

Lernbücher Jura

Handelsrecht

von
Prof. Dr. Peter Jung

10. Auflage

Handelsrecht – Jung

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Handelsrecht: Gesamtdarstellungen



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66017 7

I. Der Handlungsgehilfe (§§ 59 ff. HGB)

1. Begriff des Handlungsgehilfen

Handlungsgehilfe ist nach der **Legaldefinition** des § 59 HGB, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist. 2

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Handlungsgehilfe zumeist als kaufmännischer Angestellter bezeichnet. Als Angestellter eines Kaufmanns im Sinne der §§ 1–6 HGB hat er diesem weisungsgebunden nicht Dienste irgendwelcher Art (§ 611 Abs. 2 BGB), sondern **kaufmännische Dienste** zu leisten. Diese bestehen in Abgrenzung zu den mechanischen oder technischen Diensten der gewerblichen Arbeitnehmer in einer nach der Verkehrsanschauung überwiegend gedanklich-geistigen Tätigkeit (vgl. BAG NJW 1954, 1860, 1861).

Beispiele: Buchhalter, Bürovorsteher, Dekorateur, Kontrolleur, Verkaufsfahrer, fest angestellter Vertreter.

Der Prokurist, der Handlungsbevollmächtigte, der Bankkassierer und der Ladenangestellte sind Handlungsgehilfen, die im Außenverhältnis mit besonderen handelsrechtlichen Vollmachten ausgestattet sind.

2. Recht des Handlungsgehilfen

Der Handlungsgehilfe unterliegt neben den arbeitsrechtlichen Sonderregelungen der §§ 59 ff. HGB dem allgemeinen **Arbeitsrecht** (§§ 611 ff. BGB, TVG, BUrlG, BetrVG etc.). Auf Personen, die in einem nichtkaufmännischen Unternehmen kaufmännische Dienste leisten, können die §§ 59 ff. HGB im Einzelfall analoge Anwendung finden (so etwa für §§ 60 f. HGB und einen angestellten Rechtsanwalt BAG NJW 2008, 392, 393). 3

Die handelsrechtlich bedeutendste Sonderregelung bildet das gesetzliche **Wettbewerbsverbot** des § 60 Abs. 1 HGB (näher *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 17 Rn. 16 ff.). Danach ist es dem Handlungsgehilfen untersagt, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ohne Einwilligung des Prinzipals ein Handelsgewerbe zu betreiben oder im Handelszweig des Arbeitgebers Geschäfte für eigene bzw. fremde Rechnung zu machen. Bei einem Verstoß ist der Handlungsgehilfe dem Prinzipal zum Schadensersatz (§ 61 Abs. 1 HS 1 HGB) oder zur Herausgabe des Gewinns aus dem verbotswidrigen Geschäft (§ 61 Abs. 1 HS 2 HGB) verpflichtet. Der Wortlaut des § 60 Abs. 1 HGB ist jedoch viel zu weit geraten. Die erste Variante ist daher verfassungskonform (Art. 3, 12 GG) auf diejenigen Tätigkeiten zu beschränken, die dem Handelsgewerbe des Arbeitgebers schaden können. Von der zweiten Variante sind insbesondere rein private Geschäfte auszunehmen.

Beispiel: Haller ist Handlungsgehilfe des Antiquitätenhändlers Alt. Wenn Haller in einem eigenen Laden durch Angestellte Wein verkaufen lässt oder eine geerbte Biedermeierkommode auf einem Flohmarkt verkauft, wird dies nach allgemeiner Ansicht von § 60

HGB nicht erfasst. Würde Haller allerdings mit Antiquitäten handeln, müsste er dem Alt nach § 61 Abs. 1 HGB den diesem aus einem etwaigen Umsatzrückgang entstehenden Schaden ersetzen oder seinen eigenen Verkaufserlös gegen Erstattung der gemachten Aufwendungen und damit im Ergebnis seinen eigenen Gewinn herausgeben.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht im Rahmen der allgemeinen Grenzen (nachwirkende Treuepflicht, § 826 BGB sowie §§ 3 und 17 UWG) freier Wettbewerb, sofern nicht ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot gem. §§ 74 ff. HGB vereinbart wurde.

