	Ausschluss der Rechtsfolge
§ 5 HGB Fiktivkaufmann	1. Eintragung der Firma 2. Betrieb eines Gewerbes	<i>Fiktion</i> Kaufmann	Rechtsverkehr <i>und</i> Eingetragene selbst („für und gegen alle“)	Erschleichen der Eintragung (<i>Rechtsmissbrauch/ Arglistewand</i>); Kenntnis schadet nicht
§ 15 I HGB negative Publizität	1. <i>Eintragungspflichtige</i> Tatsache 2. <i>Nichteintragung</i> oder <i>Nichtbekanntmachung</i>	<i>keine Berufung auf die Rechtswirkung der Tatsache</i> durch den Eintragungspflichtigen	Rechtsverkehr (zuungunsten dessen, in dessen Angelegenheiten einzutragen war)	<i>positive Kenntnis</i> der einzutragenden Tatsache
§ 15 III HGB positive Publizität	1. <i>Eintragungspflichtige</i> Tatsache 2. <i>Unrichtige</i> Bekanntmachung	<i>Berufung auf die Rechtswirkung der unrichtig bekannt gemachten Tatsache</i> durch Dritte	Rechtsverkehr (beachte: anders als in § 5 HGB)	<i>positive Kenntnis</i> der wirklichen Rechtslage oder der Unrichtigkeit der Bekanntmachung
<i>Lehre vom Scheinkaufmann</i> (nicht § 5 HGB analog)	1. <i>Rechtsschein</i> : Auftreten als Kaufmann 2. <i>Zurechenbarkeit</i> des Rechtsscheins 3. <i>Gutgläubigkeit</i> des Dritten 4. <i>Ursächlichkeit</i> des Rechtsscheins (3. und 4. nicht bei § 5 HGB)	Der <i>Rechtsschein wirkt zugunsten des Dritten</i> ; Behandlung als Kaufmann, soweit der Rechtsschein reicht	Rechtsverkehr	<i>Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis</i> des wahren Sachverhalts
	1. <i>Unrichtige Eintragung</i> 2. <i>Veranlassung oder Nichtbeseitigung</i> der Eintragung 3. <i>Gutgläubigkeit</i> des Dritten 4. <i>Ursächlichkeit</i> des Rechtsscheins	<i>Berufung auf die Rechtswirkung</i> der unrichtig eingetragenen Tatsache durch Dritte	Rechtsverkehr	<i>Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis</i> des wahren Sachverhalts

§ 3. Das Personal des Kaufmanns – Die Stellvertretung im Handelsrecht (§§ 48 – 58 HGB)

I. Der kaufmännische Rechtsverkehr

1. Unselbständiges Personal

Das unselbständige Personal des Kaufmanns sind die gewerblichen und kaufmännisch tätigen Arbeitnehmer; es besteht arbeitsrechtliche Abhängigkeit.

Beispiele:

Prokurist (§§ 48 - 53 HGB),
Handlungsbevollmächtigter (§§ 54 - 58 HGB),
Handlungsgehilfe (§§ 59 - 75h HGB)

2. Selbständiges Personal

Das selbständige Hilfspersonal des Kaufmanns sind selbst Kaufleute; es besteht arbeitsrechtliche Selbständigkeit bei interessenmäßiger Integration.

Beispiele:

Handelsvertreter (§ 84 - 92c HGB),
Handelsmakler (§§ 93 - 104 HGB),
Kommissionär (§§ 383 - 406 HGB),
Vertragshändler (nicht im Gesetz geregelt)

3. Geschäftspartner

Die Geschäftspartner des Kaufmanns sind Kaufleute sowie Nichtkaufleute; es besteht arbeitsrechtliche und interessenmäßige Selbständigkeit.

Beispiele:

Frachtführer (§§ 407 - 452d HGB),
Spediteur (§§ 453 - 466 HGB),
Lagerhalter (§§ 467 - 475h HGB),
Banken, Lieferanten, Kunden

II. Die kaufmännischen Vollmachten

1. Prokura (§§ 48 - 53 HGB)

2. Handlungsvollmacht (§§ 54 - 58 HGB)

3. Besonderheiten für Handlungsgehilfen im Außendienst

Abschlussbevollmächtigte (§§ 55, 54 HGB)

Vermittlungsbevollmächtigte (§§ 75 g, 55 Abs. 4 HGB)

