

B

Basiswissen von Alpmann Schmidt – der Einstieg in
das Rechtsgebiet leicht und verständlich

Handels- und Gesellschaftsrecht 2. Auflage 2019

Das **Basiswissen Handels- und Gesellschaftsrecht** dient als Einstieg in diese Rechtsgebiete und ist für alle geschrieben, die sich erstmals damit beschäftigen. Das Skript setzt keine Vorkenntnisse im Handels- und Gesellschaftsrecht voraus und behandelt alle Fragen, die für die ersten Klausuren aus diesen Rechtsgebieten von Bedeutung sind.

Inhalt:

- Handelsrecht
 - Kaufmann
 - Handelsfirma, insbes. Inhaberwechsel und Firmenfortführung
 - Vertretung des Kaufmanns
 - Handelsregister und sonstige Rechtsscheinstatbestände
 - Allgemeine Regeln für Handelsgeschäfte, §§ 343–372 HGB
 - Handelskauf, §§ 373 ff. HGB
- Gesellschaftsrecht
 - GbR
 - OHG
 - KG
 - GmbH

ISBN: 978-3-86752-645-6



9 783867 526456

€ 9,90

B

Alpmann Schmidt **Basiswissen Handels- und Gesellschaftsrecht** 2019

B

Basiswissen

Haack

Handels- und Gesellschaftsrecht

2. Auflage **2019**

Alpmann Schmidt



F Fälle

Passend zur Reihe B-Basiswissen!



- Die Reihe F-Fälle zeigt die typischen Klausurprobleme gutachtlich gelöst, inklusive Klausurtechnik und -taktik.
- Übersichten erleichtern den Einstieg in das jeweilige Prüfungsschema.
- Perfekt für die Vorbereitung auf die Semesterabschlussklausuren oder als Wiederholung für höhere Semester.
- Optimale Ergänzung zur Reihe B-Basiswissen – erst Wissen erwerben, dann auf Fälle anwenden!
- **Leseprobe:** bit.ly/2CA3qmu

Erfolgreich in den Klausuren mit Alpmann Schmidt



B-Basiswissen

Das abstrakte Wissen für die Semesterabschlussklausuren – mit zahlreichen Beispielen, Übersichten & Aufbauschemata

Preis: 9,90 – 10,40 €



F-Fälle

Die wichtigsten Fälle zur Vorbereitung auf die Semesterabschlussklausuren – zum Lösen & Lernen, mit Hinweisen zur Klausurtechnik und -taktik

Preis: 9,90 €



A-Aufbauschemata

Die Aufbau- und Prüfungsschemata zu allen relevanten Rechtsnormen des Rechtsgebiets – mit zahlreichen Querverweisen & Problemhinweisen

Preis: 14,90 – 16,90 €



D-Definitionen

Die Definitionen aller relevanten Rechtsbegriffe & Tatbestandsmerkmale aus einem Rechtsgebiet als praktische Hilfe zum Lernen & Nachschlagen

Preis: 9,90 – 10,90 €

Bundesweit juristische Repetitorien zum 1. Examen seit 1956



Die Wahl des richtigen Repetitoriums ist Vertrauenssache. Vergleichen Sie! Probehören ist jederzeit möglich. Wir sind sicher auch in Ihrer Stadt: bit.ly/2JywhcT

Basiswissen

Handels- und Gesellschaftsrecht

2019

Claudia Haack
Rechtsanwältin und Repetitorin

ALPMANN UND SCHMIDT Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG
48149 Münster, Alter Fischmarkt 8, 48001 Postfach 1169, Telefon (0251) 98109-0
AS-Online: www.alpmann-schmidt.de

Haack, Claudia
Basiswissen
Handels- und Gesellschaftsrecht

2. Auflage 2019

ISBN: 978-3-86752-645-6

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren,
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).
Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

Unterstützen Sie uns bei der Weiterentwicklung unserer Produkte.

Wir freuen uns über Anregungen, Wünsche, Lob oder Kritik an:

feedback@alpmann-schmidt.de

1. Teil: Handelsrecht	1
1. Abschnitt: Kaufmann	1
A. Kaufmann kraft Betrieb eines Handelsgewerbes	3
I. Gewerbe	3
1. Nach außen erkennbare Tätigkeit	3
2. Erlaubte Tätigkeit	3
3. Selbstständigkeit	4
4. Planmäßig auf gewisse Dauer	4
5. Gewinnerzielungsabsicht	4
6. Keine freiberufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit	5
II. Handelsgewerbe i.S.v. §§ 1 Abs. 2 ff. HGB	5
1. Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB	5
2. Handelsgewerbe i.S.v. § 2 HGB	6
3. Handelsgewerbe i.S.v. § 3 HGB	7
4. Handelsgewerbe i.S.v. § 5 HGB	8
III. Betreiber des Handelsgewerbes	8
B. Kaufmann kraft Rechtsform	9
C. Kaufmann kraft Rechtsschein	9
■ Check: Kaufmannseigenschaft	10
2. Abschnitt: Die Handelsfirma	11
A. Firmenführungsrecht	11
I. Begriff	11
II. Grundsätze der Firmenbildung	11
1. Firmenwahrheit	11
2. Firmeneinheit	11
3. Firmenunterscheidbarkeit	11
4. Firmenöffentlichkeit	12
5. Firmenbeständigkeit	12
III. Firmenschutz	12
B. Inhaberwechsel und Firmenfortführung,	
§§ 25–28 HGB	13
I. Inhaberwechsel kraft Rechtsgeschäft, § 25 HGB	14
1. Haftung des Erwerbers, § 25 Abs. 1 S. 1 HGB	14
a) Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB	14
b) Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB	16
2. Abtretungsfiktion, § 25 Abs. 1 S. 2 HGB	17
a) Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 S. 2 HGB	17

b) Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 S. 2 HGB	18
II. Inhaberwechsel kraft Erbfolge, § 27 HGB	19
1. Haftung nach erbrechtlichen Regeln, § 1967 BGB ...	19
2. Haftung nach handelsrechtlichen Regeln, § 27 HGB	20
a) Voraussetzungen des § 27 Abs. 1 HGB	20
b) Rechtsfolge des § 27 Abs. 1 HGB	22
III. „Eintritt“ in das Geschäft eines Einzelkaufmanns, § 28 HGB	23
1. Haftung der Gesellschaft, § 28 Abs. 1 S. 1 HGB	23
a) Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 HGB	23
b) Rechtsfolge des § 28 Abs. 1 S. 1 HGB	24
2. Abtretungsfiktion, § 28 Abs. 1 S. 2 HGB	25
■ Check: Inhaberwechsel	26
3. Abschnitt: Vertretung des Kaufmanns	27
A. Prokura, §§ 48 ff. HGB	27
I. Erteilung	27
II. Umfang der Prokura	28
III. Besondere Formen der Prokura	30
IV. Erlöschen der Prokura	30
B. Handlungsvollmacht, §§ 54 ff. HGB	31
I. Erteilung der Handlungsvollmacht	31
II. Umfang der Handlungsvollmacht	31
III. Erlöschen der Handlungsvollmacht	32
C. Vertretungsmacht des Ladenangestellten, § 56 HGB	33
I. Voraussetzungen des § 56 HGB	33
II. Rechtsfolge des § 56 HGB	34
■ Check: Vertretung des Kaufmanns	35
4. Abschnitt: Handelsregister und sonstige Rechtsscheinstatbestände	36
A. Das Handelsregister	36
I. Zweck des Handelsregisters	36
II. System des Handelsregisters	36
B. Publizitätswirkungen des § 15 HGB	37
I. Negative Publizität, § 15 Abs. 1 HGB	37
1. Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 HGB	38
a) Eintragungspflichtige Tatsache	38
b) Keine Eintragung und/oder keine Bekanntmachung	41