II. Der kaufmännische Auszubildende und der Volontär (§ 82a HGB)

- 4 Nachdem das früher in den §§ 76–82 HGB geregelte Recht der Handlungslehrlinge im Auszubildendenrecht des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) aufgegangen ist, findet sich nur noch eine Sonderregelung für das Wettbewerbsverbot des Volontärs in § 82a HGB. Auch diese Regelung ist inzwischen nach h. M. durch das Gebot einer „angemessenen Vergütung“ (§§ 17 Abs. 1, 26 BBiG) und die gesetzliche Nichtigerklärung von Wettbewerbsverboten (§§ 12 Abs. 1, 26 BBiG) gegenstandslos geworden. Für den kaufmännischen Volontär gelten jedoch neben dem allgemeinen Arbeitsrecht und einzelnen Vorschriften des BBiG die §§ 60–62 und 75 f. HGB (näher Ba/Ho/Roth, § 82a Rn. 1 ff.).

Merksatz: Das Recht der unselbständigen kaufmännischen Hilfspersonen ist eine Sondermaterie des Arbeitsrechts.

B. Die selbständigen kaufmännischen Hilfspersonen

- 5 Das Recht der selbständigen kaufmännischen Hilfspersonen gehört systematisch eigentlich in das Vierte Buch des HGB. Denn es besteht kein sachlicher Unterschied zwischen dem Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB) oder Handelsmakler (§§ 93 ff. HGB) einerseits und dem Kommissionär (§§ 383 ff. HGB), Frachtführer (§§ 407 ff. HGB), Spediteur (§§ 453 ff. HGB) oder Lagerhalter (§§ 467 ff. HGB) andererseits. In allen diesen Fällen wird zwar auch ein bestimmter Typus eines Gewerbetreibenden beschrieben, doch geht es in erster Linie darum, das jeweilige Handelsrechtsverhältnis (z. B. Handelsvertreterverhältnis, Frachtgeschäft) einer Sonderregelung zu unterwerfen.

I. Der Handelsvertreter

1. Begriff und Abgrenzungen

- 6 Nach der **Legaldefinition** des § 84 Abs. 1 HGB ist der Handelsvertreter als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen.

- **Selbständiger Gewerbetreibender** ist der Betreffende, wenn er seine Tätigkeit und Arbeitszeit im Wesentlichen frei bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB) und ein eigenes Gewerbe (dazu Kap. 2 Rn. 5 ff.) mit Unternehmerrisiko betreibt (vgl. Rn. 1). Anderenfalls ist der Handelsvertreter bloßer Handlungsgehilfe (vgl. Ba/Ho/Hopt, § 84 Rn. 33 ff.). Die Festlegung von Öffnungszeiten (OLG Köln EWiR 2003, 1149, 1149: 24-stündiger Tankstellenbetrieb), ein bestehendes fachliches Weisungsrecht sowie eine fehlende eigene Organisation und Kapitalausstattung (BAG DB 2001, 280, 280 f.) müssen der Qualifikation als selbständiger Gewerbetreibender nicht entgegenstehen.
- Im Gegensatz zum Groß- und Einzelhändler sowie zum Handelsmakler ist der Handelsvertreter in das Absatz- und Vertriebssystem eines oder mehrerer Unternehmen durch einen **auf Dauer** und auf eine unbestimmte Vielzahl von Abschlüssen angelegten Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675, 611 ff. BGB) **integriert** („betraut“; vgl. Ba/Ho/Hopt, § 84 Rn. 41 ff.).
- Die **Tätigkeit** des Handelsvertreters besteht in der Vermittlung von Geschäften für den Unternehmer oder im Abschluss von Geschäften **im fremden Namen**. Wer im eigenen Namen handelt, ist nicht Handelsvertreter, sondern Kommissionär, Kommissionsagent, Vertragshändler, Franchisenehmer oder Eigenhändler. Vorausgesetzt ist die zumindest mitursächliche Förderung des Geschäftsabschlusses durch eine Einwirkung auf den Dritten. Der bloße Nachweis der Gelegenheit zu einem Vertragsschluss genügt anders als beim Zivilmakler (§ 652 BGB) ebenso wenig wie die reine Werbetätigkeit z. B. eines Pharmareferenten (vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, § 27 Rn. 6).
- Da das Gesetz seit einer Novelle von 1953 bewusst von dem „**anderen Unternehmer**“ spricht, kann der Handelsvertreter nicht nur Hilfsperson eines Kaufmanns, sondern jeder anderen Person sein, die privatrechtlich einen Erwerbzweck verfolgt (vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, § 27 Rn. 5). Das Tätigkeitsfeld des Handelsvertreters ist daher sehr weit gespannt und sein Berufsbild uneinheitlich.