4. Handlungsvollmacht des Ladenangestellten (§ 56 HGB)

III. Prokura (§§ 48 – 53 HGB)

1. Die Prokura ist eine *handelsrechtliche Vollmacht* auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage (§§ 164 ff. BGB).
Unterscheide Innenverhältnis und Außenverhältnis (*Abstraktionsprinzip*).
2. Den *Umfang der Prokura bestimmt das Gesetz* (§ 49 HGB); den Umfang der bürgerlich-rechtlichen Vollmacht bestimmt der Vollmachtgeber.
Der Umfang der Prokura ist gegenüber Dritten unbeschränkbar (§ 50 Abs. 1, 2 HGB).
Beachte: Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht.
3. Eine Prokura kann nur von dem *Inhaber eines Handelsgeschäfts* (oder seinem gesetzlichen Vertreter) erteilt werden.
Beachte: Möglichkeit der Umdeutung (§ 140 BGB) bei Erteilung durch einen Nichtkaufmann in eine bürgerlich-rechtliche Vollmacht (§§ 164 ff. BGB).
4. Die Prokura ist *ausdrücklich* (nicht stillschweigend) zu erteilen (keine Duldungsprokura).
5. Die Prokura ist *jederzeit widerruflich* (§ 52 Abs.1 HGB); anders § 168 S. 2 BGB.
6. Die Prokura erlischt nicht beim Tode des Kaufmanns (§ 52 Abs. 3 HGB); anders §§ 168 S. 1, 672, 675 BGB: im Zweifel kein Erlöschen.
7. Die Erteilung der Prokura (§ 53 Abs. 1 HGB) und das Erlöschen der Prokura (§ 53 Abs. 3 HGB) sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (deklaratorische Wirkung der Eintragung).
8. Gesamtprokura (§ 48 Abs. 2 HGB).
9. Filialprokura (§ 50 Abs. 3 HGB).
10. Fälle und Fragen
 - a) Kaufmann K stellt den P an und erteilt ihm Prokura. Später stellt sich heraus, dass der Anstellungsvertrag nichtig ist. P hatte in der Zwischenzeit mit D für K einen Kaufvertrag abgeschlossen. D möchte nun wissen, ob der Kaufvertrag wirksam ist.
Ändert sich etwas an der Beurteilung, wenn die Prokura des P nicht in das Handelsregister eingetragen wurde?
 - b) Kaufmann K duldet, dass sein Angestellter A gegenüber seinen Kunden als Prokurist auftritt. A schließt einen für K ungünstigen Kaufvertrag mit D ab. Als D Vertragserfüllung verlangt, weigert sich K mit der Begründung, dass A kein Prokurist und überdies auch nicht im Handelsregister eingetragen sei. Zu Recht?
 - c) Kaufmann K untersagt dem Prokuristen P, Verträge über einen höheren Betrag als 10.000 Euro abzuschließen. P kauft aber im Namen des K bei D Waren für 25.000 Euro. Muss K zahlen?
 - d) Wie ist in Fall c) zu entscheiden, wenn D als ständiger Geschäftspartner des K wusste, dass K seine Prokuristen immer nur zu Verträgen bis zur Höhe von 10.000 Euro ermächtigt?

IV. Handlungsvollmacht (§§ 54 – 58 HGB)

1. Jede Vollmacht, die im Betrieb eines Handelsgewerbes erteilt wird und keine Prokura ist, ist Handlungsvollmacht.
2. Unterscheide nach § 54 Abs. 1 HGB:
 - a) Generalhandlungsvollmacht (§ 54 Abs. 1 1. Alt. HGB)
 - b) Arthandlungsvollmacht (§ 54 Abs. 1 2. Alt. HGB)
 - c) Einzel(Spezial)handlungsvollmacht (§ 54 Abs. 1 3. Alt. HGB)

V. Abschlussvollmacht (§§ 55, 54, 75 h Abs. 2 HGB) und Vermittlungsvollmacht (§§ 75 g, 55 Abs- 4. 75 h Abs- 1 HGB) der Handlungsgehilfen (§§ 59 ff. HGB) im Außendienst

Die Rechtslage der handelsrechtlichen Vollmachten für *Handlungsgehilfen im Außendienst* entspricht dem Handelsvertreterrecht (§§ 84 ff., 91, 91 a HGB).

VI. Die Handlungsvollmacht des Ladenangestellten (§ 56 HGB)

1. Die Handlungsvollmacht des Ladenangestellten ist eine *Scheinhandlungsvollmacht* für Angestellte eines Kaufmanns im Innendienst.
2. Ihre Rechtsnatur ist umstritten (Fiktion; Rechtsvermutung; Auslegungsregel; Rechtsgedanke des § 171 Abs. 1 BGB).

VII. Fälle und Fragen

1. Was unterscheidet die Handlungsvollmacht von der Prokura?
2. K, Inhaber einer Autowerkstatt, bevollmächtigt den Angestellten H zum Einkauf von Autoreifen bis zu 10.000 Euro. H kauft bei D Windschutzscheiben ein. K will nicht zahlen. Zu Recht?
3. In Fall 2 kauft H Autoreifen für 20.000 Euro. Muss K zahlen?
4. N ist bei seinem Onkel K zu Besuch und betätigt sich in dessen Lebensmittelgeschäft als „Verkäufer“. Der Kunde D kauft bei ihm Waren für 100 Euro. N kassiert und verbraucht das Geld für sich. K verlangt von D Zahlung von 100 Euro, hilfsweise Rückgabe der gekauften Waren.
5. Handelsvertreter H schließt im Namen des Geschäftsinhabers K mit D einen Kaufvertrag. Später räumt er D das Recht ein, in Raten zu zahlen, und kassiert die erste Rate, die er für sich verbraucht. K möchte wissen, ob er von D die sofortige Zahlung des ganzen Betrages verlangen kann.

ÜBUNGSFÄLLE

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 12

Missbrauch der Prokura – Kein Anspruch auf Erteilung der Prokura – Handlungsvollmacht – Ladenvollmacht- Duldungsvollmacht – Negative Publizität des Handelsregisters – Deklaratorische Wirkung der Handelsregistereintragung – Sekundäre Unrichtigkeit des Handelsregisters

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 14

Gemischte Gesamtprokura – Formkaufmann – Immobiliarklausel – Restkaufgeldhypothek

§ 4. Die Handelsfirma (§§ 17 – 37 HGB)

I. Allgemeines

1. Begriff

Die Firma ist der Handelsname des Kaufmanns (§ 17 Abs. 1 HGB). Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden (§ 17 Abs. 2 HGB).

