

## Basiswissen Handels- und Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von  
Claudia Haack

1. Auflage 2017. Buch. Rund 160 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 86752 533 6  
Format (B x L): 16,5 x 23,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Handels- und Vertriebsrecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## 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, 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 Rügeobligieheit 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.

### 3. Selbstständigkeit

Die Selbstständigkeit unterscheidet den Handelnden vom Arbeitnehmer und Beamten.

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.

1. Was sind die zwingenden Voraussetzungen für eine Gesellschaft?
2. Warum ist die Bruchteilsgemeinschaft keine Gesellschaft?
3. Warum ist für einen konkludenten Gesellschaftsvertrag von Eheleuten ein Sonderzweck erforderlich?
4. Warum ist die Miterbengemeinschaft keine Gesellschaft?
5. Was ist ein partiarisches Rechtsverhältnis?
6. Wodurch unterscheiden sich Personengesellschaften und Körperschaften?
7. Welche Gesellschaften sind Kapitalgesellschaften?
8. Was versteht man unter dem numerus clausus der Gesellschaftsformen?
1. Jede Gesellschaft muss durch Rechtsgeschäft begründet werden und auf die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet sein.
2. Die Bruchteilsgemeinschaft ist keine Gesellschaft, weil sie auch kraft Gesetzes entstehen kann und weil sie keinen gemeinsamen Zweck verfolgt, der über das gemeinsame Haben und Halten einer Sache hinausgeht.
3. Bei der Ehe existieren spezielle gesetzliche Regeln, deren Wertung unterlaufen werden würde, wenn man bei einer Ehe grundsätzlich daneben vom Bestehen einer Gesellschaft ausginge. Um diese Kollision zu vermeiden, muss bei konkludenter Abrede ein Zweck verfolgt werden, der über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht.
4. Die Miterbengemeinschaft ist keine Gesellschaft, weil sie kraft Gesetzes entsteht und auf Auseinandersetzung gerichtet ist.
5. Partiarische Rechtsverhältnisse sind Austauschverträge, bei denen das Entgelt einer Partei ganz oder teilweise in einer Gewinnbeteiligung besteht.
6. Personengesellschaften sind in ihrem rechtlichen Bestand von ihren Mitglieder abhängig, während die Gesellschafter für die einmal wirksam gegründete Körperschaft unerheblich sind. Bei den Personengesellschaften steht der Aspekt der Teamarbeit im Vordergrund, während es bei einer Körperschaft in erster Linie um den Ausschluss der persönlichen Haftung geht. Die Gründung einer Personengesellschaft muss durch mindestens zwei Personen erfolgen, während z.B. die Gründung einer Ein-Mann-GmbH zulässig ist. Bei den Personengesellschaften gilt das Prinzip der Selbstorganisation, während bei den Körperschaften Fremdorganisation zulässig ist.
7. Die GmbH, die AG und die KGaA, vgl. Überschrift des Zweiten Abschnitts vor §§ 264 ff. HGB.
8. Darunter versteht man, dass die Anzahl der nach deutschem Recht zulässigen Gesellschaftsarten abschließend geregelt ist.

- Verhalten anderer **Hilfspersonen** wird im vertraglichen Bereich über **§ 278 BGB** zugerechnet und im deliktischen Bereich kann sich eine Haftung der OHG aus **§ 831 BGB** ergeben.

## b) Haftung der OHG-Gesellschafter

Die Gesellschafter einer OHG haften gemäß § 128 HGB akzessorisch für die Verbindlichkeiten der OHG, die während ihrer Mitgliedschaft in der Gesellschaft begründet worden sind.

### Voraussetzungen und Rechtsfolge des § 128 HGB

#### I. Voraussetzungen:

- Bestehen einer OHG
- Verbindlichkeit der OHG
- Gesellschafterstellung des Inanspruchgenommenen zur Zeit der Begründung der Verbindlichkeit

**II. Rechtsfolge:** Gesellschafter haften den Gläubigern als Gesamtschuldner

## aa) Voraussetzungen des § 128 HGB

§ 128 HGB erfordert zunächst das Bestehen einer OHG im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit. Ferner muss eine Verbindlichkeit der OHG vorliegen und der Inanspruchgenommene muss zur Zeit der Begründung der Verbindlichkeit Gesellschafter der OHG gewesen sein.

**Umstritten ist, ob § 128 HGB auf deliktische Verbindlichkeiten anwendbar ist.**

!

**Beispiel:** A und B betreiben einen Getränkehandel in Form einer OHG. Auf einer Fahrt zum Großmarkt, fährt A den Passanten P an. P verlangt Schadensersatz von B aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 128 HGB. Zu Recht?

Anspruch P gegen B aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 128 HGB?

**I.** Eine OHG besteht.

**II.** Eine Verbindlichkeit der OHG aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 124 HGB besteht, da A durch sein Verhalten den P rechtswidrig und schulhaft verletzt hat und der OHG das Verhalten und Verschulden des A gemäß § 31 BGB analog zugerechnet wird. Es ist jedoch umstritten, ob § 128 HGB auf deliktische Verbindlichkeiten anwendbar ist.

Die **h.M. bejaht die Anwendbarkeit** des § 128 HGB auf deliktische Verbindlichkeiten, da der Gesetzgeber in § 128 HGB nur allgemein von Verbindlichkeiten der Gesellschaft spricht. Zudem werde dadurch der Gläubiger geschützt. Nach a.A. ist § 128 HGB im Deliktsrecht nicht anwendbar. Dies folge aus einer