c) Keine (positive) Kenntnis des Dritten	41
d) Tatsache muss in Angelegenheiten dessen einzutragen sein, der sich sonst darauf berufen könnte	41
e) Vorgang im Geschäftsverkehr	41
2. Rechtsfolge des § 15 Abs. 1 HGB	42
II. Positive Publizität gemäß § 15 Abs. 2 HGB	43
1. Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 HGB	43
a) Eintragungspflichtige Tatsache	43
b) Korrekte Eintragung und Bekanntmachung	43
c) Ablauf der Schonfrist oder Bösgläubigkeit des Dritten	44
d) Vorgang im Geschäftsverkehr	44
2. Rechtsfolge des § 15 Abs. 2 HGB	44
III. Positive Publizität gemäß § 15 Abs. 3 HGB	45
1. Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 HGB	45
a) Eintragungspflichtige Tatsache	45
b) Unrichtige Bekanntmachung	45
c) Keine (positive) Kenntnis des Dritten von der Unrichtigkeit der Tatsache	46
d) Vorgang im Geschäftsverkehr	46
e) Str., ob weitere Voraussetzung erforderlich	46
2. Rechtsfolge	47
C. Allgemeine Rechtsscheinhaftung	48
I. Voraussetzungen	48
II. Rechtsfolge	49
■ Check: Publizitätswirkung des § 15 HGB	50

5. Abschnitt: Allgemeine Regeln für Handelsgeschäfte,

§§ 343–372 HGB	51
A. Das Handelsgeschäft	51
I. Begriff des Handelsgeschäfts	51
1. Geschäft	51
2. Kaufmann	51
3. Betriebszugehörigkeit	52
II. Arten von Handelsgeschäften	52
B. Sonderregeln für alle Handelsgeschäfte	52
I. Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, § 347 HGB	53
II. Vertragsstrafe, § 348 HGB	54
III. Kaufmännische Bürgschaft, §§ 349, 350 HGB	54

IV. Entgeltlichkeit kaufmännischen Handelns, §§ 352, 353 HGB	54
V. Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung, § 354 a HGB	55
VI. Kontokorrent, §§ 355 ff. HGB	55
1. Voraussetzungen des § 355 Abs. 1 HGB	56
a) Kaufmannseigenschaft	56
b) Geschäftsverbindung, aus der beiderseitige Forderungen entstehen	56
c) Verrechnungsabrede	56
2. Rechtsfolge	56
VII. Qualität der Leistung, § 360 HGB	57
VIII. Schweigen auf ein Angebot	57
1. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben	57
2. Schweigen auf ein Angebot zur Geschäftsbesorgung, § 362 HGB	58
a) Voraussetzungen des § 362 HGB	58
b) Rechtsfolge des § 362 Abs. 1 HGB	60
IX. Erwerb vom Nichtberechtigten, § 366 HGB	60
1. Gutgläubiger Erwerb gemäß § 366 Abs. 1 HGB	61
a) Veräußerer ist Kaufmann	61
b) Veräußerung einer beweglichen Sache im Betrieb des Handelsgeschäfts	61
c) Gutgläubigkeit des Erwerbers in Bezug auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers	61
d) Wirksames Verfügungsgeschäft i.S.d. §§ 932 ff., 1207 ff. BGB	62
2. § 366 Abs. 2 HGB	62
3. § 366 Abs. 3 HGB	62
X. Zurückbehaltungsrecht, § 369 HGB	62
1. Voraussetzungen des § 369 HGB	63
a) Beiderseitige Kaufmannseigenschaft	63
b) Fällige Geldforderung	63
c) Forderung stammt aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft	63
d) Tauglicher Gegenstand	64
e) Kein Ausschluss gemäß § 369 Abs. 3 HGB	64
2. Rechtsfolge des § 369 HGB	64
■ Check: Allgemeine Regeln für Handelsgeschäfte	65

6. Abschnitt: Der Handelskauf, §§ 373 ff. HGB	66
A. Annahmeverzug des Käufers, §§ 373, 374 HGB	66
I. Hinterlegung, § 373 Abs. 1 HGB	66
II. Selbsthilfeverkauf, § 373 Abs. 2–5 HGB	67
B. Spezifikationskauf, § 375 HGB	67
C. Fixhandelskauf, § 376 HGB	68
D. Handelsrechtliche Rügeobliegenheit, § 377 HGB	68
I. Voraussetzungen für das Bestehen einer Rügeobliegenheit	69
1. Beiderseitiger Handelskauf	69
2. Ablieferung der Ware	69
3. Ware mangelhaft	69
4. Kein Ausschluss gemäß § 377 Abs. 5 HGB	70
II. Verletzung der Rügeobliegenheit	70
1. Inhalt	70
2. Zeitpunkt	70
3. Rechtsfolge bei Verletzung der Rügeobliegenheit	71
a) Auswirkungen auf die Käuferrechte	71
b) Auswirkungen auf die Verkäuferrechte	72
■ Check: Handelskauf	73
 2. Teil: Gesellschaftsrecht	74
 1. Abschnitt: Einleitung	74
A. Begriff	74
B. Abgrenzung	74
I. Bruchteilsgemeinschaft gemäß §§ 741 ff. BGB	74
II. Familienrechtliche Gemeinschaften	74
III. Miterbengemeinschaft, §§ 2032 ff. BGB	75
IV. Partiarische Rechtsverhältnisse	75
C. Gesellschaftsarten	76
I. Personengesellschaften	76
II. Körperschaften	76
III. Numerus clausus der Gesellschaftsformen	77
■ Check: Abgrenzung der Gesellschaften	78
 2. Abschnitt: GbR, OHG, KG	79
A. Entstehung der GbR, OHG, KG	79
I. Entstehung im Innenverhältnis	79
1. Gesellschaftsvertrag	79

a) Inhalt der Einigung	79
b) Abgrenzung GbR – OHG – KG	80
2. Mängel des Gesellschaftsvertrag	80
a) Voraussetzungen der fehlerhaften Gesellschaft	81
b) Rechtsfolge der fehlerhaften Gesellschaft	83
II. Entstehungszeitpunkt im Außenverhältnis	83
1. GbR	83
2. OHG, KG	84
III. Identität der Personengesellschaften	84
IV. Rechtsfähigkeit der GbR, OHG, KG	84
1. OHG, KG	84
2. GbR	85
a) Individualistische Theorie	85
b) H.M.: kollektivistische Theorie, Gruppenlehre	85
■ Check: Entstehung der GbR, OHG, KG	87
B. Außenverhältnis der Personengesellschaften	88
I. Außenverhältnis der GbR	88
1. Vertretung bei der GbR	88
2. Haftung in der GbR	89
a) Haftung der GbR	89
b) Haftung der GbR-Gesellschafter	90
■ Check: Außenverhältnis der GbR.....	92
II. Außenverhältnis der OHG	93
1. Vertretung der OHG	93
2. Haftungsstruktur der OHG	94
a) Haftung der OHG	94
b) Haftung der OHG-Gesellschafter	95
■ Check: Außenverhältnis der OHG.....	98
III. Außenverhältnis der KG	99
1. Vertretung der KG	99
2. Haftungsstruktur der KG	99
a) Haftung der KG	99
b) Haftung des Komplementärs	100
c) Haftung des Kommanditisten	100
■ Check: Außenverhältnis der KG.....	106
IV. Haftung bei Eintritt oder Ausscheiden eines Gesellschafters	107