Beispiele: Warenimport und -export, Reisevermittlung, Tankstellenbetrieb, Konzertkartenvorverkauf, Versicherungsvermittlung, Lottoscheinverkauf, Künstlermanagement.

Merksatz: Der Handelsvertreter ist als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen (§ 84 Abs. 1 HGB).

Der Handelsvertreter ist **Kaufmann, wenn** sein Gewerbe eine kaufmännische Einrichtung erfordert oder er in das Handelsregister eingetragen ist. Die §§ 84 ff. HGB sind gem. § 84 Abs. 4 HGB aber auch auf kleingewerbliche Handelsvertreter anwendbar. Bei fehlender Kaufmannseigenschaft kommt im

Übrigen aber allenfalls eine analoge Anwendung handelsrechtlicher Bestimmungen in Betracht, da § 84 Abs. 4 HGB anders als etwa § 407 Abs. 3 S. 2 HGB nicht auf die §§ 343 ff. HGB verweist (vgl. KRM/Roth, § 84 Rn. 1).

2. Arten

- 7 Der Handelsvertreter kann mit der bloßen Vermittlung (**Vermittlungsvertreter**) oder auch mit dem Abschluss von Geschäften (**Abschlussvertreter**) betraut sein (vgl. auch §§ 86a Abs. 2, 91 und 91a HGB). Im Zweifel ist der Handelsvertreter lediglich Vermittlungsvertreter. Als Abschlussvertreter bedarf er im Innenverhältnis eines besonderen Auftrages und im Außenverhältnis einer gegebenenfalls konkludent im Abschlussvertretervertrag enthaltenen Handlungsvollmacht gem. § 54 HGB (dazu Kap. 7 Rn. 19 ff.). Nach § 91 Abs. 1 HGB gilt § 55 HGB auch für den Abschlussvertreter eines nichtkaufmännischen Unternehmers.

Von Bedeutung ist zudem die Unterscheidung zwischen dem Einfirmen- und dem Mehrfirmenvertreter. Der **Einfirmenvertreter** (§ 92a HGB), der nur für ein Unternehmen tätig wird, unterliegt der Gefahr einer übermäßigen wirtschaftlichen Abhängigkeit von seinem einzigen Unternehmer und kann daher als arbeitnehmerähnliche Person (§ 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 ArbGG) im Einzelfall arbeitsrechtlichen Bestimmungen (z. B. § 2 BUrlG) unterliegen (vgl. Reichold, Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2012, § 2 Rn. 24 f.; allerdings verneinend für einen lediglich im Nebenberuf als Einfirmenvertreter tätigen Handelsvertreter OLG Karlsruhe NZA-RR 1998, 463 f.).