2. Rechtsnatur

Der gegenwärtige Meinungsstand zur Rechtsnatur des Firmenrechts wird von der Lehre von der *Doppelnatur der Firma*, die als Mischrecht verstanden wird, bestimmt. Die Firma hat zugleich einen persönlichkeitsrechtlichen und einen vermögensrechtlichen Gehalt; das Firmenrecht ist als ein subjektives absolutes Recht ein Immaterialgüterrecht. (Zur historischen Entwicklung des Firmenrechts auf dem Weg zu einer Liberalisierung und Europäisierung des Firmenrechts siehe *Fezer*, ZHR 161 [1997] 52 ff.).

3. Rechtsschutz

Die Firma ist geschützt nach

- a) § 37 HGB (handelsrechtlich)
- b) § 12 BGB (namensrechtlich)
- c) § 823 BGB (deliktsrechtlich)
- d) §§ 5, 15 MarkenG (kennzeichenrechtlich als Unternehmenskennzeichen)
- e) §§ 9, 14 MarkenG (kennzeichenrechtlich als Marke).

4. Arten

Personenfirma. Sachfirma und Phantasiefirma. Mischfirma.

5. Abgrenzungen

- a) Der bürgerliche Name des Einzelkaufmanns (§ 12 BGB)
- b) Geschäftsbezeichnungen (Etablissementbezeichnungen)
Beispiele: Gasthaus zum Ritter, Sternenapotheke, Möbel-Passage, Theater am Kurfürstendamm.

II. Grundsätze der Firmenbildung

1. Firmenwahrheit

Das Gebot der Firmenwahrheit (siehe § 18 HGB)
Unterscheide: *Firmenkern* und *Firmenzusätze*.

2. Firmenbeständigkeit

Die Firmenbeständigkeit (Firmenkontinuität)
Unterscheide: *ursprüngliche* und *abgeleitete* Firma (§§ 21 - 24 HGB).

3. Firmenausschließlichkeit (Firmenunterscheidbarkeit)

Das Gebot der Firmenausschließlichkeit (§ 30 HGB)

4. Firmeneinheit

Das Gebot der Firmeneinheit (nicht ausdrücklich im HGB)

5. Firmenöffentlichkeit

Die Firmenöffentlichkeit (siehe § 29 HGB)

ÜBUNGSFÄLLE

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 5

Grundsatz der Firmenwahrheit – Grundsatz der Firmenbeständigkeit – Firma der GmbH & Co. KG – Firmenschutz

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 6

Anwendbarkeit des Firmenmissbrauchsverfahrens bei Nichtkaufleuten – Geschäftsbezeichnung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Name der Partnerschaft

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 10

Verwertung der Firma in der Insolvenz – Ausschluss der Haftung des Erwerbers nach § 25 HGB bei Unternehmenserwerb aus der Insolvenzmasse

§ 5. Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (Haftungsstrukturen der §§ 25, 27, 28 HGB)

A. Unternehmensschulden

I. Der Erwerb eines Unternehmens unter Lebenden (§ 25 HGB)

1. Altschuldenhaftung bei Firmenfortführung

Haftung des Erwerbers für die Altschulden *bei Fortführung* der Firma (§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB).

2. Altschuldenhaftung ohne Firmenfortführung

Haftung des Erwerbers für die Altschulden *ohne Fortführung* der Firma nur bei Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes (§ 25 Abs. 3 HGB).

Ein *besonderer Verpflichtungsgrund* kann sich etwa ergeben aus einer befreienden Schuldübernahme nach §§ 414 f. BGB oder einem vertraglichen Schuldbeitritt nach § 311 Abs 1 BGB.

3. Haftungsausschlussvereinbarung

Vereinbarung des Ausschlusses der Haftung des Erwerbers für Altschulden nach § 25 Abs. 2 HGB: Eintragung und Bekanntmachung oder Mitteilung an Dritten.

4. Eigene Verpflichtung für Neuschulden

Haftung des Erwerbers für Neuschulden aus eigener Verpflichtung.

5. Eigene Verpflichtung für Altschulden

Haftung des bisherigen Inhabers für Altschulden aus eigener Verpflichtung.

6. Haftung nach § 15 Abs. 1 HGB

Haftung des bisherigen Inhabers für Neuschulden bis zur Eintragung des Geschäftsübergangs nach § 15 Abs. 1 HGB.

II. Der Eintritt in das Unternehmen eines Einzelkaufmanns (§ 28 HGB)

1. Altschuldenhaftung der Gesellschaft

Haftung der entstehenden Gesellschaft (OHG, KG) für die Altschulden, unabhängig von der Fortführung der Firma (§ 28 Abs. 1 S. 1 HGB).

2. Haftungsausschlussvereinbarung

Vereinbarung des Ausschlusses der Haftung der Gesellschaft für Altschulden nach § 28 Abs. 2 HGB: Eintragung und Bekanntmachung oder Mitteilung an Dritten.

3. **Gesellschafterhaftung**

Haftung des Eingetretenen für die Altschulden als Gesellschafter *entsprechend seiner Gesellschafterstellung*

- unbeschränkt als persönlich haftender Gesellschafter einer OHG nach § 128 S. 1 HGB
- unbeschränkt als Komplementär einer KG nach §§ 161 Abs. 2, 128 S. 1 HGB
- beschränkt als Kommanditist einer KG nach § 171 HGB

4. **Inhaberhaftung**

Haftung des bisherigen Inhabers für die Altschulden:

- a) als Gesellschafter der entstandenen Gesellschaft (entsprechend seiner Gesellschafterstellung; siehe Nr. 3)
- b) als bisheriger Inhaber aus eigener Verpflichtung.

