

# DIPLOMA

Private staatlich anerkannte Hochschule  
University of Applied Sciences

diploma.de

Dernedde

## Handels- und Gesellschaftsrecht

Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Studienheft Nr. 100  
8. Auflage 09/2024

## **Verfasser**

### **Prof. Dr. jur. Ines Darnedde**

Professorin an der Hochschule Lausitz (FH) im Fachbereich Sozialwesen

### **1. Überarbeitung**

#### **Claudia Werth**

Dozentin an der DIPLOMA Hochschule

### **2. Überarbeitung**

#### **Dr. jur. Bernd Withöft**

Dozent an der DIPLOMA Hochschule für den Fachbereich Wirtschaftsrecht

### **3. Überarbeitung**

#### **Dr. iur. Trygve Ben Holland LL.M.**

Lehrbeauftragter für internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht, Wirtschaftswissenschaften der Hochschule für Öffentliche Verwaltung Bremen, Studiengangsleiter des rechtswissenschaftlichen Master-Programmes (LL.M.) der University of New York Group Tirana / Empire State State College New York

### **Überarbeitung zur 7. und 8. Auflage**

#### **Klaus Hebrank**

Rechtsanwalt und Dozent im Fachbereich Wirtschaftsrecht an der DIPLOMA Hochschule

© by DIPLOMA Private Hochschulgesellschaft mbH

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

### **DIPLOMA Hochschule**

University of Applied Sciences

Am Hegeberg 2

37242 Bad Sooden-Allendorf

Tel. +49 (0) 56 52 58 77 70, Fax +49 (0) 56 52 58 77 729

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

### Hinweise zur Arbeit mit diesem Studienheft

Dieses Studienheft soll Ihnen wichtige rechtliche **Grundlagen** vermitteln, mit denen Sie im Wirtschaftsleben immer wieder konfrontiert werden. Es kann allerdings nur einen kurzen Überblick über die Vielzahl der rechtlich möglichen Fragen geben. Sie werden in Ihrem Berufsleben auch mit anderen rechtlichen Sachverhalten konfrontiert werden. Wichtig ist, dass Sie die Arbeit mit dem Gesetzbuch erlernen. Dazu ist es unabdingbar, dass Sie die im Skript genannten Vorschriften im Gesetz nachlesen. Gesetzliche Vorschriften brauchen Sie nicht auswendig zu lernen, Sie müssen die Paragraphen bei der Fallbearbeitung aber im Gesetz finden.

Bitte kaufen Sie sich eine Gesetzessammlung, in der Sie das BGB und die wichtigsten Wirtschaftsgesetze (**HGB, GmbHG, AG**) finden. Bringen Sie diese auch zu den Präsenzveranstaltungen mit. Ohne Gesetzestext können Sie kein rechtliches Basiswissen erwerben. In der Klausur können Sie die Gesetzessammlung benutzen.

Der **Inhalt** dieses Studienheftes unterscheidet sich von einem Lehrbuch, da er **speziell für das Selbststudium aufgearbeitet** ist.

In der Regel beginnt die Bearbeitung mit einer Information über den Inhalt des Lehrstoffes. Diese Auskunft gibt Ihnen das **Inhaltsverzeichnis**.

Beim Erschließen neuer Inhalte finden Sie meist Begriffe, die Ihnen bisher unbekannt sind. Die **wichtigsten Fachbegriffe** werden Ihnen übersichtlich in einem dem Inhaltsverzeichnis nachgestellten **Glossar** erläutert.

Den einzelnen Kapiteln sind **Lernziele** vorangestellt. Sie dienen als Orientierungshilfe und ermöglichen Ihnen die Überprüfung Ihrer Lernerfolge. Setzen Sie sich **aktiv** mit dem Text auseinander, indem Sie sich Wichtiges mit farbigen Stiften kennzeichnen. Betrachten Sie dieses Studienheft nicht als "schönes Buch", das nicht verändert werden darf. Es ist ein **Arbeitsheft, mit und in dem Sie arbeiten sollen**.

Zur **besseren Orientierung** haben wir Merksätze bzw. besonders wichtige Aussagen durch Fettdruck und/oder Einzug hervorgehoben.

Lassen Sie sich nicht beunruhigen, wenn Sie Sachverhalte finden, die zunächst noch unverständlich für Sie sind. Diese Probleme sind bei der ersten Begegnung mit neuem Stoff ganz normal.

Nach jedem größeren Lernabschnitt haben wir Übungsaufgaben eingearbeitet, die mit „**SK = Selbstkontrolle**“ gekennzeichnet sind. Sie sollen der Vertiefung und Festigung der Lerninhalte dienen. Versuchen Sie, die ersten Aufgaben zu lösen und die Fragen zu beantworten. Dabei werden Sie teilweise feststellen, dass das dazu erforderliche Wissen nach dem ersten Durcharbeiten des Lehrstoffes noch nicht vorhanden ist. Gehen Sie diesen Inhalten noch einmal nach, d. h., durchsuchen Sie die Seiten gezielt nach den erforderlichen Informationen.

## Handels- u. Gesellschaftsrecht

### Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Bereits während der Bearbeitung einer Frage sollten Sie die eigene Antwort schriftlich festhalten. Erst nach der vollständigen Beantwortung **vergleichen Sie Ihre Lösung mit dem** am Ende des Studienheftes **angegebenen Lösungsangebot**.

Stellen Sie dabei fest, dass Ihre eigene Antwort unvollständig oder falsch ist, müssen Sie sich nochmals um die Aufgabe bemühen. Versuchen Sie, jedes behandelte Thema vollständig zu verstehen. **Es bringt nichts, Wissenslücken durch Umblättern zu übergehen.** In vielen Studienfächern baut der spätere Stoff auf vorhergehendem auf. Kleine Lücken in den Grundlagen verursachen deshalb große Lücken in den Anwendungen.

Zudem enthält jedes Studienheft **Literaturhinweise**. Sie sollten diese Hinweise als ergänzende und vertiefende Literatur bei Bedarf zur Auseinandersetzung mit der jeweiligen Thematik betrachten. Finden Sie auch nach intensivem Durcharbeiten keine zufriedenstellenden Antworten auf Ihre Fragen, **geben Sie nicht auf. Wenden Sie sich** in diesen Fällen schriftlich oder fernmündlich **an uns**. Wir stehen Ihnen mit Ratschlägen und fachlicher Anleitung gern zur Seite.

Wenn Sie **ohne Zeitdruck** studieren, sind Ihre Erfolge größer. Lassen Sie sich also nicht unter Zeitdruck setzen. **Pausen** sind wichtig für Ihren Lernfortschritt. Kein Mensch ist in der Lage, stundenlang ohne Pause konzentriert zu arbeiten. Machen Sie also Pausen: Es kann eine kurze Pause mit einer Tasse Kaffee sein, eventuell aber auch ein Spaziergang an der frischen Luft, sodass Sie wieder etwas Abstand zu den Studienthemen gewinnen können.

Abschließend noch ein formaler Hinweis: Sofern in diesem Studienheft bei Professionsbezeichnungen und/oder Adressierungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit ausschließlich die männliche Form Verwendung findet (z. B. „Rezipienten“), sind dennoch alle sozialen Geschlechter, wenn kontextuell nicht anders gekennzeichnet, gemeint.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei der Bearbeitung dieses Studienheftes.

Ihre

DIPLOMA  
Private Hochschulgesellschaft mbH

**Wir empfehlen allen Studierenden ergänzend zu den Studienheften die Anschaffung aktueller Gesetzestexte zum BGB, HGB, GmbHG und AktG. Diese können günstig als Textsammlung erworben werden, z. B.: Öffentliches, Privates und Europäisches Wirtschaftsrecht (jeweils aktuelle Auflage), Sodan, Helge (Hrsg.), Nomos Verlag aus dem C. H. Beck Verlag oder die Sammlungen aus dem C. H. Beck Verlag oder vom NWB Verlag.**

**Lernen Sie stets mit Gesetzestexten. Im Internet finden Sie alle gängigen Gesetzestexte unter [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de)**

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Inhaltsverzeichnis	Seite
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>7</b>
<b>Glossar</b>	<b>11</b>
<b>1 Einführung</b>	<b>14</b>
1.1 Gang der Darstellung	14
1.2 Entwicklung des Handelsrechts	15
<b>2 Rechtliche Rahmenbedingungen für die Gründung einer Unternehmung</b>	<b>18</b>
2.1 Die verfassungsrechtliche Absicherung der Gewerbefreiheit	18
2.2 Der Begriff des Gewerbes	19
2.3 Die Gewerbeordnung	22
2.3.1 Das „stehende Gewerbe“	23
2.3.2 Das sog. „Reisegewerbe“	24
2.3.3 Messen, Ausstellungen, Märkte	25
2.4 Das Gaststättengesetz	26
2.5 Die Handwerksordnung	26
<b>3 Kaufmannseigenschaften</b>	<b>29</b>
3.1 Überblick	29
3.2 Der Istkaufmann	29
3.3 Der „Kannkaufmann“	31
3.4 Betriebe der Land- und Forstwirtschaft	32
3.5 Land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe	32
3.6 Der Kaufmann kraft Eintragung im Handelsregister	33
3.7 Der Scheinkaufmann kraft Auftretens	34
3.8 Der Formkaufmann	35
3.9 Die Relevanz des Kaufmannsbegriffes	35
3.10 Besonderheiten beim Handelsgeschäft	36
3.10.1 Kaufmann und Bürgschaftserklärung	36
3.10.2 Untersuchungs- und Rügepflicht	37
3.10.3 Erhöhter Verzugszinssatz	37
3.10.4 Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben	37
3.10.5 Schweigen auf ein Angebot zur Geschäftsbesorgung	38
<b>4 Der Handelsvertreter</b>	<b>40</b>
<b>5 Die Firma</b>	<b>43</b>
5.1 Begriff der Firma	43
5.2 Gestaltungsmöglichkeiten der Firma; Grundsätze des Firmenrechts	44
5.2.1 Grundsatz der Firmenwahrheit	44
5.2.2 Der Grundsatz der Firmenbeständigkeit	46
5.2.3 Der Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit	46
5.2.4 Der Grundsatz der Firmeneinheit	47