1. Haftung des eintretenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten	107
a) Haftung des eintretenden OHG-Gesell- schafterers bzw. Komplementärs	107
b) Haftung des eintretenden Kommanditisten	108
c) Haftung des eintretenden BGB-Gesellschafterers	108
2. Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters	110
a) Keine Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafterers für Neuschulden	110
b) Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafterers	110
■ Check: Haftung bei Eintritt oder Ausscheiden	112
C. Innenverhältnis der Personengesellschaften	113
I. Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis	113
1. Sozialansprüche	113
2. Sozialverpflichtungen	114
3. Individualansprüche und -verpflichtungen	115
4. Drittbeziehung	115
II. Geschäftsführung bei der GbR, OHG, KG	116
1. Geschäftsführungsbefugnis	116
a) Geschäftsführungsbefugnis bei der GbR	117
b) Geschäftsführungsbefugnis bei OHG und KG	117
2. Verletzung der Geschäftsführerpflichten	119
■ Check: Innenverhältnis der Personengesellschaften	121
D. Veränderungen im Personenbestand	122
I. Ausscheiden eines Gesellschafters	122
1. Ausscheidensgründe	122
a) Gesetzliche Ausscheidensgründe	122
b) Vertragliche Ausscheidensgründe	123
c) Ausschluss eines Gesellschafters	123
2. Die Auswirkungen des Ausscheidens	124
II. Eintritt in die GbR, OHG, KG durch Vertrag	125
III. Gesellschafterwechsel durch Vertrag	125
1. Gesellschafterwechsel durch Doppelvertrag	125
2. Gesellschafterwechsel durch Abtretung eines Gesellschaftersanteils	126
IV. Nachfolge bei Tod eines Gesellschafters	126

1. Auswirkungen des Todes eines Gesellschafters auf den Bestand der Gesellschaft	126
2. Zusammensetzung der Gesellschaft bei Fortbestehen nach Tod eines Gesellschafters	127
a) Grundsatz	127
b) Ausnahmen	128
■ Check: Veränderungen im Personenbestand	135
3. Abschnitt: GmbH	136
A. Gründungsvorgang der GmbH	136
I. Abschluss des Gesellschaftsvertrags	136
II. Bestellung der Organe der Gesellschaft	137
III. Aufbringung des Stammkapitals	137
IV. Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister	138
V. Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister	138
B. Gründungsphasen	138
I. Vorgründungsgesellschaft	138
II. Vor-GmbH	140
1. Rechtsnatur	140
2. Haftungsstruktur in der Vor-GmbH	141
a) Haftung der Vor-GmbH	141
b) Haftung der Vor-GmbH-Gesellschafter	142
c) Handelndenhaftung gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG	143
3. „Unechte Vor-GmbH“	145
III. GmbH	145
■ Check: GmbH.....	147

1. Teil: Handelsrecht

Das Handelsrecht ist das **besondere Privatrecht der Kaufleute**. Die Notwendigkeit für eine derartige Sonderregelung ergibt sich aus den besonderen Bedürfnissen, die Kaufleute im Rahmen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs haben und denen das BGB nicht immer gerecht wird. Die besonderen Bedürfnisse der Kaufleute richten sich u.a. auf:

- rasche Abwicklung (z.B. unverzügliche Mängelrüge, § 377 HGB)
- Rechtsklarheit und Rechtssicherheit (z.B. §§ 5, 15, 366 HGB)
- stärkere Bindung an Bräuche und Gepflogenheiten, § 346 HGB
- Professionalität, insbesondere Entgeltlichkeit, §§ 353, 354 HGB
- Selbstverantwortung des Handelnden, §§ 348 ff. HGB

Das Handelsrecht steht nicht isoliert neben dem BGB, sondern ist ein Teil des Privatrechts. Die Vorschriften des BGB werden zum Teil ergänzt (z.B. ist § 377 HGB neben §§ 434 ff. BGB anwendbar) oder durch Sonderregelungen ersetzt (z.B. wird gemäß § 349 HGB die Einrede der Vorausklage, § 771 BGB, ausgeschlossen). Soweit im HGB nicht etwas anderes bestimmt ist, bleibt das BGB anwendbar, vgl. Art. 2 Abs. 1 EGHGB.

Zum **Handelsrecht im engeren Sinn** gehören:

- das Recht des Handelsstands (1. Buch des HGB) und
- das Recht der Handelsgeschäfte (4. Buch des HGB)

Maßgebend für die Anwendbarkeit des Handelsrechts ist der Begriff des **Kaufmanns**. Die handelsrechtlichen Vorschriften sind grundsätzlich nur anwendbar, wenn zumindest einer der Beteiligten Kaufmann ist (sogenanntes **subjektives System**, bei dem auf die beteiligten Personen abgestellt wird).

!

1. Abschnitt: Kaufmann

Die Kaufmannseigenschaft kann sich ergeben:

- kraft Betrieb eines Handelsgewerbes, vgl. § 1 Abs. 1 HGB.
- kraft Rechtsform, vgl. § 6 HGB (sogenannter Formkaufmann)
- kraft Rechtsschein (sogenannter Scheinkaufmann).

Kaufmann

I. Kaufmann kraft Betrieb eines Handelsgewerbes

1. Grundvoraussetzung = Gewerbe: jede nach außen erkennbare, erlaubte (str.), selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte Tätigkeit (str.), die nicht „freier Beruf“ ist (str.).

- nach außen erkennbar: z.B. (–) beim heimlichen Spekulieren an der Börse
- erlaubt: zivilrechtlich gültige Verträge
- (rechtlich) selbstständig, vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB
- planmäßig: auf unbestimmte Vielzahl von Geschäftsabschlüssen gerichtet
- Gewinnerzielungsabsicht: Absicht, Überschuss der Einnahme über die Ausgaben zu erzielen
- kein freier Beruf (historisch bedingt): Dienstleistung höherer Art steht im Vordergrund; z.B. Ärzte, Rechtsanwälte, etc.

2. Handelsgewerbe

- gemäß § 1 Abs. 2 HGB **Vermutung** für jeden Gewerbebetrieb, es sei denn, nach Art und/oder Umfang sind keine kaufmännischen Einrichtungen erforderlich – Eintragungspflicht, § 29 HGB, Eintragung wirkt nur deklaratorisch
- gemäß § 2 HGB sonstige gewerbliche Unternehmen, wenn im Handelsregister eingetragen – keine Eintragungspflicht, Eintragung wirkt konstitutiv
- gemäß § 3 HGB land- bzw. forstwirtschaftliche Betriebe, wenn nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind und im Handelsregister eingetragen – keine Eintragungspflicht, Eintragung wirkt konstitutiv
- gemäß § 5 HGB, wenn Eintragung als Kaufmann im Handelsregister und tatsächlich Gewerbe betrieben wird

II. Kaufmann kraft Rechtsform

Gemäß § 6 HGB Gesellschaft, die unabhängig vom Unternehmensgegenstand als kaufmännisch gilt, sog. **Formkaufmann:**

- GmbH, § 13 Abs. 3 GmbHG
- AG, § 3 AktG
- KGaA, § 278 AktG
- eG, § 17 Abs. 2 GenG

III. Kaufmann kraft Rechtsschein

Aus allgemeinem Rechtsschein – sogenannter **Scheinkaufmann**, § 5 HGB analog, § 242 BGB

- 1. Rechtsschein** der Kaufmannseigenschaft durch Auftreten im Rechtsverkehr **zurechenbar gesetzt**
- 2. Dritter ist gutgläubig**
- 3. Dritter hat im Vertrauen auf Rechtsschein gehandelt (konkrete Kausalität)**

A. Kaufmann kraft Betrieb eines Handelsgewerbes

Gemäß § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Folglich muss die ausgeübte Tätigkeit überhaupt ein **Gewerbe** darstellen (I.), dieses muss nach §§ 1 Abs. 2 ff. HGB als **Handelsgewerbe** zu bewerten sein (II.) und die betreffende Person muss **Betreiber** des Handelsgewerbes sein (III.).