Auf die im Handelsvertretervertrag ausdrücklich als **Handelsvertreter im Nebenberuf** Bezeichneten und als solche nach der Verkehrsauffassung Tätigen (§ 92b HGB) finden die nur für die hauptberuflichen Handelsvertreter geltenden §§ 89 (Kündigung) und 89b HGB (Ausgleichsanspruch) keine Anwendung (näher Baums, BB 1986, 891 ff.). Sie sind allenfalls als arbeitnehmerähnliche Personen einzustufen (ablehnend für einen im Nebenberuf eine Postagentur führenden Kioskbetreiber OLG Karlsruhe NZA-RR 1998, 463 f.).

Aus § 84 Abs. 3 HGB ergibt sich schließlich die Möglichkeit zu mehrstufigen Handelsvertreterverhältnissen, bei denen ein **Generalvertreter** seinerseits im eigenen Namen **Untervertreter** mit Handelsvertreteraufgaben betraut (vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, § 27 Rn. 100 ff.).

3. Das Handelsvertreterverhältnis

- 8 Der Handelsvertretervertrag begründet ein auf Dauer angelegtes **Geschäftsbesorgungsverhältnis** (§§ 675, 611 ff. BGB) zwischen dem Handelsvertreter und dem Unternehmer (vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, § 27 Rn. 36 ff.). Der Vertragsschluss ist grundsätzlich formlos und damit auch stillschweigend möglich (Ausnahmen: §§ 85, 86b Abs. 1 S. 3 und 90a Abs. 1 S. 1 HGB). Auf Formularverträge sind die §§ 305 ff. BGB nach Maßgabe des § 310 BGB anwendbar (vgl. v. Westphalen, DB 1984, 2335 ff. und 2392 ff.).

Die gesetzliche Sonderregelung des Handelsvertreterverhältnisses (§§ 84 ff. HGB) ist in weiten Teilen zwingend (vgl. z. B. §§ 86 Abs. 4 und 87c Abs. 5 HGB; siehe auch *Thume*, BB 2012, 975 ff.). Sie wurde in Einzelheiten durch das Gesetz vom 23. 10. 1989 in überschießender Weise an die Richtlinie 86/653/EWG zur Angleichung des Rechts der Handelsvertreter angepasst (dazu näher *Lüke*, JuS 1990, 593; zur richtlinienkonformen Auslegung des Handelsvertreterrechts im Überblick *Oetker*, § 6 Rn. 9). Der Handelsvertreter hat sich danach insbesondere unter Wahrung der Unternehmerinteressen aktiv um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften mit Dritten zu bemühen (sog. **Bemühenspflicht**) und hiervon den Unternehmer zu unterrichten (§ 86 HGB). Demgegenüber ist der Unternehmer zur Information des Handelsvertreeters sowie insbesondere zur **Provisionszahlung** (§§ 87–87c HGB) verpflichtet, sofern die betreffenden Geschäfte während der Dauer des Handelsvertreterverhältnisses abgeschlossen wurden und auf seine Vermittlung zurückzuführen sind oder mit Dritten abgeschlossen wurden, die der Handelsvertreter als Kunden für derartige Geschäfte geworben hat. Schließt der Handelsvertreter das Geschäft selbst mit dem Unternehmer ab, steht ihm nach h. M. kein Provisionsanspruch zu, da er nicht auf die Abschlussbereitschaft eines Dritten eingewirkt hat (*Giedinghagen*, NJW Spezial 2011, 655 f.). Während der Vertragszeit besteht ein Wettbewerbsverbot, das allerdings gesetzlich nicht gesondert geregelt ist (vgl. lediglich § 90 HGB; näher *Canaris*, § 15 Rn. 41 ff.). Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen können nach Maßgabe des § 90a HGB vereinbart werden (dazu auch *BGH* NJW 2013, 2027 ff.). Die Verletzung der Wettbewerbsverbote kann zu einer Schadensersatzpflicht des Handelsvertreeters führen (*BGH* WM 2013, 2163 ff.).