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

5.2.5	Der Grundsatz der Firmenöffentlichkeit	47
<b>5.3</b>	<b>Der Schutz der Firma</b>	<b>47</b>
5.3.1	Öffentlich-rechtlicher Schutz	48
5.3.2	Privatrechtlicher Schutz	48
<b>5.4</b>	<b>Besondere Rechtsfolgen bei Fortführen einer Firma</b>	<b>48</b>
5.4.1	Haftung des Erwerbers für Verbindlichkeiten bei Firmenfortführung	48
5.4.2	Haftung des Erben bei Geschäftsfortführung	49
5.4.3	Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmannes	50
<b>6</b>	<b>Anmeldung im Handelsregister</b>	<b>53</b>
6.1	Überblick	53
6.2	Differenzierung nach Tatsachenarten	54
6.3	Die sog. Publizität des Handelsregisters	55
6.3.1	Die Wirkung von Eintragung und Bekanntmachung nach § 15 Abs. 2 HGB	55
6.3.2	Negative Publizität	56
6.3.3	Positive Publizität	57
<b>7</b>	<b>Gesellschaftsformen in der Wirtschaftspraxis</b>	<b>59</b>
7.1	Überblick	59
7.2	Die Personengesellschaften	61
7.2.1	Die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts	61
7.2.2	Die Offene Handelsgesellschaft (OHG)	75
7.2.3	Die Kommanditgesellschaft (KG)	85
7.2.4	Die stille Gesellschaft	89
7.2.5	Die Partnerschaftsgesellschaft	91
7.2.6	Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)	93
<b>8</b>	<b>Mischformen als Personengesellschaften</b>	<b>98</b>
8.1	GmbH/UG/AG & Co. KG	98
8.2	Stiftung & Co. KG	100
8.3	GmbH (auch AG) & Co. OHG	100
8.4	Ausländische Rechtsformen & Co. KG oder OHG	100
<b>Lösungen der Übungsaufgaben</b>		<b>102</b>
<b>Literaturempfehlungen und Quellenverzeichnis</b>		<b>107</b>

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

<b>HwO</b>	Handwerksordnung; enthält insbesondere Regelungen der Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten handwerklichen Berufen
<b>Juristische Person</b>	Personenvereinigung mit von Gesetzes wegen bestimmter bzw. anerkannter rechtlicher Selbstständigkeit; diese kann also selbst als solche Träger von Rechten und Pflichten sein; sie handelt jedoch durch ihre Organe. (Gegenteil: Natürliche Person, der Mensch).
<b>Kapitalanteil</b>	bloßer Berechnungs- bzw. Buchungsposten; drückt die rein wertmäßige Beteiligung an einer Gesellschaft aus
<b>KG</b>	Kommanditgesellschaft; Personengesellschaft, deren Gesellschafter unterschiedlich an der Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten beteiligt sind: Der Komplementär haftet unbeschränkt, der Kommanditist hingegen nur mit seiner Einlage.
<b>KGaA</b>	Kommanditgesellschaft auf Aktien; besondere Form der Aktiengesellschaft, bei der mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt haftet (Komplementär) und im Übrigen aus sog. Kommanditaktionären besteht
<b>Kommanditist</b>	Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, der nur in Höhe einer bestimmten Einlage haftet
<b>Komplementär</b>	Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, der (wie ein OHG-Gesellschafter) unbeschränkt haftet
<b>Legaldefinition</b>	vom Gesetz selbst vorgenommene Definition eines gesetzlichen Merkmals
<b>OHG</b>	Offene Handelsgesellschaft; die Gesellschafter haften für Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt.
<b>PartGG</b>	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz; stellt für Angehörige bestimmter freier Berufe die Gesellschaftsform der Partnerschaftsgesellschaft zur Verfügung; diese ist rechtlich der OHG angenähert.
<b>Prokura</b>	weitreichende Vollmacht, deren Umfang gesetzlich festgelegt ist, die vom Inhaber eines Handelsgeschäftes oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden kann
<b>Stille Gesellschaft</b>	geregelt in den §§ 230 ff. HGB; reine Innengesellschaft, bei der sich jemand als stiller Gesellschafter am Handelsgewerbe eines anderen beteiligt.
<b>Vertretung</b>	betrifft die Frage des wirksamen Handelns für jemand anderen nach außen hin

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

### 1 Einführung

Gegenstand vorliegenden Studienheftes ist es, die **maßgeblichen Grundzüge** des Handels- und Gesellschaftsrechtes in Bezug auf die rechtlichen Rahmenbedingungen der Gründung eines Unternehmens sowie die **Personengesellschaften** vorzustellen. In dem somit als komplementär zu verstehenden Studienheft Nr. 101 werden in der Folge diejenigen Regelungen behandelt, die den Kapitalgesellschaften zugrunde liegen.

#### 1.1 Gang der Darstellung

Im zweiten Teil dieser Einleitung in die (bisherige) Entwicklung des Handelsrechts als solches eingeführt (Kapitel 1.2). Nunmehr werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gründung einer Unternehmung (Kapitel 2) vorgestellt, eingangs die verfassungsrechtliche Absicherung der Gewerbefreiheit, gefolgt von der Bestimmung des Begriffes des Gewerbes (Gewerbeordnung, das „stehende Gewerbe“, das „Reisegewerbe“ sowie der Bereich Messen, Ausstellungen, Märkte), gefolgt von zwei wesentlichen Regelungsbereichen (Gaststättengesetz und Handwerksordnung). Die Behandlung des durchaus weiten Bereiches der Kaufmannseigenschaften wird in Kapitel 3 vorgenommen, adressierend den Ist-Kaufmann, den „Kann-Kaufmann“, die Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, das land- oder forstwirtschaftliche Nebengewerbe, den Kaufmann kraft Eintragung im Handelsregister, den Scheinkaufmann kraft Auftretens sowie den Formkaufmann; hieran schließen die Behandlung der Relevanz des Kaufmannsbegriffes, die Besonderheiten beim Handelsgeschäft, der Kaufmann und Bürgschaftserklärung, die Untersuchungs- und Rügepflicht, das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben sowie das Schweigen auf ein Angebot zur Geschäftsbesorgung. Mit Kapitel 4 wird der Handelsvertreter behandelt.

Der Aspekt der Firmierung bedarf vertiefter Betrachtung. Kapitel 5 führt zunächst in den Begriff der Firma ein, stellt dann Gestaltungsmöglichkeiten der Firma und die Grundsätze des Firmenrechts vor (Grundsatz der Firmenwahrheit, Grundsatz der Firmenbeständigkeit, Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit, Grundsatz der Firmeneinheit, Grundsatz der Firmenöffentlichkeit) und leitet über zum Regelungsbereich des Schutzes der Firma (öffentlich-rechtlicher Schutz, privatrechtlicher Schutz). Nunmehr werden die besonderen Rechtsfolgen bei Fortführen einer Firma behandelt, die Haftung des Erwerbers für Verbindlichkeiten bei Firmenfortführung, die Haftung des Erben bei Geschäftsfortführung sowie der Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmannes.

Mit Kapitel 6 wird initial – vertieft erst in dem komplementären Studienheft Nr. 101 – die Anmeldung im Handelsregister avisiert (Differenzierung nach Tatsachenarten, Publizität des Handelsregisters, Wirkung von Eintragung und Bekanntmachung nach § 15 Abs. 2 HGB – negative Publizität und positive Publizität).

Schließlich findet dieses Studienheft in Kapitel 7 seinen Weg zu den Gesellschaftsformen in der Wirtschaftspraxis, d. h. zu den Körperschaften und Personengesellschaften: Die Personengesellschaften GbR, oHG und KG werden jeweils mit einem Überblick eingeleitet, dann wird auf die Aspekte Entstehung, Leistungsstörungen, Sachmängel/Schlechterfüllung und Fehler des Gesellschaftsvertrages, Struktur bzw. Ausgestaltung, Änderungen im Gesellschafterbestand sowie Beendigung eingegangen. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass die „stille Gesellschaft“ veranschaulicht wird. Hieran schließt die Betrachtung der Partnerschaftsgesellschaft, gefolgt von der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung.



# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

In Kapitel 8 werden nunmehr die Mischformen als Personengesellschaften behandelt (GmbH/UG/AG & Co. KG, Stiftung & Co. KG, GmbH/AG) & Co. oHG sowie ausländische Rechtsformen).

Erfahrungsgemäß bereitet den Studierenden der Zugang zu dieser Materie Schwierigkeiten, die oft darin bestehen, dass diese sich insbesondere einer vermeintlich nicht zu bewältigenden Vielzahl von Gesellschaftstypen und dementsprechenden zahlreichen Vorschriften gegenübersehen. Es kann jedoch nicht oft genug betont werden, dass es nicht erforderlich ist, sich jede Einzelheit einzuprägen und jede Norm zu kennen. Es kommt vielmehr darauf an, die wesentlichen Grundzüge im Gedächtnis zu verankern und die Fähigkeit zu entwickeln, auch mit unbekannten Normen sachgerecht umzugehen. Was Letzteres anbelangt, so ist es wichtig, verständlich anhand des Wortlautes zu argumentieren.

Gerade im Gesellschaftsrecht wird sich eine Vielzahl von Fragen alleine anhand des Gesetzestextes beantworten lassen. Schon deshalb ist die gründliche Lektüre des Gesetzes unumgänglich, wenngleich das viele Blättern bisweilen etwas zermürend sein mag.

Im Übrigen dürfen Sie nicht vergessen, dass das Gesetz für Sie eine wichtige Gedächtnisstütze sein kann. Was dort geregelt ist, brauchen Sie sich nicht mühsam einzuprägen. Es genügt die Kenntnis des Standortes der Norm und des ungefähren Regelungsgehalts. Außerdem wird Ihr Gedächtnis das eine oder andere Problem während des Lernens einer Norm zuordnen.

Unbehagen bereitet das Handels- und Gesellschaftsrecht auch deshalb, weil regelmäßig Kenntnisse insbesondere des Allgemeinen Teils des BGB und des Schuldrechts vorausgesetzt werden, dessen Grundzüge Sie jedoch bereits in anderen Fächern kennengelernt haben. Nicht umsonst bezeichnet man das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute.

Mit bloßem Auswendiglernen werden Sie höchstens kurzfristigen Erfolg haben. Aus diesem Grunde ist dieses Studienheft so konzipiert, dass vielmehr Ihr Verständnis für Sinn und Zusammenhänge gefördert wird und Sie die unumgänglichen Grundstrukturen automatisch verinnerlichen.

Sie werden nach wenigen Seiten der Lektüre dieses Studienheftes feststellen, dass jegliches Unbehagen gegenüber dem Handels- und Gesellschaftsrecht unnötig ist und dass man kein ausgebildeter Jurist sein muss, um von Anfang an mitzureden bzw. mitzudenken. Denn was generell im rechtswissenschaftlichen Bereich gefragt ist, sind Dinge wie Fleiß, Ausdauer, gründliche Gesetzeslektüre, regelmäßige Wiederholungen, Kreativität und gesunder Menschenverstand.