I. Gewerbe

Gewerbe ist nach h.M. jede nach außen erkennbare, erlaubte, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer angelegte, zum Zwecke der Gewinnerzielung ausgeübte Tätigkeit, die kein freier Beruf ist.

1. Nach außen erkennbare Tätigkeit

Die Tätigkeit muss den Geschäftspartnern erkennbar sein. Die bloße innere Absicht, ein Gewerbe zu betreiben, reicht nicht aus.

Beispiel: Die stille Beteiligung an einer Gesellschaft, die für Dritte nicht erkennbar ist, stellt mangels äußerer Erkennbarkeit kein Gewerbe dar.

2. Erlaubte Tätigkeit

Nach h.M. muss die Tätigkeit zivilrechtlich erlaubt sein, da demjenigen, der unerlaubt Geschäfte betreibt, nicht die Rechte eines Kaufmanns zustehen können. Daher dürfen die Geschäfte, die in dem Betrieb typischerweise abgeschlossen werden, nicht verboten oder sittenwidrig sein (§§ 134, 138 BGB).

Beispiel: Rauschgifthändler, Hehler, Zuhälter, Waffenschieber sind demnach keine Gewerbetreibenden. **!**

Hinweis: Wer auf die Kaufmannseigenschaft des Betreibers eines in diesem Sinne unerlaubten Gewerbes vertraut, kann nach den Grundsätzen der Lehre vom Scheinkaufmann geschützt werden (siehe unten C.).

Nach a.A. liegt auch bei verbotenen oder sittenwidrigen Geschäften ein Gewerbe vor, da ansonsten möglicherweise eine unzulässige Begünstigung der Personen gegeben ist, die einer solchen Tätigkeit nachgehen – z.B. dadurch, dass sie keine Rügeobliegenheit trifft.

Hinweis: Auf eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis für die Tätigkeit kommt es nicht an, vgl. § 7 HGB. So haben z.B. Verstöße gegen das Gaststättengesetz keinen Einfluss auf das Vorliegen eines Gewerbes.

Die Selbstständigkeit unterscheidet den Handelnden vom Arbeitnehmer und Beamten.

3. Selbstständigkeit

Es muss sich um eine rechtlich selbstständige Tätigkeit handeln. Gemäß § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Beispiel: Die Kassiererin im Supermarkt hat feste Arbeitszeiten und wird auch inhaltlich weisungsgebunden tätig. Sie ist daher unselbstständig tätig, somit ist sie eine Arbeitnehmerin und keine Gewerbetreibende.



Hinweis: Auf eine wirtschaftliche Unabhängigkeit kommt es nicht entscheidend an, sodass die Abhängigkeit z.B. von Kreditgebern nicht gegen die Selbstständigkeit spricht.

4. Planmäßig auf gewisse Dauer

Die Tätigkeit muss planmäßig auf gewisse Dauer angelegt sein. Das ist der Fall, wenn sie auf eine unbestimmte Vielzahl von Geschäftsabschlüssen gerichtet ist. Maßgeblich ist der Wille des Handelnden, während eines bestimmten Zeitraums einen ganzen Komplex gleichartiger Geschäfte abzuschließen.

Beispiel: G vermietet an der Nordseeküste in Cuxhaven jedes Jahr von Anfang Mai bis Ende Oktober Strandkörbe.

Dass G seinen Betrieb nur saisonal betreibt, steht dem Merkmal „planmäßig auf gewisse Dauer angelegt“ nicht entgegen, da seine Strandkorbvermietung während eines bestimmten Zeitraums auf eine unbestimmte Vielzahl von Vermietungen gerichtet ist.

5. Gewinnerzielungsabsicht

Nach h.M. ist eine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich. Es muss also die Absicht bestehen, einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben zu erzielen. Die Gewinnerzielungsabsicht wird bei einem Privatunternehmen vermutet, muss jedoch bei einem Unternehmen der öffentlichen Hand im Einzelfall festgestellt werden.

Hinweis: Ob tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet wird, ist unerheblich.

Nach a.A. ist nicht die Gewinnerzielungsabsicht maßgeblich, sondern dass eine entgeltliche Tätigkeit am Markt angeboten wird. Für die Anwendung der an den Kaufmannsbegriff anknüpfenden handelsrechtlichen Sonderregelungen dürfe es nicht auf eine innere Tatsache wie die Gewinnerzielungsabsicht ankommen, sondern es müsse auf einen äußerlich erkennbaren Umstand abgestellt werden.

6. Keine freiberufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit

Es darf sich nicht um eine künstlerische oder wissenschaftliche Tätigkeit oder um einen freien Beruf handeln.

Die Herausnahme dieser Tätigkeiten aus dem Gewerbebegriff ist heute allein aus historischen Gründen gerechtfertigt. Bei diesen Tätigkeiten steht die individuelle höchstpersönliche Dienstleistung höherer Art im Vordergrund, während die Leistungen von Gewerbetreibenden vornehmlich auf dem Einsatz von Produktionsmitteln und fremder Arbeitskraft beruht.

Für eine Reihe von Berufen ist gesetzlich ausdrücklich festgelegt, dass sie kein Gewerbe betreiben.

Beispiele: Rechtsanwälte, § 2 Abs. 2 BRAO, Notare, § 2 S. 3 BNotO, Ärzte, § 1 Abs. 2 BundesärzteO, Zahnärzte, § 1 Abs. 4 ZahnheilkundeG, Wirtschaftsprüfer, § 1 Abs. 2 S. 2 WirtschaftsprüferO, Steuerberater, § 32 Abs. 2 S. 2 SteuerberG

Andere Berufe fallen gewohnheitsrechtlich nicht unter den Gewerbebegriff.

Beispiele: Architekten, Schriftsteller, Dolmetscher

Hinweis: Apotheker sind keine Freiberufler, da bei ihnen der Handel mit Waren im Vordergrund steht.

Die Aufzählung freier Berufe in § 1 Abs. 2 PartGG gilt **nicht** für den Gewerbebegriff des HGB!

II. Handelsgewerbe i.S.v. §§ 1 Abs. 2 ff. HGB

Die Kaufmannseigenschaft gemäß § 1 Abs. 1 HGB verlangt zudem, dass es sich bei dem Gewerbe um ein Handelsgewerbe i.S.v. §§ 1 Abs. 2 ff. HGB handelt.

1. Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB

Gemäß § 1 Abs. 2 HGB wird **vermutet**, dass jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe darstellt, es sei denn, dass der Betrieb nach Art und/oder Umfang keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert.

§ 1 Abs. 2 HGB enthält zum Schutze des Rechtsverkehrs eine widerlegliche Vermutung!

Klausurhinweis: Aufgrund der Vermutung des § 1 Abs. 2 HGB kann man bei jedem Gewerbebetrieb von einem Handelsgewerbe ausgehen, solange der Sachverhalt nicht mitteilt, dass es sich um einen kleinen und/oder unkomplizierten Betrieb handelt.