5. **Neuschuldenhaftung**

Haftung für Neuschulden:

- a) als Gesellschafter aus eigener Verpflichtung
- b) als Gesellschafter (bisheriger Inhaber und Erwerber) entsprechend ihrer Gesellschafterstellung (siehe Nr. 3).
Unterscheide die Haftung des Eintretenden in eine bestehende Gesellschaft nach § 130 HGB und nach §§ 173, 176 Abs. 2 HGB!

III. **Der Erwerb eines Unternehmens von Todes wegen (§ 27 HGB)**

1. **Erbrechtliche Haftung**

Haftung des Erben für die Altschulden als Nachlassschulden nach erbrechtlichen Vorschriften (§§ 1922, 1967 BGB) mit der Möglichkeit der Beschränkung der Haftung für die Nachlassschulden auf den Nachlass im Wege der Nachlassverwaltung oder des Nachlasskonkurses nach §§ 1975 ff. BGB (erbrechtliche Haftung).

2. **Handelsrechtliche Haftung**

Haftung des Erben für die Altschulden bei Fortführung der Firma *nach §§ 27 Abs. 1, 25 Abs. 1 HGB ohne die Möglichkeit der erbrechtlichen Haftungsbeschränkung auf den Nachlass nach §§ 1975 ff. BGB* (handelsrechtliche Haftung). Zur Möglichkeit der handelsrechtlichen Haftungsbeschränkung siehe Nr. 6.

3. **Haftung aus besonderem Verpflichtungsgrund**

Haftung des Erben für die Altschulden *ohne Fortführung* der Firma nur bei Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes nach §§ 27 Abs. 1, 25 Abs. 3 HGB ohne die Möglichkeit der erbrechtlichen Haftungsbeschränkung auf den Nachlass nach §§ 1975 ff. BGB (Haftung aus besonderem Verpflichtungsgrund).

4. **Ausschlagung der Erbschaft**

Keine Haftung des Erben bei Ausschlagung der Erbschaft nach §§ 1942 ff. BGB. (Keine Anwendung des § 27 Abs. 1 HGB, weil es nach § 1953 Abs. 1 BGB an Erbenstellung fehlt.)

5. Einstellen des Geschäftsbetriebs

Keine unbeschränkte Haftung des Erben für die Altschulden nach § 27 Abs. 1 HGB bei Einstellung des Geschäftsbetriebs innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Kenntnis vom Anfall der Erbschaft nach § 27 Abs. 2 HGB.
Zur Vertiefung BGHZ 113, 132 ff.

6. Haftungsbeschränkung

Keine unbeschränkte Haftung des Erben für die Altschulden nach § 27 Abs. 1 HGB, wenn eine Haftungsbeschränkung in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder dem Dritten mitgeteilt wird, §§ 27 Abs. 1, 25 Abs. 2 HGB (h.M.; a.A. K. Schmidt, HandelsR, § 8 IV, insbes. S. 265 f. und 270 f., der den Normzweck des § 27 HGB darin sieht, dass Alt- und Neugläubiger bei Fortführung des Unternehmens bezüglich der Haftung des Erben gleichgestellt werden, die §§ 27, 130, 139, 173 HGB als ein haftungsrechtliches System zu verstehen seien und deshalb einen Haftungsausschluss analog § 25 Abs. 2 HGB abzulehnen sei).

7. Neuschuldenhaftung

Haftung des Erben für Neuschulden aus eigener Verpflichtung
Unterscheide: Erbe eines Gesellschaftsanteils, § 139 HGB.

B. Forderungen des Unternehmens

I. Unternehmenserwerb nach § 25 HGB

Notwendigkeit der Übertragung der Forderungen vom bisherigen Inhaber auf den Erwerber des Unternehmens nach § 398 BGB. Schutz des Schuldners nach § 25 Abs. 1 S. 2 HGB.

II. Unternehmenseintritt nach § 28 HGB

Schuldnerschutz nach § 28 Abs. 1 S. 2 HGB

ÜBUNGSFÄLLE

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 7

Schuldenhaftung des Firmenfortführers nach § 25 HGB – Ausschluss der Haftung des Erwerbers nach § 25 Abs. 2 HGB

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 8

Haftung des Erben für Geschäftsschulden bei Firmenfortführung und Übergang des Handelsgeschäfts nach § 27 HGB – Haftung gem. § 28 HGB bei Eintritt in einen kleingewerblichen Geschäftsbetrieb – Kaufmännisches Bestätigungsschreiben gegenüber Kleingewerbetreibenden

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 10

Verwertung der Firma in der Insolvenz – Ausschluss der Haftung des Erwerbers nach § 25 HGB bei Unternehmenserwerb aus der Insolvenzmasse

§ 6. Das selbständige Personal des Kaufmanns

I. Der Handelsvertreter (§§ 84 – 92c HGB)

- 1. Vermittlungsvertreter und Abschlussvertreter**
- 2. Innenverhältnis zwischen Handelsvertreter und Unternehmer**
- 3. Außenverhältnis zwischen Unternehmer/Handelsvertreter und Kunde**
- 4. Ausgleichsanspruch nach Beendigung des Vertreterverhältnisses § 89b HGB**

ÜBUNGSFALL

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 16

Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers – Analoge Anwendung des § 89b HGB – "Sogwirkung der Marke"

II. Der Handelsmakler (§§ 93 – 104 HGB)

- 1. Pflichten des Handelsmaklers**
- 2. Rechte des Handelsmaklers**

III. Der Kommissionär (§§ 383 – 406 HGB)

1. Der Kommissionsvertrag

Durch den Kommissionsvertrag verpflichtet sich der Kommissionär gewerblich Waren oder Wertpapiere für Rechnung des Kommittenten in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen, § 383 HGB. § 406 I HGB erweitert den Begriff des Kommissionsvertrags, so dass jeder von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes geschlossene Vertrag, in dem er es übernimmt, für Rechnung eines anderen in eigenem Namen mit Dritten ein Geschäft zu schließen, erfasst wird.