Sehr rasch werden Sie merken, dass Sie genug von alledem haben bzw. Ihnen diese Lernmethodik keine Probleme bereitet. Außerdem wird es für Sie interessant sein, Näheres über handels- und gesellschaftsrechtliche Strukturen zu erfahren, von denen Sie des Öfteren schon gehört haben. Von daher ist gerade das Handels- und Gesellschaftsrecht eine interessante rechtliche Komponente der spannenden Welt der Wirtschaft.

### 1.2 Entwicklung des Handelsrechts

Handelsrecht ist das Sonderprivatrecht der Kaufleute, welches für diese vorrangig vor dem allgemeineren BGB gilt, da nur Kaufleute Normadressaten des Handelsrechts sind. Sofern und soweit diese besonderen Bestimmungen vorhanden sind, gelten sie für Kaufleute, die das BGB subsidiär zu beachten haben.

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Das **Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch** (ADHGB) von 1861 wurde nach dem Scheitern der Paulskirchenverfassung und des von der Nationalversammlung ausgearbeiteten Handelsgesetzbuchs von der Nürnberger HGB-Kommission erarbeitet und sodann als „Allgemeines“ (d. h. inhaltsgleiches) Recht von den Einzelstaaten in Kraft gesetzt. Die Protokolle der Kommission sind ebenso wie die Rechtsprechung des dem Reichsgericht vorausgegangenen Reichsoberhandelsgerichts vielfach noch für die Auslegung von HGB-Bestimmungen von Interesse. Nicht wenige ADHGB-Vorschriften hatten auch Einfluss auf die Erarbeitung von Grundregeln, die, z. B. im Recht der Stellvertretung, heute als BGB-Normen gelten (vgl. Fleischer, HGB mit Einführungsgesetz, Publizitätsgesetz und Handelsregisterverordnung, 66. überarbeitete Auflage, 2021).

Das ADHGB wurde mehrfach geändert, vor allem im Aktienrechtsteil durch die wichtigen Novellen von 1870 und 1884. Es galt unter der Reichsverfassung von 1871 als Reichsrecht fort (Reichsgesetz vom 16./22.4.1871, RGBl. 63, S. 97).

Im Unterschied hierzu wurde das (ehedem schon recht) moderne Handelsrecht vor dem ADHGB zunächst in den **Stadtrechten** des Spätmittelalters und den sich überregional verbreitenden **Handelsbräuchen** entwickelt: So ist bereits im Handelsrecht des 18. Jahrhundert eine erheblich weit fortgeschrittene Systematik des Handelsrechts vorzufinden (bspw. enthielt das **Preußische ALR** von 1794 bereits kodifiziertes Handelsrecht). Zu Beginn des 19. Jahrhunderts übernahm Baden den französischen **Code de Commerce** von 1807 und einzelne Staaten erarbeiteten HGB-Entwürfe.

Das HGB war nach im Jahr 1894 begonnenen Vorarbeiten im Jahr 1897 verabschiedet worden, nur ein Jahr nach dem BGB. Als eine wesentliche Aufgabe sahen es seine Verfasser an, die Handelsrechtsvorschriften mit dem BGB in Einklang zu bringen (vgl. Werner Schubert, Burkhard Schmiedel und Christoph Krampe, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Klostermann/Vittorio, 1. Auflage, 1988).

Einhergehend mit der Entwicklung des Handelsrechts als Sonderprivatrechts der Kaufleute wurden die **Handelsgerichtsbarkeiten** entwickelt (vgl. Armin von Bogdandy und Ingo Venzke, In wessen Namen? - Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, Suhrkamp, 2014).

Das ADHGB sah in Art. 3 ein besonderes Handelsgericht vor und verwies nur in Ermangelung eines besonderen Handelsgerichts die Rechtsstreitigkeiten an das allgemein für Zivilsachen zuständige Gericht. Bei Schaffung des GVG (Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) geändert), hingegen spielte es eine maßgebliche Rolle, „dass durch die Errichtung der Handelsgerichte die sachgemäße Urteilsfällung in Handelssachen insofern gefördert wird, als die kaufmännischen Mitglieder dem rechtsgelehrten Richter die Handhabung der kaufmännischen Geschäfte erläutern, ihn mit der Ausdrucksweise und den Gebräuchen des Handelsstandes vertraut machen und ihm das Verständnis des Zweckes der einzelnen Geschäftsbetriebe erleichtern. Gerichte, bei welchen tüchtige und erfahrene Kaufleute mitwirken, werden in Handelssachen ohne Weiteres und mit Sicherheit zu einem sachgemäßen, die Gestaltung des kaufmännischen Verkehrs richtig würdigenden Urteil gelangen können, während ein nur mit rechtsgelehrten Richtern besetztes Gericht in vielen Fällen nur durch das umständliche und weniger sichere Mittel der Vernehmung von Sachverständigen sich die notwendigen Grundlagen des Urteils verschaffen kann. Der Entwurf glaubt hiernach der neueren der Errichtung von Handelsgerichten günstigen Zeitströmung insoweit Rechnung tragen zu müssen, dass er die Errichtung von Handelsgerichten gestattet, ohne aber als Konsequenz dieses Vorgehens anzuerkennen, dass alle Handelssachen an allen Orten von Handelsgerichten abgeurteilt werden müssten. Die Errichtung von Handelsgerichten und die Abgrenzung ihrer Zuständigkeit sind wesentlich eine Frage der Zweckmäßigkeit und der Gesetzgeber muss auch solche Gründe in Berücksichtigung zie-

## Handels- u. Gesellschaftsrecht

### Unternehmensgründung / Personengesellschaft

hen, welche in dieser oder in jener Beziehung eine Beschränkung der handelsgerichtlichen Tätigkeit angemessen erscheinen lassen“ (Eberhard Kramer, Die Geschichte der Handelsgerichtsbarkeit, Kurzvortrag 2002; abrufbar unter: [https://handelsrichter.de/wp-content/uploads/2019/08/die\\_geschichte\\_der\\_handelsgerichtsbarkeit.pdf](https://handelsrichter.de/wp-content/uploads/2019/08/die_geschichte_der_handelsgerichtsbarkeit.pdf), letzter Zugriff: 24.07.2024).

Nunmehr sind nach §§ 94, 95 GVG Rechtsstreitigkeiten zwischen Kaufleuten im Regelfall Handelssachen und werden von einer Kammer für Handelssachen am Landgericht in erster Instanz verhandelt. Die Kammern für Handelssachen sind als besondere Spruchkörper nach §§ 93 ff. GVG mit einem Berufsrichter als Vorsitzendem und zwei Handelsrichtern – juristische Laien, die entweder im Handelsregister eingetragene Kaufleute oder Organe von Handelsgesellschaften sind, § 109 GVG – als Beisitzern besetzt. Entweder der Kläger richtet sein Begehren sogleich an eine Kammer für Handelssachen, § 96 GVG, oder der im Handelsregister eingetragene Beklagte beantragt Verweisung an die Kammer für Handelssachen, § 98 GVG.

Leseprobe

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

### 2 Rechtliche Rahmenbedingungen für die Gründung einer Unternehmung

#### Lernziele:

In diesem Abschnitt werden Sie

- den Begriff der Gewerbefreiheit und deren Grenzen kennenlernen,
- mit der Definition des Gewerbebegriffes vertraut werden,
- die Grundzüge wichtiger gewerberechtlicher Gesetze vermittelt bekommen.

#### 2.1 Die verfassungsrechtliche Absicherung der Gewerbefreiheit

Gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG (Grundgesetz) haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden.

Damit bringt Art. 12 Abs. 1 GG zunächst Folgendes zum Ausdruck:

Grundsätzlich steht es jedem Deutschen frei, sich beruflich nach Belieben zu betätigen. Der Begriff des Berufes im Sinne dieses Grundrechtes ist sehr weit zu verstehen. Nicht geschützt werden jedoch verbotene bzw. gemeinschädliche Betätigungen. Geschützt wird aber nicht nur die unselbstständige Tätigkeit (etwa als Angestellter oder Arbeiter), sondern vielmehr auch die selbstständige Tätigkeit. Somit gewährleistet Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG für alle Deutschen die prinzipielle Freiheit auch der gewerblichen Betätigung und enthält damit die grundrechtliche Verbürgung der Gewerbefreiheit.

Darüber hinaus beinhaltet Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG die sog. „Unternehmerfreiheit“, d. h. das Recht, ein Unternehmen frei zu gründen und zu führen.

Die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG in diesem weit zu verstehenden Sinne steht lediglich Deutschen im Sinne des Grundgesetzes zu. Wer „Deutscher“ im Sinne des Grundgesetzes ist, richtet sich nach Art. 116 GG.

Wer nicht Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist, genießt also nicht den besonderen Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG, sondern lediglich den schwächeren nach Maßgabe von Art. 2 Abs. 1 GG („allgemeine Handlungsfreiheit“). Das hat im Ergebnis zur Folge, dass die berufliche bzw. gewerbliche Betätigung unter leichteren Voraussetzungen eingeschränkt werden kann. So kann es auch durch aufenthaltsrechtliche Vorschriften zu einer Einschränkung der beruflich-gewerblichen Betätigung eines Ausländers kommen.

Die Berufsfreiheit im oben dargestellten weit zu verstehenden Sinne und damit auch die Gewerbefreiheit werden nicht uneingeschränkt gewährleistet. Sie können, wie aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG folgt, gesetzlich eingeschränkt werden.

**Merke:** Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG schützt die Freiheit der gewerblichen Betätigung; allerdings wird diese nicht schrankenlos gewährleistet, sondern es sind Einschränkungen auf gesetzlicher Grundlage möglich.

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Im Zusammenhang mit einer unternehmerischen bzw. gewerblichen Betätigung ist ferner das Grundrecht auf Eigentum gemäß Art. 14 Abs. 1 GG von Bedeutung. Unter den Begriff des Eigentums in diesem Sinne fallen auch das Eigentum an einem Unternehmen und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Allerdings bezieht sich der Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG nur auf den **Bestand** des Eigentums, nicht jedoch auf bloße Erwerbshoffnungen, -chancen oder -aussichten. Soweit der Gewerbetreibende geschützt wird, bezieht sich der Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG nur auf den bereits vorhandenen Bestand. Zur Abgrenzung der grundrechtlichen Gewährleistungen von Art. 12 Abs. 1 GG einerseits und Art. 14 Abs. 1 GG andererseits dient üblicherweise folgende Formel:

Art. 12 Abs. 1 GG schützt den Erwerb, Art. 14 Abs. 1 GG hingegen das schon Erworbene.