Die Vermutung des § 1 Abs. 2 HGB kann widerlegt werden, indem der Gewerbetreibende darlegt und im Zweifelsfalle beweist, dass sein Betrieb nach Art und/oder Umfang keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert.

Kaufmännische Einrichtungen i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB sind diejenigen Einrichtungen, die ein Kaufmann für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung benötigt – also alles, was erforderlich ist, um den Betrieb übersichtlich zu gestalten.

Beispiele: kaufmännische Buchführung, Bilanzerstellung, Inventarerrichtung

Ob diese kaufmännischen Einrichtungen erforderlich, also objektiv notwendig sind oder nicht, ist nach **Art und Umfang des Betriebs** zu beurteilen. Wesentliche **Kriterien** sind:

- **für die Art der Geschäftstätigkeit:** Vielfalt des Geschäftsgegenstandes, Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge, Inanspruchnahme und Gewährung von Kredit, Teilnahme am Scheck- und Wechselverkehr, lokale oder weiträumigere, vielleicht internationale Tätigkeit.
- **für den Umfang der Geschäftstätigkeit:** Umsatzvolumen, Anlage- und Umlaufvermögen, Anzahl der Beschäftigten, Größe des Geschäftslokals, Anzahl der Betriebsstätten, Filialen.



Hinweis: Die Vermutung des § 1 Abs. 2 HGB ist bereits dann widerlegt, wenn der Gewerbetreibende nachweist, dass sein Betrieb entweder nur der Art **oder** nur dem Umfang nach keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert. Die Vermutung ist natürlich erst recht widerlegt, wenn kaufmännische Einrichtungen sogar nach Art **und** Umfang nicht erforderlich sind.

Gemäß § 14 HGB (i.V.m. §§ 388 ff. FamFG) kann das Registergericht ein Zwangsgeld festsetzen, wenn jemand seinen Eintragungspflichten nicht nachkommt.

Gemäß § 29 HGB besteht für jeden Kaufmann, also auch für denjenigen, der ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB betreibt, eine **Eintragungspflicht** im Handelsregister. Im Falle des § 1 Abs. 2 HGB hat diese Eintragung jedoch lediglich **deklaratorische Wirkung**, d.h. sie begründet die Kaufmannseigenschaft nicht, sondern bekundet sie nur.

Hinweis: Derjenige, der ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB betreibt, ist allein aufgrund dessen Kaufmann i.S.v. § 1 Abs. 1 HGB (sogenannter **Istkaufmann**). Ob eine Eintragung im Handelsregister erfolgt ist oder nicht, ist für die Kaufmannseigenschaft unerheblich.

2. Handelsgewerbe i.S.v. § 2 HGB

Nach § 2 S. 1 HGB gilt ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist, als Handelsgewerbe, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Zu einer solchen Eintragung ist der Gewerbetreibende berechtigt, aber nicht verpflichtet, vgl. § 2 S. 2 HGB.

Demnach hat ein Kleingewerbetreibender, dessen Betrieb nach Art und/oder Umfang keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert, die Wahl: er kann Kaufmann werden, indem er die Firma seines Unternehmens ins Handelsregister eintragen lässt, er kann sich aber auch dagegen entscheiden (sogenannter **Kannkaufmann**). Für den Kleingewerbetreibenden besteht folglich **keine Eintragungspflicht**, lässt er die Eintragung allerdings vornehmen, so hat sie **konstitutive Wirkung**.

Hinweis: Wenn ein Kleingewerbetreibender sich als Kaufmann im Handelsregister eintragen lässt, ist er mit der Eintragung Kaufmann gemäß § 1 Abs. 1 HGB, sodass sämtliche HGB-Vorschriften für ihn gelten.



Der Kleingewerbetreibende, der sich als Kaufmann hat eintragen lassen, kann gemäß § 2 S. 3 HGB jederzeit die Löschung der Firma beantragen, sodass er mit der Löschung die Kaufmannseigenschaft wieder verliert. Die beantragte Löschung erfolgt allerdings nicht, wenn sein Betrieb mittlerweile nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert, sodass eine Eintragung nach § 1 Abs. 2 HGB geboten ist.

3. Handelsgewerbe i.S.v. § 3 HGB

Gemäß § 3 Abs. 1 HGB finden die Vorschriften des § 1 HGB auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft keine Anwendung, sodass derjenige, der ein land- oder forstwirtschaftliches Gewerbe oder Nebengewerbe betreibt, nicht allein wegen dieser Tätigkeit Kaufmann ist.

Unter Landwirtschaft versteht man die Gewinnung pflanzlicher und tierischer Rohstoffe durch Landbau sowie deren Weiterverarbeitung, wobei die eigene Bodennutzung maßgeblich ist. Demgegenüber umfasst Forstwirtschaft die Gewinnung von Waldprodukten durch planmäßiges Auf- und Abforsten sowie deren Verwertung.

Land- und Forstwirte können sich gemäß § 3 Abs. 2, 3 HGB im Handelsregister eintragen lassen, wenn ihr Gewerbe oder Nebengewerbe kaufmännische Einrichtungen nach Art und Umfang erfordert (sogenannter **Kannkaufmann**). Mit der Eintragung gilt der Betrieb als Handelsgewerbe und der Gewerbetreibende ist Kaufmann gemäß § 1 Abs. 1 HGB.

Die Formulierung in § 3 Abs. 1 HGB, wonach der gesamte § 1 HGB keine Anwendung findet – also auch der § 1 Abs. 1 HGB, ist nach allgemeiner Ansicht ein Versehen des Gesetzgebers.

Hinweis: Für den Land- oder Forstwirt besteht folglich **keine Eintragungspflicht**, lässt er sie allerdings vornehmen, so hat sie **konstitutive Wirkung**.

Hat sich ein Land- oder Forstwirt im Handelsregister eintragen lassen, so kann er seine Löschung im Handelsregister nicht nach Belieben verlangen, sondern diese ist nur möglich, wenn sein Betrieb zum Zeitpunkt des Antrags keine kaufmännischen Einrichtungen mehr erfordert, vgl. § 3 Abs. 2 Hs. 2 HGB.

4. Handelsgewerbe i.S.v. § 5 HGB

Entgegen des (missglückten) Wortlauts ist die Norm nach h.M. von Amts wegen zu berücksichtigen.

Nach § 5 HGB kann bei einer Eintragung der Firma im Handelsregister nicht geltend gemacht werden, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe keine Handelsgewerbe sei. Infolgedessen gilt der Betrieb als Handelsgewerbe und der Gewerbetreibende ist Kaufmann gemäß § 1 Abs. 1 HGB (sogenannter **Fiktivkaufmann**).

§ 5 HGB verlangt allerdings, dass überhaupt noch ein Gewerbe betrieben wird.

Hinweis: Ein eingetragenes Kleingewerbe gilt bereits nach § 2 HGB als Handelsgewerbe. Daher ist umstritten, ob § 5 HGB daneben überhaupt einen eigenen Anwendungsbereich hat: Zum Teil wird angenommen, § 5 HGB sei neben §§ 2, 3 HGB bedeutungslos. § 2 HGB greift jedoch nur ein, wenn eine auf die Erlangung der Kaufmannseigenschaft gerichtete Willenserklärung vorliegt. Daher ist nach a.A. § 5 HGB anwendbar, wenn irrtümlich von einer Eintragungspflicht gemäß § 1 Abs. 2 HGB i.V.m. § 29 HGB ausgegangen wird bzw. die Anmeldung zur Eintragung gänzlich fehlt oder nichtig ist. Ferner ist § 5 HGB nach dieser Ansicht einschlägig, wenn ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB zu einem Kleingewerbe herabsinkt. Entscheidungserheblich ist dieser Streit jedoch nicht, da sich das Handelsgewerbe entweder aus §§ 2, 3 HGB und/oder aus § 5 HGB herleiten lässt.