Typischerweise bestehen somit drei Rechtsverhältnisse, der Kommissionsvertrag (zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten), das Ausführungsgeschäft (zwischen dem Kommissionär und dem Dritten) sowie das Abwicklungsgeschäft (zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten).

2. Das Ausführungsgeschäft

- a) Leistungsstörungen des Dritten
- b) Dingliche Rechtslage bei der Verkaufskommission
- c) Dingliche Rechtslage bei der Einkaufskommission
- d) Problematik der Drittschadensliquidation

Verletzt der Dritte schuldhaft seine Vertragspflichten, ist er seinem Vertragspartner, dem Kommissionär, schadensersatzpflichtig. Dieser handelt jedoch für Rechnung des Kommittenten und hat keinen Schaden. Dem Kommitten-

ten steht allerdings kein vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen den Dritten zu. In Rechtsprechung und Lehre ist daher anerkannt, dass der Kommissionär den Schaden des Kommittenten gegenüber dem Dritten liquidieren kann (siehe Canaris, § 30 Rn. 85; Brox/Henssler Rn. 439).

e) Kommittentenschutz (§ 392 II HGB)

Die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft steht grundsätzlich dem Kommissionär zu, da er im eigenen Namen auftritt und Vertragspartei ist. Nach § 392 I HGB kann der Kommittent die Forderung dem Dritten gegenüber erst nach Abtretung durch den Kommissionär geltend machen. § 392 II HGB fingiert jedoch zum Schutz des Kommittenten im Verhältnis zum Kommissionär und dessen Gläubigern, dass es sich um Forderungen des Kommittenten handelt.

Die Regelung des § 392 II HGB gewährt somit nach allgemeiner Auffassung Vollstreckungsschutz. Der Kommittent kann sich gegen eine Pfändung der Forderung durch Gläubiger des Kommissionärs mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO wehren und im Insolvenzverfahren ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO geltend machen. Zudem ist eine Abtretung der Forderung aus dem Ausführungsgeschäft durch den Kommissionär an seine Gläubiger erfüllungshalber oder zur Sicherung anderer Forderungen, insbesondere im Wege der Globalzession, im Verhältnis zum Kommittenten (relativ) unwirksam.

ÜBUNGSFALL

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 21

Verkaufskommission – Vorausabtretung der Kaufpreisforderung an den Kommittenten – Gelegenheitskommission – Aufrechnung des Käufers gegenüber dem Kommittenten mit einer Gegenforderung gegen den Kommissionär

IV. Der Vertragshändler

Der Vertragshändler ist nicht im HGB geregelt.

Literatur: *Canaris*, Handelsrecht, § 17 (S. 282 ff.)

ÜBUNGSFALL

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 16

Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers – Analoge Anwendung des § 89b HGB – "Sogwirkung der Marke"

V. Franchising

Es wird zwischen Produktions-, Vertriebs- und Dienstleistungsfranchising unterschieden.

Literatur: *Canaris*, Handelsrecht, § 18 (S. 296 ff.)

VI. Fälle und Fragen

1. Mit welchen Kriterien wird der Handelsvertreter abgegrenzt von
 - a) Handlungsgehilfen,
 - b) Kommissionär,
 - c) Handelsmakler,
 - d) Vertragshändler?
2. A gibt bei Kommissionär K ein wertvolles Buch in Kommission. K verkauft das Buch an D. A möchte wissen, ob er von D den Kaufpreis verlangen kann?
3. Nach dem Verkauf des Buches von K an D in Fall 2 pfändet der Gläubiger G des K die Kaufpreisforderung gegen D. Welche Rechte hat A?

§ 7. Die handelsrechtliche Rechnungslegung (§§ 238 – 342 e HGB)

A. Die handelsrechtliche Rechnungslegung des Kaufmanns

I. Buchführungspflicht (§ 238 HGB)

II. Pflicht zur Inventarerrichtung (§ 240 HGB)

III. Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 242 HGB)

B. Aufstellung einer Bilanz

Eine Bilanz ist eine Gegenüberstellung der Vermögenswerte (Aktiva) und der Schulden (Passiva).

Die Aktiva (linke Seite der Bilanz) werden unterteilt in:

- Anlagevermögen
- Umlaufvermögen
- Rechnungsabzugsposten.

Die Passiva (rechte Seite der Bilanz) werden unterteilt in:

- Eigenkapital
- Rückstellungen
- Verbindlichkeiten
- Rechnungsabgrenzungsposten.

C. Grundsätze einer ordnungsgemäßen Buchführung

Grundsätze der Klarheit, Wahrheit, Kontinuität und Vollständigkeit; Vorsichtsprinzip.