Auch der Schutz nach Art. 14 Abs. 1 GG ist nicht schrankenlos: Gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt. Darüber hinaus ist unter den Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG sogar eine Enteignung zulässig.

### 2.2 Der Begriff des Gewerbes

Bedenkt man, dass die Gewerbefreiheit nach dem oben Erörterten sogar verfassungsrechtlich und damit auf höchster gesetzlicher Ebene (an dieser Stelle sollten Sie die innerstaatliche Normenhierarchie wiederholen, wenn Ihnen diese nicht mehr geläufig ist) verankert ist, dann ist es einigermaßen verwunderlich, dass der zentrale Begriff des Gewerbes nirgends ausdrücklich geregelt ist. Der Gesetzgeber hat die Definition dieses Begriffes vielmehr der Konkretisierung durch Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.

Eine Definition des Begriffes ‚Gewerbe‘ ist in der Gewerbeordnung (GewO) nicht vorhanden. Der **gewerberechtliche Begriff des Gewerbes** – daneben gibt es einen **strafrechtlichen (z. B. § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB)** und einen **steuerrechtlichen Gewerbebegriff** (§ 15 Abs. 2 EStG) – hat über die GewO hinaus Bedeutung. Der **Gewerbebegriff ist Gesetzeszweck-akzessorisch** und hat nicht dieselbe Bedeutung in verschiedenen, nicht übereinstimmende Regelungszwecke verfolgenden Gesetzen.

Dass der GewO einerseits und steuerrechtlichen Vorschriften andererseits verschiedene Regelungszwecke zugrunde liegen, ergibt sich aus den jeweiligen Vorschriften. Auf den bloßen Wortlaut „gewerblich“ kommt es hierbei somit nicht an (die Einheit der Rechtsordnung wird dadurch nicht verletzt, vgl. VGH München vom 22.12.2015, Aktenzeichen 22 ZB 15.2513). Der gewerberechtliche Begriff gilt für alle gewerberechtlichen Sondergesetze (z. B. Handwerksordnung, Gaststättengesetz).

Die tatsächliche Bedeutung des **Begriffes ist dynamisch**, mithin der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung unterworfen. Somit können Tätigkeiten, die zu einem gegebenen Zeitpunkt (wirtschaftlich oder anderweitig) noch als zu unbedeutend angesehen waren, um als gewerblich bezeichnet zu werden, können bei zunehmender (wirtschaftlicher) Bedeutung zu einem anderen Zeitpunkt die Voraussetzungen des Gewerbebegriffs erfüllen.

Zwar gilt das Gewerberecht nach seinem Zweck **nicht für Bagatellsachen** (BVerwG, Urteil vom 24.04.1976, Aktenzeichen I C 56/74), doch knüpft die GewO an die Erwerbsform des Unternehmens an, sodass das Grundrecht aus Art. 12 GG maßgeblich ist (welches nicht nur auf die Berufs-, sondern auf allgemeine Erwerbsfreiheit zielt). Die Einbeziehung solcher Geschäfte in ein verwaltungsrechtli-

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

ches Berufsstatut verstieße jedoch gegen das **Übermaßverbot** und wäre daher verfassungswidrig (Aus Art. 2 Abs. 1 GG, Teil des Verhältnismäßigkeitsprinzips).

§ 6 GewO umfasst lediglich eine einschränkende Regelung für den Anwendungsbereich der GewO an sich, jedoch keine Einschränkung des eigentlichen Gewerbebegriffs. Somit ist ein **Gewerbe im gewerberechtlichen Sinne jede nicht sozial unwertige (d. h. generell erlaubte), fortgesetzte Tätigkeit, welche selbstständig ausgeübt wird und planmäßig sowie dauernd auf die Erzielung eines nicht nur vorübergehenden Gewinnes gerichtet ist, mit Ausnahme der Urproduktion (z. B. Aufsuchen und Gewinnen von Bodenschätzen, Landwirtschaft), der freien Berufe (Kunst, Wissenschaft, Dienste höherer Art), von Tätigkeiten der öffentlichen Hand, die nicht ausschließlich oder vorwiegend auf Erwerb gerichtet sind, und bloße Verwaltung eigenen Vermögens** (vgl. BVerwG, Urteil vom 24.06.1976, Aktenzeichen I C 56/74; ebenso: BGH NVwZ 1993, S. 775; BGH DÖV 1993, 616; BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1993 – 1 C 25/91).

Mithin gilt: **Gewerbe und Gewerbmäßigkeit sind weiterhin unbestimmte Rechtsbegriffe**. Folgende Kernelemente sind heranzuziehen, um dem Begriff des Gewerbes zu unterfallen:

- a) **Selbstständigkeit:** Handlung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, einhergehend mit dem vollen unternehmerischen Risiko;
- b) **Gewinnerzielungsabsicht:** Tätigkeit zielt darauf, einen wirtschaftlich zumindest nicht irrelevanten Überschuss über die Selbstkosten zu erwirtschaften (d. h. Überschreitung Bagatellgrenze, Selbstkosten). Es ist nicht erforderlich, dass dieses Ziel erreicht wird (BVerwGE 19, S. 61);
- c) **Dauerhaftigkeit:** jedwede nachhaltige, planmäßige, nicht nur auf gelegentliche, zufällige, vorübergehende Ziele ausgerichtete Tätigkeit (BVerwG, NJW 1977, S. 772).

Diese Begriffsbestimmung müssen Sie sich unbedingt einprägen, da sie in den folgenden Teilen dieses Studienheftes immer wieder vorausgesetzt werden wird.

**Merke:** Ein Gewerbe ist eine nach außen erkennbare, planmäßige, nicht verbotene bzw. nicht gemeinschädliche, mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübte selbstständige Tätigkeit mit Ausnahme der sog. freien Berufe.

Diese grundlegende Begriffsbestimmung lässt sich nun zwecks besserer Verständlichkeit und Handhabbarkeit in verschiedene Submerkmale aufgliedern, die im Einzelnen erläutert werden sollen.

- **Erkennbarkeit nach außen:** Diese setzt voraus, dass die betreffende Tätigkeit nach außen hin in Erscheinung tritt.  
**Gegenbeispiel:** privates Spekulieren mit Aktien.
- **Planmäßigkeit:** Diese ist gegeben, wenn die jeweilige Tätigkeit regelmäßig betrieben werden soll, d. h., sie muss von vornherein auf eine Vielzahl von gleichartigen Geschäften ausgerichtet sein.  
**Gegenbeispiel:** die einmalige Veräußerung einer Immobilie, einer Münzsammlung oder, was Sie vielleicht besonders interessieren wird, die jährliche Weiterveräußerung eines Jahreswagens
- **Nicht verbotene bzw. nicht gemeinschädliche Betätigung:** Mittels dieses Merkmals sollen gesetzeswidrige bzw. missbilligenswerte Tätigkeiten vom Begriff des Gewerbes ausgenommen werden. So sind z. B. Dealer, Zuhälter oder Hehler nicht als Gewerbetreibende zu betrachten, Prostituierte und Betreiber von Prostitutionsstätten hingegen schon (vgl. Prostituiertenschutzgesetz vom 21.

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Oktober 2016 [BGBl. I S. 2372], zuletzt durch Art. 7 des Gesetzes vom 30. November 2020 [BGBl. I S. 2600] geändert).

**Achtung:** Die jeweilige Betätigung wird aber nicht dadurch zu einer „verbotenen“ **in diesem Sinne**, dass eine erforderliche Genehmigung nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften, etwa nach der GewO, fehlt. Ein handelsrechtliches Gewerbe wird demzufolge auch dann betrieben, wenn eine nach öffentlichem Recht notwendige Erlaubnis fehlt. Diese Unabhängigkeit des Handelsrechts vom Öffentlichen Recht bringt § 7 HGB zum Ausdruck.

- **Absicht der Gewinnerzielung:** Insoweit ist nicht erforderlich, dass tatsächlich ein Gewinn erzielt wird (andernfalls hätte dies die absurde Konsequenz, dass der Begriff des Gewerbes vom wirtschaftlichen Erfolg einer Unternehmung abhinge). Notwendig ist lediglich die **Absicht**, Gewinn zu erwirtschaften. Diesbezüglich wird bei privaten Unternehmen stets davon ausgegangen, dass diese Absicht gegeben ist, d. h., diese Absicht wird vermutet.  
**Gegenbeispiel:** rein gemeinnützige Tätigkeiten
- **Selbstständige Tätigkeit:** Der Betreffende darf nicht gegenüber einer anderen Person weisungsgebunden sein, d. h., er muss im Wesentlichen selbst über Art und Weise sowie den zeitlichen Umfang seiner Tätigkeit entscheiden können.  
**Gegenbeispiel:** der Arbeitnehmer, der den wesentlichen Teil seiner Arbeitskraft in persönlicher Abhängigkeit, d. h. typischerweise fremdbestimmt, weisungsgebunden und eingegliedert in einen fremden Betriebs- oder Produktionsablauf einsetzt.
- **Keine Zugehörigkeit der Tätigkeit zu einem der freien Berufe:** Rechtsanwälte und Notare, Architekten, Ärzte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Künstler und Wissenschaftler betreiben kein Gewerbe. Teilweise ist dies ausdrücklich gesetzlich geregelt (s. z. B. § 2 Bundesrechtsanwaltsordnung [BRAO] hinsichtlich des Rechtsanwalts), teilweise folgt dies aus Gewohnheitsrecht bzw. der sozialen Anschauung.