III. Betreiber des Handelsgewerbes

Liegt ein Handelsgewerbe vor, so ist derjenige Kaufmann, der es „betreibt“. Für die Ermittlung des Betreibers des Handelsgewerbes werden zwei unterschiedliche Ansätze vertreten, die sich nur geringfügig unterscheiden:

- Nach einer Ansicht wird angenommen, dass derjenige das Handelsgewerbe betreibt, **in dessen Namen** das Handelsgewerbe ausgeübt wird.
- Nach anderer Ansicht ist derjenige Betreiber, der aus den im Unternehmen geschlossenen Geschäften **berechtigt und verpflichtet** wird.

- 1. Was ist der Unterschied zwischen deklaratorischer und konstitutiver Eintragung?**

1. Deklaratorische Wirkung bedeutet, dass nur bekundet wird, dass ein Rechtsvorgang stattgefunden hat, der unabhängig von der Registereintragung bereits wirksam geworden ist. Demgegenüber wird bei einer konstitutiven Wirkung erst durch die Eintragung im Handelsregister die materielle Wirkung begründet.
- 2. Was ist unter positiver und negativer Publizität zu verstehen?**

2. Positive Publizität bedeutet, dass der Rechtsverkehr sich auf das verlassen kann, was in einem Register steht oder bekannt gemacht worden ist. Demgegenüber schützt die negative Publizität Dritte in ihrem Glauben, dass sich etwas, das nicht im Register eingetragen oder nicht bekannt gemacht ist, auch nicht ereignet hat.
- 3. Ist § 15 Abs. 1 HGB auch bei sekundärer Unrichtigkeit – also wenn weder die eintragungspflichtige Tatsache noch die dazugehörige voreintragungspflichtige Tatsache im Register eingetragen worden ist – anwendbar?**

3. Nach einer Ansicht ist § 15 Abs. 1 HGB in diesen Fällen nicht anzuwenden, da ohne Voreintragung vom Handelsregister kein Rechtsschein ausgehe. Die h.M. wendet § 15 Abs. 1 HGB auch in diesem Fall an, da ansonsten derjenige, der mehrfach gegen seine Eintragungspflichten verstößt, eine bessere Rechtsposition innehat als derjenige, der seinen Eintragungspflichten zumindest teilweise nachkommt.
- 4. Was ist die Rechtsfolge des § 15 Abs. 1 HGB?**

4. Der Dritte hat ein Wahlrecht: er kann sich auf die fingierte Rechtslage, also auf das Nichtvorliegen der Tatsache oder – wenn ihm dies günstiger erscheint – auf die wahre Rechtslage berufen.
- 5. Ist das Wahlrecht teilbar?**

5. Es wird vertreten, dass der Registerinhalt nur in seiner Gesamtheit gewürdigt werden könne. Es gebe keinen Grund, den Dritten besser zu stellen, als wenn die fingierte Rechtslage der Wirklichkeit entspräche. Die h.M. bejaht die Teilbarkeit des Wahlrechts (sog. Rosinentheorie), da § 15 Abs. 1 HGB nur zum Vorteil des Dritten und nicht zu seinen Lasten diene.
- 6. Wann ist eine Bekanntmachung unrichtig i.S.v. § 15 Abs. 3 HGB?**

6. Unrichtig ist eine Bekanntmachung i.S.v. § 15 Abs. 3 HGB, wenn sie nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt.
- 7. Welche zusätzliche ungeschriebene Voraussetzung besteht, besteht nach h.M. bei § 15 Abs. 3 HGB?**

7. Nach h.M. wirkt § 15 Abs. 3 HGB zum Schutz unbeteiligter Dritter nur zulasten desjenigen, der die unrichtige Bekanntmachung irgendwie veranlasst hat (modifiziertes Veranlasserprinzip).

2. Abschnitt: GbR, OHG, KG

Die gesetzlichen Regelungen zur GbR finden sich in den §§ 705 ff. BGB. Die OHG ist in den §§ 105 ff. HGB geregelt. Wenn das OHG-Recht jedoch keine spezielle Anordnungen enthält, gelten daneben die §§ 705 ff. BGB, vgl. § 105 Abs. 3 HGB. Die KG ist in den §§ 161 ff. HGB geregelt; soweit das KG-Recht keine spezielle Regelung enthält, kommen gemäß §§ 161 Abs. 2 HGB die §§ 105 ff. HGB zur Anwendung, sodass – wenn auch diese keine spezielle Anordnung enthalten – gemäß § 105 Abs. 3 HGB die §§ 705 ff. BGB eingreifen.

GbR: §§ 705 ff. BGB
 OHG: §§ 105 ff. HGB; § 105 Abs. 3 HGB -> §§ 705 ff. BGB
 KG: §§ 161 ff. HGB; § 161 Abs. 2 HGB -> §§ 105 ff. HGB; § 105 Abs. 3 HGB -> §§ 705 ff. BGB

Beispiele: Die Haftungsprivilegierung des § 708 BGB gilt mangels spezieller Regelung über § 105 Abs. 3 HGB auch für die OHG und gemäß §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB auch für die KG.

Die Haftungsregelung für die OHG-Gesellschafter, § 128 HGB, gilt mangels spezieller Regelung gemäß § 161 Abs. 2 HGB auch für die Komplementäre einer KG.

A. Entstehung der GbR, OHG, KG

Bei der Entstehung von Personengesellschaften muss streng zwischen der Entstehung im Innen- und im Außenverhältnis unterschieden werden.

I. Entstehung im Innenverhältnis

Im Innenverhältnis entstehen die Personengesellschaften mit dem **Abschluss eines Gesellschaftsvertrags**.

1. Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag kommt durch eine wirksame Einigung der Gesellschafter über die Vertragsbestandteile zustande.

a) Inhalt der Einigung

Zwingend erforderlich ist eine Einigung der Gesellschafter darüber, dass sie sich zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen. Darüber hinaus können sie sich – fakultativ – über weitere Vertragsbestandteile einigen,

Beispiel: A, B und C wollen gemeinsam einen kleinen Kiosk in Form einer Personengesellschaft betreiben. A, B und C müssen sich zwingend darüber einigen, welchen Zweck sie gemeinsam verfolgen wollen. Sie können ferner z.B. vereinbaren, dass A – abweichend von der gesetzlichen Regelung des § 714 BGB – allein vertretungsberechtigt sein soll.

OHG und KG sind auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, während die GbR auf jeden sonstigen erlaubten Zweck gerichtet sein kann.

b) Abgrenzung GbR – OHG – KG

Der **gemeinsame Zweck einer GbR** ist nicht gesetzlich festgelegt. Somit kann grundsätzlich **jeder erlaubte Zweck, der nicht für eine andere Rechtsform reserviert ist**, gemeinsamer Zweck i.S.v. § 705 BGB sein. Dabei kann es sich um einen wirtschaftlichen oder ideellen Zweck handeln, die Zweckverfolgung kann auf Dauer angelegt sein oder von vornherein nur vorübergehend geplant sein.