4. Vertragsbeendigung und Ausgleichsanspruch

Das Handelsvertreterverhältnis **endet** wie jedes andere Dauerschuldverhältnis durch Zeitablauf, durch eine ordentliche fristgebundene (§ 89 HGB) oder eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund (§ 89a HGB; z. B. *BGH* NJW 2011, 3361 ff.: fortgesetzter Wettbewerbsverstoß; *BGH* NJW-RR 2003, 981 ff.: Missachtung des Wettbewerbsverbots; *OLG Hamm* NJW-RR 2004, 1554: Insolvenz des Handelsvertreeters). Auch die Insolvenz des Unternehmers ist ein Beendigungsgrund (§ 116 InsO). Besteht der wichtige Grund in einer Pflichtverletzung des Handelsvertreeters, bedarf es grundsätzlich einer Abmahnung (§ 314 Abs. 2 BGB), sofern das Fehlverhalten die Vertrauensgrundlage nicht in einer besonders schwerwiegenden Weise erschüttert hat (*BGH* BB 2001, 645, 646).

Der Handelsvertreter hat nach Beendigung des Vertragsverhältnisses gem. § 89b HGB einen **Ausgleichsanspruch** bis zur Höhe von grundsätzlich einer Jahresprovision (*Pauly*, MDR 2013, 694 ff.). Diese bedeutsame Sondervergütung ist gerechtfertigt, da der Handelsvertreter an der Schaffung eines wirtschaftlich wertvollen Kundenstamms mitgewirkt hat und dies durch die Provi-

sionszahlungen nicht abgegolten wurde (*Christoph*, NJW 2010, 647). Aufgrund ihrer unbestimmten Voraussetzungen (nachvertragliche, erhebliche Unternehmensvorteile, Billigkeit des Ausgleichs) ist die Ausgleichszahlung zwischen den Parteien vielfach heftig umstritten (vgl. *Tscherwinka*, JuS 1991, 110, 115; näher Rn. 16). Der Ausgleichsanspruch kann im Voraus nicht ausgeschlossen oder sonst in einer für den Handelsvertreter nachteiligen Weise modifiziert werden (§ 89b Abs. 4 S. 1 HGB; *OLG München* NJW-RR 2005, 1062; vgl. auch *BGH* NJW 1996, 2867, 2868). Auch die früher noch bestehende gesetzliche Begrenzung des Ausgleichsanspruchs auf die dem Handelsvertreter durch die Vertragsbeendigung entgehenden Provisionen (§ 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB a. F.) musste im Jahre 2009 kurzfristig wegen ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 17 Abs. 2 lit. a der Handelsvertreterrichtlinie 86/653/EWG (dazu *EuGH* Rs. C-348/07 *EuZW* 2009, 304 ff. – *Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH*) aufgehoben werden (näher *Steinhauer*, *EuZW* 2009, 887 ff.; *Thume*, *BB* 2009, 2490 ff.). Damit kann zukünftig der Ausgleichsanspruch zugunsten des Handelsvertreters im Einzelfall die aufgrund des Vertragsendes entstehenden Provisionsverluste übersteigen (vgl. *BT-Drs.* 16/13672, S. 22). Grundsätzlich zulässig und in der Praxis vielfach üblich ist es jedoch, die von dem Unternehmer geschuldete Ausgleichszahlung im Ergebnis dem Nachfolgevertreter in Form einer in Raten zu leistenden Einstandszahlung aufzubürden (näher *Westphal*, *MDR* 2005, 421 ff.). Die Zahlung eines Ausgleichsanspruchs im Allgemeinen und dessen Höhe müssen zudem der **Billigkeit** entsprechen, wobei insbesondere die Aufnahme einer Konkurrenztaetigkeit nach Ende des Handelsvertretervertrages den Ausgleichsanspruch mindern kann (*OLG Rostock* NJW-RR 2009, 1631). Der Ausgleichsanspruch entfällt nach § 89b Abs. 3 HGB bei einer nicht herausgeforderten Kündigung durch den Handelsvertreter oder einer durch schuldhaftes Verhalten des Handelsvertreters bedingten Kündigung des Prinzipals aus wichtigem Grund (zur Verwirkung des Ausgleichsanspruchs vor gemeinschaftsprivatrechtlichem Hintergrund *EuGH* NJW-RR 2011, 255 ff. und *Guski*, *GPR* 2009, 286 ff.). Dabei kommt es nach ständiger Rechtsprechung im zweiten Fall entgegen § 278 BGB und anders als bei § 89a Abs. 2 HGB nur auf ein persönliches Verschulden des Handelsvertreters an (*BGH* NJW 2007, 3068 f.). Das schuldhafte Verhalten von Hilfspersonen und dessen mögliche Zurechnung sind allerdings ggf. im Rahmen der Gesamtabwägung unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit des Ausgleichs (§ 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB) zu Lasten des Handelsvertreters zu berücksichtigen (*BGHZ* 29, 275, 280). Möglich ist schließlich eine Verwirkung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters (*OLG Köln*, Beschluss vom 8.11.2012 – 19 U 126/12).