§ 8. Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB)

A. Allgemeine Lehren

I. Begriff des Handelsgeschäfts

1. **Betriebszugehörige Geschäfte eines Kaufmanns (§ 343 HGB)**
2. **Gesetzliche Vermutungen (§ 344 Abs. 1 und 2 HGB)**
3. **Einseitiges und beiderseitiges Handelsgeschäft (§ 345 HGB)**

II. Schweigen im Handelsverkehr

1. Schweigen im Rechtsverkehr allgemein

- a) Schweigen als Willenserklärung

Siehe dazu: *Fezer*, Klausurenkurs zum BGB Allgemeiner Teil, Fall 2

- b) Rechtlich normiertes Schweigen (*Fiktion*)

Siehe dazu: *Fezer*, Klausurenkurs zum BGB Allgemeiner Teil, Fall 3

2. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben

- a) *Rechtssätze* zum Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben
- b) *Abgrenzung* zur Auftragsbestätigung
- c) *Anfechtbarkeit*

Siehe dazu: *Fezer*, Klausurenkurs zum BGB Allgemeiner Teil, Fall 4

BGH NJW-RR 2001, 680 (Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben)

OLG Köln NJW-RR 2003, 612 (Grenzen der Anwendung der Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben)

3. Fälle und Fragen

- a) Nach vorangegangenen Verhandlungen bietet Großhändler V dem Möbelhaus K telefonisch an, 10 Schrankwände Flexi grau zu 4.000 Euro zu liefern. In einem „Bestätigungsschreiben“ stimmt K dem Angebot zu. K erhält daraufhin eine „Auftragsbestätigung“ des V, in der von Schrankwänden blau die Re-

de ist. Das fällt K erst bei Lieferung auf. K möchte wissen, ob er die Lieferung grauer statt blauer Schrankwände verlangen kann.

- b) Beim Möbelhaus K nahm in Fall a der neue Prokurist P die Auftragsbestätigung des V in Empfang. Er sah zwar den Fehler, meldete sich aber nicht bei V, da er annahm, dass sein Schweigen eine Ablehnung sei. Kann K anfechten?
- c) In Fall a las K aus Versehen, es werde die Lieferung von grauen Schrankwänden bestätigt. Er möchte anfechten. Zu Recht?
- d) V bestätigte in Fall a arglistig die Lieferung von 10 Schrankwänden Flexi blau für 3.500 Euro. K schwieg daraufhin. Er möchte wissen, ob er die blauen Schrankwände abnehmen und bezahlen muss.

ÜBUNGSFALL

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 8

Haftung des Erben für Geschäftsschulden bei Firmenfortführung und Übergang des Handelsgeschäfts nach § 27 HGB – Haftung gem. § 28 HGB bei Eintritt in einen kleingewerblichen Geschäftsbetrieb – Kaufmännisches Bestätigungsschreiben gegenüber Kleingewerbetreibenden

III. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 – 372 HGB)

Abgrenzung zum bürgerlich-rechtlichen Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB.

IV. Das Kontokorrent (§§ 355 – 357 HGB)

1. Zweck des Kontokorrents

2. Rechtswirkungen des Kontokorrents

a) Einstellung in das Kontokorrent

Mit der Einstellung in das Kontokorrent verliert die Forderung ihre Selbständigkeit.

b) Verrechnung der Rechnungsposten

Die Verrechnung hat Tilgungswirkung.

c) Feststellung des Saldos

Es besteht ein kausaler Saldoanspruch.

d) Anerkennung des Saldos

Aufgrund eines formlosen (§ 782 BGB) Schuldanerkenntnisvertrages entsteht erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2 BGB) ein abstrakter Saldoanspruch.

ÜBUNGSFALL

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 17

Ersatzaussonderung bei kontokorrentgebundenen Forderungen – Saldoanerkennnis und Verrechnung im Bankkontokorrent

V. Sonstige Vorschriften in Abweichung vom Schuldrecht

1. Leistungszeit (§§ 358, 359 HGB)

Die Vorschriften *ergänzen* § 271 BGB.

2. Gattungsschuld (§ 360 HGB)

Die Vorschrift gilt im Handelsverkehr *statt* § 243 Abs. 1 BGB.

3. Leistungsinhalt (§ 361 HGB)

Der Leistungsinhalt hinsichtlich Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen richtet sich im Zweifel nach dem Erfüllungsort (§ 269 BGB).

4. Vergütungsanspruch (§ 354 HGB)

Siehe auch die Regelungen zur Vergütung nach den Umständen (§§ 612 Abs. 1, 632 Abs. 1, 653 Abs. 1, 689 BGB).

5. Zinsregelungen (§§ 352, 353, 354 Abs. 2 HGB)

VI. Der gutgläubige Erwerb (§ 366 HGB)

Zweck und Anwendungsbereich

§ 366 HGB schützt den *guten Glauben an die Verfügungsbefugnis* des Veräußerers. Nach überwiegender Auffassung ist die Vorschrift auf den guten Glauben an die Vertretungsmacht analog anzuwenden; streitig ist, ob der Eigentumserwerb insoweit konditionalfest ist.

ÜBUNGSFALL

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 18

Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis und die Vertretungsmacht im Kraftfahrzeughandel

B. Einzelne Handelsgeschäfte (§§ 373 – 460 HGB)

I. Der Handelskauf (§§ 373 – 382 HGB)

1. Allgemeines. Auswirkungen der Schuldrechtsreform

Die §§ 373 ff. HGB bauen auf dem allgemeinen Kaufrecht auf. Daher hatte die Schuldrechtsreform Auswirkungen auf den Handelskauf.

Nach § 434 Abs. 3 BGB n.F. ist die *aliud-Lieferung und die Minderlieferung einem Sachmangel ausdrücklich gleichgestellt*. Die im Handelsrecht nach alter Rechtslage rechtlich notwendige Abgrenzung zwischen genehmigungsfähiger und nicht genehmigungsfähiger aliud-Lieferung oder Minderlieferung ist nicht mehr erforderlich. Die Regelung in § 378 HGB a.F. wurde aufgehoben.

Die Rügepflicht nach § 377 HGB besteht.