Gesetzliche Definition der freien Berufe	
§ 18 EStG	§ 1 PartGG
Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbstständig ausgeübte <ul style="list-style-type: none"> <li>- wissenschaftliche,</li> <li>- künstlerische,</li> <li>- schriftstellerische,</li> <li>- unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit,</li> </ul> die selbstständige Berufstätigkeit der <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ärzte,</li> <li>- Zahnärzte,</li> <li>- Tierärzte,</li> <li>- Rechtsanwälte,</li> <li>- Notare,</li> <li>- Patentanwälte,</li> <li>- Vermessungsingenieure,</li> <li>- Ingenieure,</li> <li>- Architekten,</li> <li>- Handelschemiker,</li> <li>- Wirtschaftsprüfer,</li> <li>- Steuerberater,</li> <li>- beratenden Volks- und Betriebswirte,</li> </ul>	Die Freien Berufe haben im Allgemeinen auf der Grundlage <ul style="list-style-type: none"> <li>- besonderer beruflicher Qualifikation oder</li> <li>- schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.</li> </ul> -Ausübung eines freien Berufs ist die selbstständige Berufstätigkeit der <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ärzte,</li> <li>- Zahnärzte,</li> <li>- Tierärzte,</li> <li>- Heilpraktiker,</li> <li>- Krankengymnasten,</li> <li>- Hebammen,</li> <li>- Heilmasseure,</li> <li>- Diplom-Psychologen,</li> <li>- Mitglieder der Rechtsanwaltskammern,</li> <li>- Patentanwälte,</li> <li>- Wirtschaftsprüfer,</li> </ul>

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

<ul style="list-style-type: none"> <li>- vereidigten Buchprüfer,</li> <li>- Steuerbevollmächtigten,</li> <li>- Heilpraktiker,</li> <li>- Dentisten,</li> <li>- Krankengymnasten,</li> <li>- Journalisten,</li> <li>- Bildberichterstatter,</li> <li>- Dolmetscher,</li> <li>- Übersetzer,</li> <li>- Lotsen und</li> <li>- ähnlichen Berufe.</li> </ul> <p>Ein Angehöriger eines freien Berufs ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient; Voraussetzung ist, dass er aufgrund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird. Eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Steuerberater,</li> <li>- beratenden Volks- und Betriebswirte,</li> <li>- vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren),</li> <li>- Steuerbevollmächtigten,</li> <li>- Ingenieure,</li> <li>- Architekten,</li> <li>- Handelschemiker,</li> <li>- Lotsen,</li> <li>- hauptberuflichen Sachverständigen,</li> <li>- Journalisten,</li> <li>- Bildberichterstatter,</li> <li>- Dolmetscher,</li> <li>- Übersetzer und</li> <li>- ähnlichen Berufe sowie</li> <li>- der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.</li> </ul>
--	--

### 2.3 Die Gewerbeordnung

Nachdem Sie den Begriff des Gewerbes näher kennengelernt haben, werfen wir nunmehr einen Blick in die für Gewerbetreibende sehr wichtige Gewerbeordnung (GewO). Sie werden im Folgenden feststellen, dass eine Gewerbeausübung nicht immer ohne Weiteres möglich ist und bestimmten Schranken unterliegt. Dass es solche Schranken gibt, haben Sie bereits oben im Zusammenhang mit den Darlegungen zu Art. 12 GG gesehen.

Ein kurzer Überblick über die zum Öffentlichen Recht und zu dessen speziellem Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts zählende GewO zeigt, dass diese Regelungen zu folgenden Gewerbearten enthält:

- zum „stehenden Gewerbe“ in den §§ 14 - 52 GewO,
- zum „Reisegewerbe“ in den §§ 55-61a GewO,
- zum „Marktverkehr“ in den §§ 64-71b GewO.

Der Begriff des „Gewerbes“ wird, wie oben schon angedeutet, auch in der GewO nicht definiert, sondern vorausgesetzt.

§ 1 GewO bringt den Grundsatz der Gewerbefreiheit, dessen verfassungsrechtlichen Bezugspunkt Sie bereits kennengelernt haben, auf einfach-gesetzlicher Ebene nochmals zum Ausdruck: Danach ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet, sofern nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

Es wird Ihnen sicherlich aufgefallen sein, dass § 1 GewO an den Begriff des „Jedermann“ anknüpft, also nicht zwischen Deutschen und Ausländern unterscheidet. Demzufolge haben Ausländer auf der einfach-gesetzlichen Ebene einen Anspruch auf Zulassung oder Betreiben eines Gewerbes wie Deut-



# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

sche auch. Unterschiedlich ist aber, wie Sie oben gesehen haben, das Ausmaß der verfassungsrechtlichen Absicherung dieses Rechts.

§ 1 GewO bringt gleichzeitig zum Ausdruck, dass die Gewerbefreiheit eine nur grundsätzliche Freiheit ist, d. h., dass es Ausnahmen oder Beschränkungen gibt.

Ausdruck dieses Vorbehalts sind insbesondere die Regelungen über die genehmigungsbedürftigen Gewerbe. Insofern handelt es sich um bestimmte Tätigkeiten, die - eben entgegen der prinzipiellen Gewerbefreiheit - solange verboten sind, wie keine Genehmigung dafür erteilt ist („Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“). Dies soll zunächst anhand der Vorschriften zum sog. „stehenden Gewerbe“ verdeutlicht werden.

### 2.3.1 Das „stehende Gewerbe“

Mit dem Begriff des „stehenden Gewerbes“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich um solche Tätigkeiten handelt, die - gewissermaßen ortsfest - in bzw. von einer gewerblichen Niederlassung aus betrieben werden. Unter „stehendem Gewerbe“ ist (negativ definiert) ein solches Gewerbe zu verstehen, das nicht Reisegewerbe und auch nicht Marktverkehr ist.

***Als stehendes Gewerbe bezeichnet man alle Arten und Formen des Gewerbebetriebs, die weder dem Reisegewerbe noch dem Messe-, Ausstellungs- und Marktwesen zuzuordnen sind.***

**Beispiele:** Einzelhändler, Klempner, Schlosser, Heizungsbauer etc.

Regelungen nun, die die Gewerbefreiheit insofern durch ein Genehmigungserfordernis einschränken, finden Sie in den §§ 30 - 34j GewO. Wenn Sie diese Bestimmungen nachlesen, werden Sie feststellen, dass der Grund für den Genehmigungsvorbehalt offenbar darin zu sehen ist, dass es sich jeweils um gefahrintensive Tätigkeiten handelt.

Hier werden gewissermaßen im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit vor den mit der jeweiligen Tätigkeit typischerweise verbundenen Gefahren Ausnahmen vom Grundsatz der Gewerbefreiheit statuiert (so z. B. bezüglich privater Kliniken in § 30 GewO, der Spielhallen in § 33i GewO oder des Bewachungsgewerbes in § 34a GewO).

Allerdings sind - wie Sie feststellen werden - die Voraussetzungen für die Versagung der Erlaubnis bzw. Konzession abschließend geregelt; so heißt es z. B. in § 30 Abs. 1 Satz 2 GewO: „Die Konzession ist nur dann zu versagen, wenn...“ Sodann folgt ein abschließender Katalog von Versagungsgründen. Dies bedeutet für den Antragsteller, dass ihm die Konzession erteilt werden muss, wenn keiner der Versagungsgründe eingreift.

Wer nun ein erlaubnispflichtiges Gewerbe betreibt, ohne die dafür notwendige Konzession noch oder überhaupt zu besitzen, riskiert eine sog. Verbotsverfügung nach § 15 Abs. 2 GewO, die vollstreckt werden kann, und eine erhebliche Geldbuße wegen einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 144 GewO.

Aber auch eine erteilte Erlaubnis kann unter bestimmten Voraussetzungen zurückgenommen oder widerrufen werden. Soweit es insofern keine gewerberechtlichen Spezialregelungen gibt, wie etwa für den Fall der Gaststättenkonzession in § 15 GastG, ergibt sich dies aus den §§ 48, 49 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Soweit ein Gewerbe keiner Erlaubnis bedarf, ist es lediglich anzeigepflichtig gemäß § 14 GewO. Allerdings genießt auch derjenige, der ein solches Gewerbe betreibt, keine „Narrenfreiheit“, sondern muss im Falle erheblichen Fehlverhaltens mit einer Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO rechnen.

Danach hat die zuständige Behörde die Ausübung des jeweiligen Gewerbes zu untersagen, wenn sich aus Tatsachen ergibt, dass der Gewerbetreibende „unzuverlässig“ ist. Der Behörde ist also kein Ermessen hinsichtlich des Verbots eingeräumt, d. h., bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen muss sie die Ausübung des Gewerbes untersagen.

**Merke:** Es gibt erlaubnispflichtige und erlaubnisfreie stehende Gewerbearten; Gewerbearten, für die eine Erlaubnis notwendig ist, sind in den §§ 29 - 34j GewO geregelt. Dabei ist die Erlaubnis zu erteilen, wenn keiner der abschließend geregelten Versagungsgründe eingreift. Gewerbe, die nicht der Erlaubnis bedürfen, sind lediglich anzeigepflichtig.

Der Begriff der „Unzuverlässigkeit“ ist einer der zentralen Begriffe des Gewerberechts, soweit es die Anforderungen an die Person des Gewerbetreibenden anbelangt.

Er spielt, wie soeben gesehen, eine entscheidende Rolle im Falle der Untersagung eines nicht genehmigungspflichtigen Gewerbes nach § 35 GewO.

Darüber hinaus ist er jedoch auch maßgeblich für die Erteilung der Konzession im Falle erlaubnispflichtiger Gewerbe. So zählt die Unzuverlässigkeit jeweils zum Katalog der Versagungsgründe in den §§ 30 - 34i GewO: Demzufolge ist z. B. gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GewO die Konzession zu versagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Unternehmers in Beziehung auf die Leitung oder Verwaltung der Anstalt oder Klinik dartun. In den anderen Regelungen der erlaubnispflichtigen Gewerbe finden sich entsprechende Formulierungen.

Dieser Begriff wird nun folgendermaßen definiert: Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, wenn er im Rahmen einer Gesamtwürdigung seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe zukünftig ordnungsgemäß betreibt.

Von großer praktischer Bedeutung und sicherlich von besonderem Interesse für künftige Unternehmer ist insbesondere das Nichtabführen von Steuern oder Sozialabgaben. Dass insofern ein eher geringer Rückstand alleine die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nicht zu begründen vermag, dürfte auf der Hand liegen. Zu berücksichtigen ist hier aber auch die Zahlungsmoral des Gewerbetreibenden. Ständige, nicht unerhebliche Steuerrückstände vermögen alleine die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zu begründen.

Praktische Relevanz hat auch die Begehung gewerbebezogener Ordnungswidrigkeiten oder gar Straftaten. Teilweise ist dieser Aspekt sogar ausdrücklich gesetzlich geregelt, so z. B. in § 34 b Abs. 4 Nr. 1 GewO für das Versteigerergewerbe.

### 2.3.2 Das sog. „Reisegewerbe“

Die GewO enthält, wie oben schon im Überblick erwähnt, ferner Sonderregelungen zum „Reisegewerbe“ in den §§ 55 – 61 a GewO.

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Ein Reisegewerbe betreibt, wer gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung oder ohne eine solche zu haben Waren feilbietet oder Bestellungen aufsucht (vertreibt) oder ankauft, Leistungen anbietet oder Bestellungen auf Leistungen aufsucht oder unterhaltende Tätigkeiten als Schausteller oder nach Schaustellerart ausübt (§ 55 Abs. 1 GewO).