II. Der Handelsmakler

1. Begriff und Abgrenzungen

Nach der **Legaldefinition** des § 93 Abs. 1 HGB ist Handelsmakler, wer gewerbsmäßig für andere Personen die Vermittlung von Verträgen über bewegliche Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, ohne von ihnen ständig damit betraut zu sein. Damit ist der Begriff des Handelsmaklers enger gefasst als der des Zivilmaklers: 10

- Die Handelsmaklertätigkeit ist zunächst durch ihre **Gewerbsmäßigkeit** (dazu Kap. 2 Rn. 5 ff.) gekennzeichnet. Der Gelegenheitsmakler ist unabhängig vom Gegenstand seiner Tätigkeit bloßer Zivilmakler (§§ 652 ff. BGB).
- Die vom Handelsmakler zu leistende **Vermittlung** von Verträgen erfordert mehr als die Leistung des zivilen Nachweismaklers, der sich mit dem bloßen Nachweis von Gelegenheiten zum Vertragsschluss begnügen kann, und weniger als die Leistung des Abschlussvertreters, der den Vertrag im fremden Namen selbst zu schließen hat. Allerdings kann der Handelsmakler durchaus die von ihm vermittelten Kontrakte auch selbst abschließen, sofern ihm hierzu eine gesonderte Vertretungsmacht erteilt wurde (vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 26 Rn. 6 f.).
- Gegenstand eines Handelsmaklervertrages können nur **bewegliche Gegenstände des Handelsverkehrs** sein. Die nicht abschließende Aufzählung in § 93 Abs. 1 HGB nennt Waren, Wertpapiere, Versicherungen, Güterbeförderungen und die Schiffsmiete. Der Grundstücksmakler (§ 93 Abs. 2 HGB), der Unternehmensmakler (h. M., da mit ganzen Unternehmen und nicht verbrieften Unternehmensanteilen nicht „gehandelt“ wird) und der Ehemakler (§ 656 BGB) sind daher bloße Zivilmakler. Ein Handelsmakler, der seine Tätigkeit auch auf andere als bewegliche Gegenstände des Handelsverkehrs erstreckt, ist zugleich Zivilmakler.

Beispiel: Schiffsmakler Schmidt vermittelt neben Schiffscharterverträgen auch Verträge über Hafengrundstücke. Hinsichtlich der Charterverträge finden die §§ 93 ff. HGB und hinsichtlich der Grundstücksverträge die §§ 652 ff. BGB Anwendung (§ 93 Abs. 2 HGB).