Der gemeinsame Zweck einer **OHG** ist kraft Gesetzes gemäß § 105 Abs. 1 HGB auf den **Betrieb eines Handelsgewerbes** festgelegt. Wird ein Gewerbebetrieb, der nach Art und/oder Umfang keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert (Kleingewerbe), von mehreren Personen gemeinsam betrieben, so entsteht zunächst eine GbR. Wird die Gesellschaft jedoch im Handelsregister eingetragen, besteht mit der Eintragung eine OHG, vgl. § 105 Abs. 2 HGB (konstitutive Wirkung der Eintragung). Gleiches gilt gemäß § 105 Abs. 2 HGB für Gesellschaften die nur eigenes Vermögen verwalten.

Die **KG** ist – wie die OHG – auf den **Betrieb eines Handelsgewerbes** gerichtet. Im Unterschied zur OHG, bei der es nur unbeschränkt haftende Gesellschafter gibt, sind in der KG zwei Arten von Gesellschaftern vorhanden: Es gibt sogenannte **Komplementäre** (persönlich haftende Gesellschafter), die wie OHG-Gesellschafter unbeschränkt haften, und **Kommanditisten**, die beschränkt auf ihre im Handelsregister eingetragene Haftsumme haften. Zur wirksamen Gründung einer KG muss es mindestens einen Komplementär und einen Kommanditisten geben.

2. Mängel des Gesellschaftsvertrag

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags unterliegt den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre gemäß §§ 104 ff. BGB. Infolgedessen kann die Einigung der Gesellschafter unwirksam oder nichtig sein, sodass bereits erbrachte Leistungen gemäß §§ 812 ff. BGB rückabgewickelt werden müssten.

Da sowohl die Gesellschafter als auch Dritte auf die Existenz der Gesellschaft vertraut haben, erscheint eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht nicht immer interessengerecht. Außerdem würde eine Rückabwicklung nach den §§ 812 ff. BGB die speziellen Regelungen des Gesellschaftsrechts über die Auflösung und die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens, vgl. §§ 723 ff. BGB, §§ 133 ff. HGB unterlaufen.

Nach ganz h.M. wird daher bei Mängeln des Gesellschaftsvertrags die von der Rspr. entwickelte **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft** angewendet, nach der eine Personengesellschaft auf fehlerhafter Vertragsgrundlage unter bestimmten Voraussetzungen wie eine wirksame Gesellschaft behandelt wird.

!

Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

I. Voraussetzungen:

- fehlerhafter Gesellschaftsvertrag
- in Vollzug gesetzt
- keine entgegenstehenden Interessen
 - der Allgemeinheit
 - des Einzelnen

II. Rechtsfolge: fehlerhafte Gesellschaft wird im Innen- und Außenverhältnis wie eine wirksame Gesellschaft behandelt

a) Voraussetzungen der fehlerhaften Gesellschaft

aa) Zunächst muss ein **fehlerhafter Gesellschaftsvertrag** vorliegen. D.h. die Vertragsparteien wollten einen wirksamen Gesellschaftsvertrag abschließen und die erfolgte Einigung ist aus Rechtsgründen unwirksam (z.B. §§ 105, 125, 134, 138, 142 BGB).

Hinweis: Ein Scheingeschäft i.S.v. § 117 BGB ist nicht ausreichend, da die Beteiligten in diesem Fall ihre Rechtsbeziehung von vornherein nicht dem Gesellschaftsrecht unterstellen wollten.

bb) Ferner muss der Gesellschaftsvertrag **in Vollzug gesetzt** worden sein.

Hat die Gesellschaft ihre Geschäfte nach außen aufgenommen, so liegt auf jeden Fall ein Vollzug des fehlerhaften Gesellschaftsvertrags vor. Nach h.M. ist ein Vollzug auch dann anzunehmen, wenn zwar noch keine Tätigkeit nach außen entfaltet wurde, aber bereits im Innenverhältnis Gesellschaftsvermögen gebildet worden ist, da in diesem Fall zumindest die Gesellschafter auf die Existenz der Gesellschaft vertraut haben.

Hinweis: Liegt weder eine Geschäftsaufnahme nach außen noch die Bildung von Gesellschaftsvermögen vor, haben weder die Gesellschafter noch Dritte auf die Existenz der Gesellschaft vertraut, sodass die Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB erfolgen kann.

Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft gelten bei:

- fehlerhaftem Abschluss
- fehlerhafter Vertragsänderung
- fehlerhaftem Ein- und Austritt
- fehlerhafter Abtretung

Diese Voraussetzung stellt sicher, dass durch die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, keine tragenden Grundsätze der Rechtsordnung unterlaufen werden.

cc) Schließlich dürfen der Fiktion einer Gesellschaft **keine Interessen der Allgemeinheit oder des Einzelnen entgegenstehen**.

(1) Die Interessen der Allgemeinheit stehen bei Verträgen entgegen, die wegen Verstoßes gegen ein **gesetzliches Verbot, § 134 BGB**, oder wegen **Sittenwidrigkeit, § 138 BGB**, nichtig sind. Denn die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft darf nicht dazu führen, dass die Grenzen der Privatautonomie verschoben werden.

Beispiel: A, B und C betreiben einen gewerbsmäßigen Waffenhandel.

A, B und C haben sich darüber geeinigt, einen gemeinsamen Zweck – Waffenhandel – zu verfolgen. Die Abrede ist jedoch gemäß § 134 BGB und § 138 BGB nichtig. Obwohl A, B und C ihre Geschäfte begonnen haben, den fehlerhaften Gesellschaftsvertrag also in Vollzug gesetzt haben, kann wegen der entgegenstehenden Interessen der Allgemeinheit keine wirksame Gesellschaft über die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft fingiert werden.

(2) Ferner darf die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft den Minderjährigenschutz nicht unterlaufen, der auch im Gesellschaftsrecht absoluten Vorrang hat. Entgegenstehende Interessen des Einzelnen können sich daher aus dem **Minderjährigenschutz** ergeben.

Dass der Minderjährige auch im Gesellschaftsrecht geschützt werden muss, ist unstrittig. **Umstritten ist jedoch, wie sich der Vorrang des Minderjährigenschutzes bei fehlerhaften Gesellschaften konkret auswirkt:**

- **Nach h.M.** wird der Minderjährige **kein Gesellschafter** der fehlerhaften Gesellschaft.
- **Nach a.A.** wird der Minderjährige zwar Gesellschafter der fehlerhaften Gesellschaft, es treffen ihn aber **keine Nachteile**, d.h. dass er u.a. nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.



Klausurhinweis: Der Meinungsstreit darf in einer Klausur nicht vor schnell entschieden werden. Geht es um die Haftung des Minderjährigen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, kommen beide Auffassungen zu demselben Ergebnis, dass der Minderjährige nicht haftet. Eine Entscheidung des Streits ist nicht notwendig und ist daher in einer Klausur falsch. Wird demgegenüber nach Gewinnansprüchen des Minderjährigen gefragt oder ist neben dem Minderjährigen nur noch eine weitere Person als Gesellschafter vorhanden, muss der Streit entschieden werden.

b) Rechtsfolge der fehlerhaften Gesellschaft

Sind die Voraussetzungen erfüllt, so wird die fehlerhafte Gesellschaft **wie eine wirksame Gesellschaft behandelt**.

D.h. im Innenverhältnis gilt der nichtige Vertrag und die Gesellschaft kann nur nach gesellschaftsrechtlichen Regeln durch Kündigung, § 723 BGB, oder Auflösungsklage, § 133 HGB, für die Zukunft aufgelöst werden. Im Außenverhältnis richtet sich die Vertretung und Haftung nach den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Regeln.