### **Beispiele:** Tiefkühlkostservice, Getränkebelieferung

Auch hier ist wiederum zwischen erlaubnisbedürftigen und nicht erlaubnisbedürftigen Reisegewerben (§ 55 a GewO) zu unterscheiden.

Dabei wird die Gewerbeerlaubnis hier als Reisegewerbekarte bezeichnet (§ 55 Abs. 2 GewO). Die Reisegewerbekarte ist gemäß § 57 GewO zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die beabsichtigte Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Wird ein Reisegewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben, so kann die zuständige Behörde die Gewerbeausübung gemäß § 60d GewO verhindern. Rücknahme oder Widerruf der Erlaubnis sind nach Maßgabe von §§ 48, 49 VwVfG möglich.

Nicht erlaubnisbedürftige Reisegewerbe bedürfen wiederum der Anzeige, § 55c GewO. Eine Untersagung der Reisegewerbebetätigung ist gemäß §§ 59, 57 GewO möglich, wenn der Gewerbetreibende unzuverlässig ist. Wird das Gewerbe dennoch weiterbetrieben, so kommt eine Verhinderung der Gewerbeausübung gemäß § 60d GewO in Betracht.

### **2.3.3 Messen, Ausstellungen, Märkte**

Hier wird für Sie nur von Interesse sein, dass Messen (§ 64 GewO), Ausstellungen (§ 65 GewO), Wochenmärkte (§ 67 GewO) sowie Spezial- und Jahrmärkte (§ 68 GewO) in den Genuss der sog. „Marktprivilegien“ kommen können, wenn eine Festsetzung gemäß § 69 GewO erfolgt.

Diese Festsetzung hat auf Antrag zu erfolgen, wenn keiner der Ablehnungsgründe gemäß § 69 a GewO eingreift. Die zuständige Behörde setzt dann Gegenstand, Zeit, Öffnungszeiten und Platz der jeweiligen Veranstaltung fest. Eine derartige Festsetzung hat insbesondere zur Folge, dass die §§ 14 - 61a GewO nicht gelten. Ferner gilt, was praktisch von großer Bedeutung ist, in diesem Falle das Ladenschlussgesetz nur eingeschränkt.

Diese und andere Vorteile einer Festsetzung gemäß § 69 GewO werden als „Marktprivilegien“ bezeichnet.

Erwähnenswert ist ferner der aus § 70 GewO folgende Anspruch auf Teilnahme an einer nach § 69 GewO festgesetzten Veranstaltung. Danach ist „Jedermann“, der dem Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung angehört, teilnahmeberechtigt.

Wer zum „Teilnehmerkreis“ zählt, ergibt sich aus den diesbezüglichen Beschreibungen der §§ 64 - 68 GewO. So ist z. B. an einem festgesetzten Wochenmarkt jeder teilnahmeberechtigt, der Obst oder Gemüse verkauft, s. § 67 Abs. 1 Nr. 2 GewO.

Da aber somit der Kreis der prinzipiell teilnahmeberechtigten geradezu uferlos wäre, hat der Veranstalter gemäß § 70 Abs. 3 GewO die Möglichkeit, einzelne teilnahmeberechtigten aus sachlich gerechtfertigten Gründen von der Teilnahme auszuschließen und den Teilnehmerkreis nach sachlichen Gesichtspunkten gemäß § 70 Abs. 2 GewO von vornherein einzuschränken, wenn dies für die Erreichung des Veranstaltungszweckes erforderlich ist.

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

### 2.4 Das Gaststättengesetz

Praktisch wichtige Sondervorschriften gegenüber der GewO enthält das Gaststättengesetz (GastG) für den Betrieb eines Gaststättengewerbes.

Grundsätzlich ist für das Betreiben eines Gaststättengewerbes eine Erlaubnis erforderlich (§ 2 Abs. 1 GastG); die Versagungsgründe sind auch hier wiederum abschließend geregelt (§ 4 GastG), sodass die Erlaubnis zu erteilen ist, wenn keiner der Versagungsgründe eingreift.

Wie Sie bei der Lektüre des § 4 Abs. 1 Nr.1 GastG festgestellt haben werden, spielt hier wiederum der Begriff der Unzuverlässigkeit eine zentrale Rolle.

Ausnahmen vom Grundsatz der Erlaubnisbedürftigkeit sind in § 2 Abs. 2 GastG geregelt.

Soweit das GastG keine eigene Regelung enthält, gilt insofern gemäß § 31 GastG die GewO. Aus diesem Grunde ist im Falle des Betriebens erlaubnispflichtiger Gaststättengewerbe § 15 Abs. 2 GewO anwendbar, wenn ein Gaststättengewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird, d. h., die zuständige Behörde kann die Fortsetzung des Betriebes verhindern.

Handelt es sich um ein nicht erlaubnispflichtiges Gaststättengewerbe, so gilt § 35 GewO, demzufolge die zuständige Behörde die Ausübung des Gewerbes untersagen kann.

**Merke:** Das GastG enthält gegenüber der GewO Sondervorschriften für den Fall des Betriebens eines Gaststättengewerbes. Soweit das GastG jedoch keine eigenen Regelungen enthält, ist die GewO anwendbar.

### 2.5 Die Handwerksordnung

Nunmehr werden wir noch einen kurzen Blick in die praktisch ebenfalls äußerst wichtige Handwerksordnung werfen. Diese enthält im Wesentlichen Regelungen darüber, unter welchen Voraussetzungen ein zum Bereich des Handwerks gehörendes Gewerbe überhaupt betrieben werden darf.

Gemäß § 1 HwO ist der selbstständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur demjenigen gestattet, der in die Handwerksrolle eingetragen ist.

Welche Gewerbebetriebe nun zum Bereich des Handwerks gehören, bestimmt sich nicht nach abstrakten Merkmalen, sondern ist gemäß § 1 Abs. 2 HwO in der Anlage A zur HwO im Einzelnen festgelegt. Dort finden Sie zahlreiche Berufsbilder bzw. Tätigkeiten, die als Handwerk eingestuft werden, sodass sie nur dann im Sinne des § 1 Abs. 1 HwO betrieben werden dürfen, wenn eine Eintragung in die Handwerksrolle erfolgt ist.

Diese Eintragung in die Handwerksrolle nun kann nicht ohne Weiteres erfolgen. Grundsätzlich wird nur derjenige eingetragen, der die Meisterprüfung im betreffenden oder einem verwandten Handwerk bestanden hat, § 7 Abs. 1, 1a HwO. Ausnahmsweise genügt unter bestimmten weiteren Voraussetzungen auch eine der Meisterprüfung gleichwertige Prüfung.

Eine weitere Ausnahmebestimmung enthält § 1 Abs. 3 HwO: Danach kann jemand auch aufgrund einer Ausnahmegewilligung in die Handwerksrolle eingetragen werden. Eine Ausnahmegewilligung

## Handels- u. Gesellschaftsrecht

### Unternehmensgründung / Personengesellschaft

gemäß § 9 HwO, die für Handwerksbetriebe in der Praxis immer wieder eine wesentliche Rolle spielt, kommt allerdings nur unter recht engen Voraussetzungen in Betracht: So muss der Betreffende die zur selbstständigen Ausübung des Handwerks erforderlichen Kenntnisse nachweisen und es muss die Ablegung der Meisterprüfung für ihn eine unzumutbare Belastung darstellen.

Diesbezüglich wird man mit Recht die Frage stellen müssen, ob diese recht hohen Zugangshürden zum selbstständigen Betreiben eines Handwerks überhaupt noch zeitgemäß oder nicht vielmehr Ausdruck eines bei Weitem nicht mehr zeitgemäßen ständischen Gedankenguts sind.

Ferner finden Sie in der HwO noch Vorschriften über die Ausbildung und das Prüfungswesen im Bereich des Handwerks sowie über Standesorganisationen (Handwerksinnungen etc.).

**Merke:** Die Handwerksordnung regelt insbesondere den Zugang zu gewerblichen Tätigkeiten, die zum Bereich des Handwerks zählen. Ein solches Gewerbe darf nur betrieben werden, wenn eine Eintragung in die Handwerksrolle erfolgt ist, wobei diese grundsätzlich eine entsprechende Meisterprüfung voraussetzt.

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

### Übungsaufgaben zur Selbstkontrolle

**SK**

1. Wo ist die Gewerbefreiheit verfassungsrechtlich verankert?
2. Wie wird der Begriff des Gewerbes definiert?
3. Zwischen welchen Gewerbearten wird in der GewO generell unterschieden?
4. Welches ist der zentrale Begriff des Gewerberechts, was die Person des Gewerbetreibenden anbelangt?
5. Was ist grundsätzlich Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle?

Leseprobe

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

### 3 Kaufmannseigenschaften

#### Lernziele:

Wenn Sie den folgenden Abschnitt durchgearbeitet haben, werden Sie

- mit den verschiedenen Kaufmannsbegriffen vertraut sein,
- die rechtliche Relevanz dieses Begriffes einordnen können.

#### 3.1 Überblick

Verlassen wir nun den Bereich der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Gewerbefreiheit und wenden uns dem zum Privatrecht bzw. Wirtschaftsprivatrecht gehörenden Handelsrecht zu. Zunächst werden Sie den zentralen Begriff des Kaufmanns kennen lernen.

Das Handelsgesetzbuch (HGB), das am 01.01.1900 in Kraft getreten war, war zugeschnitten auf den Bereich des Handels und damit auf den An- und Verkauf von Waren. Dies hatte zur Folge, dass das Handelsrecht der zunehmenden Bedeutung des Dienstleistungssektors nicht hinreichend Rechnung tragen konnte und nicht mehr zeitgemäß wirkte. Mit Wirkung vom 01.07.1998 sind im Bereich des Handelsrechts grundlegende Änderungen in Kraft getreten. Diese betreffen insbesondere den Begriff des Kaufmanns.

Üblicherweise bezeichnet man das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute.

**Merke:** Das Handelsrecht wird allgemein bezeichnet als Sonderprivatrecht der Kaufleute. Die Anwendbarkeit des Handelsrechts knüpft an die Kaufmannseigenschaft an.

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) gelten für Kaufleute nur subsidiär, d. h. nur insoweit, als es keine einschlägigen Sondervorschriften gibt.

Als Handelsrecht im engeren Sinne werden das HGB, das Wechsel- und das Scheckgesetz bezeichnet. Das Gesellschaftsrecht, das Wertpapierrecht, das Recht des gewerblichen Rechtsschutzes und das Bank- und Börsenrecht nennt man Handelsrecht im weiteren Sinne. Das Gesellschaftsrecht werden Sie im Rahmen dieses Studienheftes näher kennen lernen.