- Im Unterschied zum Handelsvertreter ist der Handelsmakler **nicht** verpflichtet, **ständig** für einen Unternehmer tätig zu sein (zu den Kriterien der Abgrenzung im Einzelfall *OLG Düsseldorf*, IHR 2013, 36 ff.). Vertraglich gesehen, ist der Handelsmakler „Augenblicksvermittler“ für bestimmte Geschäfte und keinesfalls in das Vertriebssystem des Auftraggebers auf Dauer eingebunden. Dies schließt allerdings nicht aus, dass er zu einem Geschäftspartner dauerhafte Beziehungen unterhält. Auftraggeber des Handelsmaklers kann jede Person und mithin nicht nur ein Unternehmer oder gar ein Kaufmann sein (vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 26 Rn. 6 f.).

Beispiele: Versicherungsmakler, Finanzmakler, Schiffsmakler.

Merksatz: Der Handelsmakler übernimmt gewerbsmäßig für andere Personen die Vermittlung von Verträgen über bewegliche Gegenstände des Handelsverkehrs, ohne von ihnen ständig damit betraut zu sein (§ 93 Abs. 1 HGB).

Der Handelsmakler ist wie der Zivilmakler **Kaufmann, wenn** sein Gewerbe eine kaufmännische Einrichtung erfordert oder in das Handelsregister eingetragen ist. Die §§ 93 ff. HGB sind gem. § 93 Abs. 3 HGB aber auch auf kleingewerbliche Handelsmakler anwendbar. Bei fehlender Kaufmannseigenschaft kommt im Übrigen aber allenfalls eine analoge Anwendung handelsrechtlicher Bestimmungen in Betracht, da § 93 Abs. 3 HGB anders als etwa § 407 Abs. 3 S. 2 HGB nicht auf die §§ 343 ff. HGB verweist (vgl. KRM/Roth, § 93 Rn. 6a).

2. Das Handelsmaklerverhältnis

- 11 Der Maklervertrag bedarf keiner Form und kann auch durch Schweigen auf ein Angebot nach § 362 HGB (dazu Kap. 9 Rn. 16) zustande kommen. Neben den vorrangigen Sonderregelungen der §§ 93 ff. HGB sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 652 ff. BGB anwendbar. Sofern vertraglich nichts anderes vereinbart wurde, trifft den Handelsmakler keine Pflicht zum Tätigwerden (vgl. Ba/Ho/Roth, § 93 Rn. 23 ff.). Als ehrlicher Makler hat er die Interessen beider Parteien zu wahren (§ 98 HGB). Die Provision kann der Handelsmakler mangels besonderer Absprachen daher auch bei einseitiger Auftragserteilung (h. L.) von jeder Vertragspartei zur Hälfte verlangen (§ 99 HGB), sofern er zumindest die Mitursächlichkeit seiner Tätigkeit für den entsprechenden Vertragsschluss nachweist (§ 652 Abs. 1 BGB). Der Provisionsanspruch besteht auch dann, wenn der wirksam zustande gekommene Vertrag nicht durchgeführt (BGH NJW 1986, 1165, 1166) oder rückabgewickelt wird (BGH NJW-RR 1993, 248, 249). Einen Aufwendungsersatzanspruch hat der Handelsmakler nur bei besonderer Vereinbarung (§ 652 Abs. 2 BGB).

III. Der Kommissionär

- 12 Der Kommissionär ist nach §§ 383, 406 HGB ein Gewerbetreibender, der es übernimmt, Geschäfte im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung abzuschließen. Das Kommissionsrecht wird in Kap. 11 noch näher erläutert werden.

Beispiele: Kommission im Gebrauchtwagenhandel, im Wertpapierhandel und im Kunsthandel.

IV. Der Frachtführer, Spediteur und Lagerhalter

- 13 Nach § 407 HGB übernimmt der Frachtführer als Gewerbetreibender die Beförderung von Gütern zu Lande, in der Luft oder auf Binnengewässern. Der Spediteur ist ein Gewerbetreibender, der es nach § 453 Abs. 1 HGB über-