2. Annahmeverzug (§§ 373 f. HGB)

3. Fixhandelskauf (§ 376 HGB)

4. Spezifikationskauf (§ 375 HGB)

Die Änderung durch die Schuldrechtsreform in § 375 Abs. 2 S. 1 HGB ist rein technischer Natur.

5. Die kaufmännische Rügeobliegenheit (§§ 377 HGB)

Rechtssätze zum Gewährleistungsrecht beim Handelskauf

Siehe dazu: BGH NJW 1975, 2011; zum Gewährleistungsrecht beim Leasingvertrag BGH NJW-RR 1990, 1462 ff.

ÜBUNGSFÄLLE:

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 19

Rügeobliegenheit beim Handelskauf und mangelnde Sachkunde – Auswirkung der Mindertlieferung auf Kaufpreisanspruch – Behandlung der Mehrlieferung

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 20

Verletzung der Rügeobliegenheit und deliktische Ansprüche – Verlustgefahr bei der Mängelrüge – Beweislast für den Zugang der Mängelrüge

6. Der Unternehmenskauf

Zu den Auswirkungen durch die Schuldrechtsreform siehe *Gronstedt/Jörgens ZIP* 2002, 52 ff.; *Jaques BB* 2002, 417 ff.; *Gaul ZHR* 166 (2002), S. 35 ff.

7. Fälle und Fragen

- a) Kaufmann K kaufte bei Großhändler V 10.000 Weinkorken. Damit verkorkte er 10.000 Weinflaschen. Die Korken waren von sehr schlechter Qualität, so dass nach kurzer Zeit der Wein trübe und ungenießbar wurde. K hätte bei Erhalt der Korken unschwer erkennen können, dass sie fehlerhaft waren. K möchte wissen, ob er trotz der versäumten Rügefrist deliktische Ansprüche gegen V geltend machen kann (siehe BGHZ 101,337).
- b) In Fall a lieferte V dem K zwar Korken von guter Qualität, aber nur 9.000 Stück. K versäumte zu rügen. Er möchte wissen, ob er den vollen Kaufpreis zahlen muss.

ÜBUNGSFALL

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 11

Unternehmens- und Beteiligungskauf – Haftung des Verkäufers bei Veräußerung einer GmbH-Beteiligung – Schadensberechnung bei Haftung für falsche Angaben beim Beteiligungskauf – Ersatz der Nacherfüllungskosten bei fehlender Fristsetzung

II. Die Kommission (§§ 383 – 406 HGB)

Siehe oben § 6 III.

III. Transport und Lagergeschäfte

1. Das Frachtgeschäft (§§ 407 - 452d HGB)
2. Das Speditionsgeschäft (§§ 453 - 466 HGB)
3. Das Lagergeschäft (§§ 467 - 475h HGB)
4. Fall

A lagert bei L, der ein Lagerhaus betreibt, Waren ein. Die Waren stehen im Eigentum des B, was L nicht weiß oder wissen kann. Ein Teil der eingelagerten Waren wird gestohlen. A und B verlangen von L Schadensersatz.

ÜBUNGSFALL

Fezer, Klausurenkurs im Handelsrecht, Fall 22

Drittschadensliquidation des Einlagerers für den Eigentümer beim Lagergeschäft – Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen – Lehre vom Scheinkaufmann und zwingende Schutzvorschriften

§ 8. Entscheidungen zum Handelsrecht

1. OLG Stuttgart, Urt. vom 10.11.1998 – 10 U 113/98 –, NJW-RR 1999, 1557
Kaufmannseigenschaft eines gemeindlichen Eigenbetriebs
2. BGH, Urt. vom 11.1.1962 – VII ZR 188/60 –, BGHZ 36, 273
Gewinnerzielungsabsicht als Merkmal eines Handelsgewerbes
3. BayObLG, Beschl. vom 16.3.1972 – BReg. 2 Z 128/71 –, NJW 1972, 1327
Kaufmannseigenschaft bei Ehevermittlungsinstitut
4. OLG Dresden, Urt. vom 26.4.2001 – 7 U 301/01 –, NJW-RR 2002, 33
Anforderungen an einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb
5. BGH, Urt. vom 2.6.1999 – VIII ZR 220/98 –, NJW 1999, 2967 = JuS 2000, 192
Kaufmannseigenschaft bei gemischten Unternehmen
6. OLG Frankfurt, Beschl. vom 28.2.2002 – 20 W 531/01 –, NJW 2002, 2400
Unzulässige Verwendung einer Buchstabenkombination als Firma - A.A.A.A.A.
7. BGH, Urt. vom 10.11.1969 – II ZR 273/67 –, BGHZ 53, 65 = NJW 1970, 704
Grundsatz der Firmenwahrheit
8. BayObLG, Beschl. vom 17.5.1999 – 3 Z BR 90/99 –, NJW-RR 2000, 111
Irreführungsverbot im neuen Firmenrecht
9. BGH, Urt. vom 9.7.1984 – II ZR 231/83 –, BGHZ 92, 79 = NJW 1985, 59
Einwilligung in die Firmenfortführung bei Ausscheiden der Erben des Firmengründers
10. BGH, Urt. vom 16.1.1984 – II ZR 114/83 –, NJW 1984, 1186
Schuldenhaftung des Firmenfortführers nach § 25 HGB
11. OLG Düsseldorf, Urt. vom 21.5.1999 – 22 U 259/98 –, NJW-RR 1999, 1556
Keine Haftung aus § 25 HGB bei Unternehmensveräußerung aus der Insolvenz
12. OLG Düsseldorf, Urt. vom 23.7.1999 – 22 U 8/99 –, NJW-RR 2000, 332
Haftung bei Firmenfortführung unter Lebenden