Wie Sie gesehen haben, ist der Begriff des „Kaufmanns“ sozusagen der Schlüssel zur Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorschriften. Daher versteht es sich von selbst, dass die Methode der Bestimmung der Kaufmannseigenschaft von zentraler Bedeutung ist. Insofern regelt das HGB selbst, wer Kaufmann ist bzw. sein kann. Dass jemand wirtschaftlich gesehen bzw. nach allgemeiner Anschauung eine kaufmännische Tätigkeit ausübt, ist nicht ausreichend.

#### 3.2 Der Istkaufmann

Gemäß § 1 Abs.1 HGB ist Kaufmann im Sinne des HGB, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Zu prüfen sind also zunächst drei Voraussetzungen:

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

- zum einen muss ein „Gewerbe“ gegeben sein,
- dieses muss ein „Handelsgewerbe“ sein und
- zum anderen muss dieses „betrieben“ werden.

### - „Handelsgewerbe“:

Wenn Sie sich die erste zu prüfende Voraussetzung ansehen, werden Sie feststellen, dass Sie insofern auf den bereits oben kennengelernten Begriff des Gewerbes zurückgreifen können. Es muss sich jedoch darüber hinaus um ein besonderes Gewerbe handeln, nämlich um ein *Handelsgewerbe*.

Erfreulicherweise definiert das Gesetz selbst, was unter einem solchen zu verstehen sein soll (Sie werden sich bestimmt daran erinnern, dass man eine vom Gesetz selbst vorgenommene Definition als Legaldefinition bezeichnet.):

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

Wenn Sie sich diese Legaldefinition einmal in Ruhe durch den Kopf gehen lassen, werden Sie ohne große Mühe und besondere juristische Überlegungen erkennen, dass damit Betriebe größeren Umfangs gemeint sind. Dies sind in der Regel Betriebe, die eine (doppelte) Buchführung benötigen. Weitere wesentliche Indizien sind beispielsweise der Umsatz, Bilanzierung, Anzahl der getätigten Geschäfte, die Inanspruchnahme von Kredit, Zahl und Funktion der Arbeitnehmer und sonstiger Mitarbeiter. Entscheidend ist das Gesamtbild, nicht dagegen, ob eine kaufmännische Einrichtung (Bilanzierung o. Ä.) wirklich existiert, sondern relevant ist lediglich, ob eine solche notwendig wäre.

Wenngleich diese Legaldefinition etwas unbestimmt und „schwammig“ erscheinen mag, so hat sie gegenüber einer Regelung auf der Basis bestimmter Einzelkriterien (z. B. eines bestimmten Umsatzes) doch den Vorteil größerer Flexibilität und Anpassungsfähigkeit an die verschiedensten Formen heutiger und auch künftiger gewerblicher Betätigung. Die Unbestimmtheit dieser Legaldefinition braucht Sie auch nicht weiter zu beunruhigen, da die Ihnen gestellten Übungsaufgaben insofern stets eindeutig sein werden. Bei Grenzfällen in der Praxis ist die Rechtsprechung der Obergerichte (z. B. OLG Celle NJW 1963, S. 540) ein guter Anhaltspunkt.

**Beispiel:** Wenn, um an das oben genannte Beispiel anzuknüpfen, von einem kleinen Lebensmittelladen („Tante-Emma-Laden“) die Rede ist, werden Sie mit der Anwendung des § 1 Abs. 2 HGB keine Mühe haben; es bedarf keiner besonderen juristischen Ausbildung, um sich vorstellen zu können, dass in einem solchen Falle ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb nicht erforderlich ist.

Vielleicht werden Sie sich gefragt haben, weshalb das Gesetz in § 1 Abs. 2 HGB die Formulierung „es sei denn, dass ...“ verwendet. Dies ist kein sprachlicher Zufall, sondern eine Beweislastregel. Dies bedeutet, dass im Falle eines Rechtsstreits davon ausgegangen wird, dass ein Gewerbetreibender auch ein Handelsgewerbe betreibt; man sagt, es bestehe eine entsprechende Vermutung. Diese Vermutung kann allerdings dadurch widerlegt werden, dass derjenige, der sich darauf beruft, darlegt und gegebenenfalls beweist, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.



# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

### - „betreibt“:

Unter dem Betreiber des Handelsgewerbes ist derjenige zu verstehen, in dessen Namen das jeweilige Handelsgewerbe ausgeübt wird und der aus den in dem Handelsgewerbe getätigten Geschäften berechtigt und verpflichtet wird.

Betreiber eines Handelsgewerbes ist also insbesondere nicht, wer in fremdem Namen handelt, wie z. B. ein Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB oder der Geschäftsführer einer GmbH (dieser handelt im Namen der GmbH). Ein Angestellter einer Bank, der die Berufsbezeichnung „Bankkaufmann“ trägt, ist jedenfalls kein Kaufmann im Sinne des HGB.

Irrelevant für die Beurteilung der Betreibereigenschaft ist insbesondere, ob jemand eine bestimmte fachliche Qualifikation oder Ausbildung besitzt oder gar im betreffenden Betrieb persönlich mitarbeitet.

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so ist die Kaufmannseigenschaft gegeben und es hat eine Eintragung ins Handelsregister hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft nur noch deklaratorische, d. h. rechtserklärende Bedeutung.

**Merke:** Wer Kaufmann im Sinne des Handelsrechts ist, bestimmt sich nach Maßgabe entsprechender Vorschriften des HGB. Der sog. „Istkaufmann“ ist geregelt in § 1 HGB; danach ist Kaufmann im Sinne des HGB, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Der Begriff des Handelsgewerbes ist legaldefiniert in § 1 Abs. 2 HGB; § 1 Abs. 2 HGB stellt zugleich eine Beweislastregel dar.

### 3.3 Der „Kannkaufmann“

Wie Sie gesehen haben, ist nicht jeder Gewerbetreibende schon nach § 1 HGB als Kaufmann anzusehen. Diejenigen Gewerbetreibenden (Kleingewerbetreibende) nun, die aufgrund der Regelung des § 1 Abs. 2 HGB (zunächst) nicht als Kaufleute im Sinne des HGB betrachtet werden können, haben jedoch die Möglichkeit, nach Maßgabe des § 2 HGB die Kaufmannseigenschaft zu erlangen.

Voraussetzung dafür ist, dass die Firma des Unternehmens ins Handelsregister eingetragen wird, d. h., die Eintragung ins Handelsregister ist hier konstitutiv (rechtsbegründend) für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft.

Zu einer derartigen Eintragung ist der betreffende Gewerbetreibende berechtigt, aber nicht verpflichtet; daher resultiert auch die Bezeichnung als „Kannkaufmann“. Ist die Eintragung erfolgt, so gilt auch dieses gewerbliche Unternehmen als Handelsgewerbe. Der Gewerbetreibende kann jedoch jederzeit wieder die Löschung der Eintragung der Firma im Handelsregister beantragen, sofern der jeweilige Betrieb nicht mittlerweile zu einem größeren Betrieb im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB herangewachsen ist.

## Handels- u. Gesellschaftsrecht

### Unternehmensgründung / Personengesellschaft

**Beispiel:** Der Inhaber des oben genannten Tante-Emma-Ladens ist als Kleingewerbetreibender wegen § 1 Abs. 2 HGB („...es sei denn...“) nicht als Istkaufmann anzusehen. Er kann jedoch mittels Eintragung ins Handelsregister die Kaufmannseigenschaft erwerben, da sein Gewerbebetrieb in diesem Falle gemäß § 2 HGB auch als Handelsgewerbe gilt. Diese Eintragung kann der Inhaber jederzeit wieder löschen lassen, sofern der Tante-Emma-Laden nicht zwischenzeitlich etwa zu einem Supermarkt und damit einem größeren Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB herangewachsen ist.

**Merke:** Ein Gewerbetreibender, der aufgrund der Regelung des § 1 Abs. 2 HGB zunächst nicht als Kaufmann im Sinne des HGB betrachtet werden kann (Kleingewerbetreibender), kann die Kaufmannseigenschaft mittels Eintragung ins Handelsregister nach Maßgabe des § 2 HGB erlangen, sog. „Kannkaufmann“; die Eintragung ins Handelsregister ist hier konstitutiv für die Kaufmannseigenschaft.

#### 3.4 Betriebe der Land- und Forstwirtschaft

Was unter Betrieben der Land- und Forstwirtschaft zu verstehen ist, wird sich Ihnen von selbst erschließen.

**Beispiele:** Ackerbau, Schlachtviehzucht, Weinanbau, Holzwirtschaft

Insofern stellt § 3 Abs. 1 HGB zunächst klar, dass § 1 nicht zur Anwendung gelangt. Land- und forstwirtschaftliche Unternehmen haben jedoch ebenfalls die Möglichkeit, durch eine Eintragung ins Handelsregister die Kaufmannseigenschaft zu erlangen. Dies setzt gemäß § 3 Abs. 2 HGB jedoch voraus, dass nach Art und Umfang ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist.

Wie Sie aus der Verweisung auf § 2 HGB in § 3 Abs. 2 HGB entnehmen können, kann der Betreiber eines solchen land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmens selbst entscheiden, ob eine Eintragung ins Handelsregister erfolgen soll oder nicht, d. h., auch hier handelt es sich um einen „Kannkaufmann“. Wiederum ist die Eintragung ins Handelsregister konstitutiv für die Kaufmannseigenschaft, also rechtsbegründend.

Im Unterschied zum „Kannkaufmann“ nach § 2 HGB kann der einmal im Handelsregister eingetragene Land- oder Forstwirt nicht nach Belieben die Löschung dieser Eintragung verlangen, sondern eine Löschung ist vielmehr nur nach allgemeinen Grundsätzen möglich.

#### 3.5 Land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe

Darüber hinaus hat der Land- oder Forstwirt nach § 3 Abs. 3 HGB die Möglichkeit, nur hinsichtlich eines betriebenen Nebengewerbes durch (wiederum konstitutive) Eintragung ins Handelsregister die Kaufmannseigenschaft zu erwerben; bezüglich des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs im Übrigen bleibt der Betreiber dann Nichtkaufmann.

**Beispiel:** Ein Landwirt betreibt zusätzlich eine Gastwirtschaft.

## Handels- u. Gesellschaftsrecht

### Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Wie der Begriff „Nebenbetrieb“ schon besagt, muss eine gewisse Abhängigkeit des Nebenbetriebes vom land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmen gegeben sein; der Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft muss also der Hauptbetrieb sein. Allerdings darf der Nebenbetrieb auch nicht organisatorisch völlig unselbstständig gegenüber dem land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmen sein.