Beispiel: A und B gründen eine OHG. A kauft namens der OHG bei X Ware zum Preis von 2.000 €. Später hat B den Gesellschaftsvertrag wirksam gemäß § 119 Abs. 1 BGB angefochten. Muss die OHG den Kaufpreis an X zahlen.

Anspruch X gegen die OHG **aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 124 HGB**? Dies setzt zunächst das Bestehen einer OHG voraus.

A und B haben sich zwar i.S.d. § 105 HGB geeinigt, aber die Einigung ist wegen der erfolgreichen Anfechtung des B gemäß § 142 Abs. 1 BGB nichtig.

In Betracht kommt die Fiktion einer wirksamen OHG über die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Der fehlerhafte Gesellschaftsvertrag wurde durch Geschäftsaufnahme nach außen in Vollzug gesetzt und es stehen weder Interessen der Allgemeinheit noch des Einzelnen entgegen, sodass eine wirksame OHG fingiert werden kann.

A hat eine eigene Willenserklärung im Namen der OHG abgegeben und gemäß §§ 125 Abs. 1, 126 Abs. 1 HGB innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt, sodass ein wirksamer Kaufvertrag abgeschlossen worden ist. X kann daher von der OHG Kaufpreiszahlung verlangen.

Nach h.M. ist der jeweilige Nichtigkeitsgrund immer ein wichtiger Grund, der zur Kündigung oder Auflösungsklage berechtigt.

II. Entstehungszeitpunkt im Außenverhältnis

Geht es um Rechtsbeziehungen einer Personengesellschaft im Außenverhältnis – also z.B. Ansprüche gegen einen Dritten –, so muss ferner geklärt werden, ob die Gesellschaft auch nach außen wirksam entstanden ist.

1. GbR

Grundsätzlich entsteht die GbR auch im Außenverhältnis **mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags**.

- Wenn die GbR als solche im Rechtsverkehr auftritt, ist mit dem Auftreten nach außen eine Außen-GbR gegeben.
- Tritt die GbR nicht als Gesellschaft im Rechtsverkehr auf, liegt eine sogenannte Innengesellschaft vor.

Beispiel: A betreibt zusammen mit B einen kleinen Kiosk. B tritt nach außen nicht in Erscheinung und A tätigt die Ein- und Verkäufe immer im eigenen Namen.

A und B haben im Innenverhältnis eine wirksame GbR gegründet, die jedoch nicht nach außen in Erscheinung getreten ist. Bei dieser BGB-Innengesellschaft kommt nur im Verhältnis zwischen A und B, aber nicht gegenüber Dritten Gesellschaftsrecht zur Anwendung.

2. OHG, KG

OHG und KG werden gemäß § 123 Abs. 1 HGB (i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB) grundsätzlich **mit ihrer Eintragung im Handelsregister** nach außen wirksam.

Vor Eintragung muss ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB gegeben sein, da eine OHG immer den Betrieb eines Handelsgewerbes erfordert und alle anderen Handelsgewerbe gemäß §§ 2 ff. HGB erst mit der Eintragung im Handelsregister entstehen (konstitutive Wirkung der Eintragung).

Bei Geschäftsaufnahme vor Eintragung ist gemäß § 123 Abs. 2 HGB (i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB) bereits **ab Geschäftsbeginn** eine OHG bzw. KG existent, wenn ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB betrieben wird und alle Gesellschafter dem Geschäftsbeginn zustimmen.

III. Identität der Personengesellschaften

Der Übergang von der einen in die andere Personengesellschaftsform berührt die Identität der Gesellschaft nicht, sodass keinerlei Übertragungsakte bzgl. des Gesellschaftsvermögens erforderlich sind (Grundsatz der Identität der Personengesellschaften).

Beispiel: A und B betreiben einen kleinen Kiosk in Form einer GbR. Der Betrieb floriert mit der Zeit und A und B eröffnen drei weitere Kioske und beschäftigen mehrere Mitarbeiter. Der Geschäftsbetrieb von A und B erfordert nunmehr kaufmännische Einrichtungen, sodass die GbR automatisch zur OHG geworden ist. Dasselbe gilt in umgekehrter Richtung: der Betrieb von A und B sinkt wieder zum Kleingewerbe herab. Wenn keine Eintragung der OHG im Handelsregister vorliegt, wird aus der OHG wieder automatisch eine GbR.

IV. Rechtsfähigkeit der GbR, OHG, KG

Fraglich ist, ob und inwieweit die Personengesellschaften selber Träger von Rechten und Pflichten sein können.

1. OHG, KG

Für OHG und KG ist die Frage der Rechtsfähigkeit gesetzlich geklärt: Gemäß **§ 124 Abs. 1 HGB** (i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB) kann sowohl die OHG als auch die KG Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen und vor Gericht klagen und verklagt werden.

Durch diese Anordnung werden OHG und KG zwar nicht zu juristischen Personen, sie sind aber dadurch rechtlich weitgehend selbstständig und deshalb als „Übergangsform zur juristischen Person“ weithin den gleichen Regeln unterworfen.

- 1.** Reicht für den Gesellschafterausschluss gemäß § 140 HGB jeder wichtige Grund i.S.v. § 133 HGB?

1. Es ist umstritten, welche Anforderungen an den Ausschlussgrund zu stellen sind. Nach h.Lit. ist wegen des eindeutigen Wortlauts der Ausschlussregelung jeder wichtige Grund i.S.v. § 133 HGB ausreichend. Nach h.Rspr. muss es sich um einen besonders wichtigen Grund handeln, da der Ausschluss – im Gegensatz zur Auflösung einer Gesellschaft – nicht alle Gesellschafter gleichermaßen betrifft, sondern allein für den betroffenen Gesellschafter den Verlust künftiger Gewinnbeteiligungen bedeutet.
- 2.** Welche Auswirkungen hat das Ausscheiden eines Gesellschafters?

2. Nach dem in § 738 Abs. 1 S. 1 BGB geregelten „Anwachsprinzip“ verliert der ausscheidende Gesellschafter automatisch seine Gesellschafterstellung und sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern zu. Im Gegenzug erhält der ausgeschiedene Gesellschafter gegen die Gesellschaft gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB schuldrechtliche Ansprüche auf Rückgabe von Gegenständen, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, auf Schuldbefreiung von gemeinschaftlichen Schulden sowie auf Abfindung.
- 3.** Was versteht man unter einer „reinen“ bzw. „echten Fortsetzungsklausel“?

3. Eine reine oder echte Fortsetzungsklausel liegt vor, wenn die Gesellschafter vereinbaren, dass die Gesellschaft bei Tod eines von ihnen von den übrigen Gesellschaftern fortgeführt werden soll.
- 4.** Was versteht man unter einer Eintrittsklausel?

4. Bei einer Eintrittsklausel vereinbaren die Gesellschafter, dass bei Tod eines Gesellschafters eine dritte Person (Nicht- oder Mitgesellschafter) das Recht erhält, in die Gesellschaft einzutreten.
- 5.** Was versteht man unter einer Nachfolgeklausel?

5. Bei einer Nachfolgeklausel vereinbaren die Gesellschafter, dass eine dritte Person (Nicht- oder Mitgesellschafter) automatisch in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen einrückt. Ist im Gesellschaftsvertrag bereits eine bestimmte Person – unabhängig von ihrer Erbenstellung – als Nachfolger vorgesehen, handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel. Bei einer erbrechtlichen Nachfolgeklausel wird im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass an die Stelle des Verstorbenen dessen Erbe(n) treten soll(en).