13. BGH, Urt. vom 22.1.2004 – IX ZR 65/01 –, BGHZ 157, 361 = JuS 2004, 444
Keine Haftung aus § 28 HGB bei Zusammenschluss von Einzelanwälten zu einer Sozietät
14. BGH, Urt. vom 12.2.2001 – II ZR 148/99 –, BGHZ 146, 374 = NJW 2001, 1352
Anforderungen an die Fortführung der Firma
15. OLG Köln, Beschl. v. 28.3.2001 – 2 W 32/01 –, ZIP 2001, 975
Anwendbarkeit des § 25 HGB auf die GbR
16. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 6.6.2003 – 3 Wx 108/03 –, NJW-RR 2003, 1120
Rechtzeitigkeit der Eintragung des Haftungsausschlusses im Handelsregister
17. BGH, Urt. vom 18.1.2000 – XI ZR 71/99 –, BGHZ 143, 314 = NJW 2000, 1193
Anwendbarkeit des § 28 HGB bei Errichtung einer GmbH
18. OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.12.2001 – 23 U 49/01 –, ZIP 2002, 616
Keine Haftung analog § 28 HGB bei der Gründung einer GbR
19. BGH, Urt. vom 10.12.1990 – II ZR 256/89 –, BGHZ 113, 132
Analoge Anwendung des § 27 Abs. 2 HGB
20. BGH, Urt. vom 27.9.1982 – II ZR 51/82 –, BGHZ 85, 221 = NJW 1983, 755
Verwertung der Gesellschaftsfirma in der Insolvenz
21. BGH, Urt. vom 1.12.1975 – II ZR 62/75 –, BGHZ 65, 309 = NJW 1976, 569
Negative Publizitätswirkung des Handelsregisters; "Rosinentheorie"
22. BGH, Urt. vom 4.3.1976 – II ZR 145/75 –, NJW 1976, 848
Haftung des Erben für Gesellschaftsverbindlichkeiten entsprechend §§ 15, 128 HGB
23. BGH, Urt. vom 1.7.1991 – II ZR 292/90 –, BGHZ 115, 78 = NJW 1991, 2566
Verhältnis des § 15 Abs. 1 HGB zur Vertrauensschutzlehre - Zurechnung des Handelns des geschäftsunfähigen Geschäftsführers
24. BGH, Urt. vom 9.10.2003 – VII ZR 122/01 –, NJW-RR 2004, 120
Wirkung einer nicht im Handelsregister eingetragenen Tatsache

25. KG Berlin, Beschl. vom 23.10.2001 – 1 W 6157/00 –, MDR 2002, 402
Prokuraerteilung an eine juristische Person
26. BGH, Beschl. vom 6.11.1986 – V ZR 8/86 –, BGHZ 99, 76 = NJW 1987, 841
Gemischte Gesamtprokura
27. BGH, Urt. vom 8.5.1978 – II ZR 97/77 –, BGHZ 71, 354 = NJW 1978, 2030
Rechtsscheinhaftung entgegen Registereintragung
28. BGH, Urt. vom 1.6.1981 – II ZR 1/81 –, NJW 1981, 2569
Grenzen der Rechtsscheinhaftung bei mündlichen Erklärungen
29. LG Wuppertal, Urt. vom 20.4.2001 – 1 O 256/00 –, NJW-RR 2002, 178
Rechtsscheinhaftung des Geschäftsführers bei Handeln ohne GmbH-Nennung
30. OLG Köln, Urt. vom 26.7.2004 – 19 U 84/02 – NJW-RR 2003, 612
Grenzen der Anwendung der Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben
31. BGH, Urt. vom 8.2.2001 – III ZR 268/00 –, NJW-RR 2001, 680
Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben
32. BGH, Urt. vom 7.2.1979 – VIII ZR 279/77 –, BGHZ 73, 259 = NJW 1979, 1206
Verhältnis zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Kontokorrentabrede im Konkurs
33. BGH, Urt. vom 5.2.1975 – VIII ZR 151/73 –, NJW 1975, 735
Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis nach § 366 HGB
34. BGH, Urt. vom 30.4.1975 – VIII ZR 164/73 –, NJW 1975, 2011
Untersuchungspflicht bei mangelnder Sachkunde des Käufers
35. BGH, Urt. vom 30.5.1984 – VIII ZR 20/83 –, BGHZ 91, 293 = NJW 1984, 1964
Voller Kaufpreisanspruch bei Minderlieferung
36. BGH, Urt. vom 16.9.1987 – VIII ZR 334/86 –, BGHZ 101, 337 = NJW 1988, 52
Deliktischer Anspruch trotz Rügeversäumnis

37. OLG Koblenz, Urt. vom 24.6.2004 – 2 U 39/04 – NJW-RR 2004, 1553
Unverzögliche Rüge bei offenkundigem Mangel bei Handelsgesellschaften
38. OLG Düsseldorf, Urt. vom 26.11.2004 – 16 U 45/04 – NJW-RR 2004, 117
Kaufmännische Mangelrüge bei einer Nachlieferung
39. BGH, Urt. vom 27.06.1990 – VIII ZR 72/89 –, NJW-RR 1990, 1462
Gewährleistungsrecht und Rügeobliegenheit bei Handelskauf und Leasingvertrag
40. BGH, Urt. vom 25.6.2002 – XI ZR 239/01 – JuS 2003, 198
Abgrenzung Kauf und Kommission
41. BGH, Urt. vom 19.11.1968 – VI ZR 215/66 –, NJW 1969, 276
Aufrechnung beim Kommissionsgeschäft