Erforderlich ist ferner eine gewisse Verbundenheit zwischen Nebengewerbe und land- oder forstwirtschaftlichem Betrieb im Übrigen. Dies ist unproblematisch dann gegeben, wenn im land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb erzeugte Produkte im Nebenbetrieb veräußert bzw. verarbeitet werden. Gäbe es keinerlei Verbindung, so wäre es schon rein sprachlich kaum plausibel, von einem *Nebenbetrieb* zu reden.

**Beispiel:** Der Landwirt, der nebenher eine Gastwirtschaft betreibt, versorgt diese mit Fleisch aus der eigenen landwirtschaftlichen Viehhaltung.

Voraussetzung ist aber auch hier, dass (bezüglich des Nebengewerbes) ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist, wie aus der Verweisung in § 3 Abs. 3 HGB auf § 3 Abs. 2 HGB folgt.

**Merke:** Betriebe der Land- und Forstwirtschaft haben die Möglichkeit, die Kaufmannseigenschaft im Sinne des HGB durch Eintragung ins Handelsregister gemäß § 3 Abs. 2 i. V. m. § 2 HGB zu erlangen; nach § 3 Abs. 3 HGB kann die Erlangung der Kaufmannseigenschaft durch Eintragung ins Handelsregister auch auf einen Nebenbetrieb beschränkt werden. Die Eintragung ins Handelsregister wirkt hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft jeweils konstitutiv.

### 3.6 Der Kaufmann kraft Eintragung im Handelsregister

Gemäß § 5 HGB kann sich ein Gewerbetreibender, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, einem anderen gegenüber nicht darauf berufen, dass sein Gewerbe kein Handelsgewerbe und er damit kein Kaufmann ist.

Diese Vorschrift besagt, dass ein Gewerbetreibender, der im Handelsregister eingetragen ist, auf jeden Fall als Kaufmann gilt: Aufgrund der Eintragung gilt das Gewerbe als Handelsgewerbe und wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist nach § 1 Abs. 1 HGB Kaufmann. Die für Kaufleute geltenden Vorschriften sind daher anwendbar, was für den Betroffenen von Nachteil sein kann.

Bezüglich der Kaufmannseigenschaft wird also an die Eintragung im Handelsregister angeknüpft; man sagt, die Eintragung im Handelsregister löse einen entsprechenden Rechtsschein aus. Daher wird derjenige Gewerbetreibende, der nach § 5 HGB als Kaufmann gilt, auch als Fiktiv- oder Scheinkaufmann bezeichnet.

Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dem jeweiligen Geschäftspartner zu ersparen, die Kaufmannseigenschaft seines Gegenübers zu überprüfen. Damit dient § 5 HGB der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz.

§ 5 HGB wird praktisch aber kaum eine Rolle spielen können: Kleingewerbetreibende, die ihr Gewerbe ins Handelsregister haben eintragen lassen, haben die Kaufmannseigenschaft bereits nach § 2

## Handels- u. Gesellschaftsrecht

### Unternehmensgründung / Personengesellschaft

HGB, da ihr Gewerbe sodann als Handelsgewerbe gilt, woraus nach § 1 Abs.1 HGB die Kaufmannseigenschaft resultiert; auf denjenigen, der kein Gewerbe betreibt, aber dennoch im Handelsregister eingetragen wurde, kann § 5 HGB keine Anwendung finden, da nach dessen Wortlaut ein Gewerbe betrieben werden muss.

**Merke:** Gemäß § 5 HGB gilt ein Gewerbe im Falle der Eintragung der Firma ins Handelsregister als Handelsgewerbe, sodass der betreffende Gewerbetreibende als Kaufmann gilt („Fiktiv- oder Scheinkaufmann“)

### 3.7 Der Scheinkaufmann kraft Auftretens

Hinter diesem zunächst etwas mysteriös klingenden Kaufmannstypus verbirgt sich folgender Grundgedanke bzw. Regelungsgehalt: Wenn jemand, der nicht Kaufmann im Sinne des HGB ist, im Rechtsverkehr dennoch wie ein solcher auftritt, dann soll er nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gutgläubigen Personen gegenüber in deren Interesse wie ein Kaufmann behandelt werden. Hier wird also Vertrauensschutz bezweckt.

#### Beispiel:

A betreibt einen kleinen Tante-Emma-Laden und ist nicht im Handelsregister eingetragen. Somit ist A als Kleingewerbetreibender aufgrund der Regelung des § 1 Abs. 2 HGB nicht Kaufmann gemäß § 1 Abs. 1 HGB; mangels Eintragung im Handelsregister gelangt man auch nicht über § 2 oder § 5 HGB zur Kaufmannseigenschaft des A im Sinne des HGB. Dennoch firmiert A gegenüber seinen Geschäftspartnern unter der Bezeichnung „Lebensmittelzentrale A“.

Nun verlangt B, der dem A Gemüse geliefert hat, von A Fälligkeitszinsen in Höhe von 5 % aus §§ 353, 352 Abs. 1 Satz 1, 343 Abs. 1 HGB. Das ist nur möglich, wenn es sich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handelt.

A hat dadurch, dass er seinen Gewerbebetrieb nach außen hin als „Lebensmittelgroßmarkt“ bezeichnet hat, den Eindruck erweckt, kein Kleingewerbetreibender im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB zu sein. Vielmehr hat er den gegenteiligen Eindruck erweckt. Nach außen hin machte A also den Eindruck, als sei er Kaufmann nach § 1 HGB. Daran muss er sich dem B gegenüber festhalten lassen, sofern B gutgläubig ist. Daher gilt A zugunsten des B als Handelsgewerbetreibender und damit als Kaufmann.

A kann sich daher nicht darauf berufen, kein Kaufmann zu sein, sodass er nur Verzugszinsen gemäß § 288 BGB entrichten müsse; vielmehr schuldet er Fälligkeitszinsen aus §§ 353, 352 Abs. 1 Satz 1, 343 Abs. 1 HGB.

Wie Sie sehen, wird derjenige, der im rechtsgeschäftlichen Verkehr als Kaufmann auftritt, tatsächlich aber keiner ist, im Interesse einer anderen gutgläubigen Person als Kaufmann behandelt. Wer also den Rechtsschein erzeugt, Kaufmann zu sein, muss sich auch an diesem festhalten lassen, d. h., ihn treffen die Pflichten eines Kaufmannes; eventuelle aus der Kaufmannseigenschaft resultierende Vergünstigungen kommen demjenigen, der den Rechtsschein erzeugte, natürlich nicht zugute. Die Rechtsscheinhaftung bezweckt den Schutz des redlichen Geschäftspartners, nicht aber des den Rechtsschein Erzeugenden.

## Handels- u. Gesellschaftsrecht

### Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Gutgläubig ist der Geschäftspartner übrigens dann, wenn er die fehlende Kaufmannseigenschaft weder kennt noch bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen können. Wichtig ist diesbezüglich, dass den Geschäftspartner nur bei bedeutenderen Geschäften eine Nachforschungspflicht trifft.

Einem allgemeinen Grundsatz folgend kommt eine derartige Rechtsscheinhaftung allerdings nicht in Betracht, wenn der Rechtsschein von einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen gesetzt wird.

**Merke:** Wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr als unbeschränkt geschäftsfähige Person nach außen hin den unzutreffenden Eindruck erweckt, Kaufmann im Sinne des HGB zu sein, muss sich gutgläubigen Dritten gegenüber zu deren Gunsten auch wie ein solcher Kaufmann behandeln lassen („Scheinkaufmann kraft Auftretens“); diese Rechtsscheinhaftung führt dazu, dass den Scheinkaufmann die Pflichten eines Kaufmannes treffen.

### 3.8 Der Formkaufmann

Nach § 6 Abs. 2 HGB sind „Vereine“, die von Gesetzes wegen unabhängig davon, welche Art von Tätigkeit sie ausüben, stets als Kaufleute gelten, auch unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB als Kaufleute zu betrachten.

Damit ist gemeint, dass Kapitalgesellschaften, also die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH, § 13 Abs. 3 GmbHG), die Aktiengesellschaft (AG, § 3 Abs. 3 AktG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) und die eingetragene Genossenschaft (eG) immer als Kaufleute anzusehen sind, d. h., es handelt sich um Kaufleute kraft ihrer Rechtsform. Sie sind also auch Kaufleute, wenn sie kein Gewerbe betreiben (z. B. gemeinnützige GmbH nach Steuerrecht). Weshalb man diese Gesellschaften hier als „Vereine“ bezeichnet, werden Sie in den gesellschaftsrechtlichen Teilen dieses Studienheftes erfahren.

Den Personengesellschaften OHG und KG ist die Kaufmannseigenschaft in § 6 Abs. 1 HGB ausdrücklich zuerkannt worden, wenn sie Handelsgeschäfte betreiben. Dies ist bei beiden Gesellschaftsformen der Normalfall.

**Merke:** GmbH, AG, KGaA und eG gelten kraft ihrer Rechtsform als Kaufleute, sog. „Formkaufleute“.

### 3.9 Die Relevanz des Kaufmannsbegriffes

Anhand der oben genannten Beispiele haben Sie bereits erkennen können, dass der Kaufmannsbegriff sozusagen der Schlüssel zur Anwendbarkeit wichtiger handelsrechtlicher Sondervorschriften ist. In der Praxis werden diese Vorschriften insbesondere relevant, wenn Handelsgeschäfte abgeschlossen werden.

# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Was unter einem Handelsgeschäft zu verstehen ist, wird in § 343 HGB legaldefiniert: „Handelsgeschäfte sind danach alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören.“

An dieser Stelle kommt es also darauf an, ob die Kaufmannseigenschaft gegeben ist. Sie benötigen Ihre oben erworbenen diesbezüglichen Kenntnisse. Dass ein Handelsgeschäft dann beiderseitig ist, wenn auf beiden Seiten des Geschäfts die Voraussetzungen des § 343 HGB gegeben sind, versteht sich von selbst. Ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist im Übrigen nur dann erforderlich, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt (z. B. § 345 HGB).

Weiterhin haben Sie zu prüfen, ob das betreffende Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes des Kaufmannes gehört.

Das Gesetz stellt in § 344 Abs. 1 HGB insoweit eine wichtige Regel für Handelsgeschäfte auf, die Ihnen die Falllösung zu erleichtern vermag: Demzufolge gelten die von einem Kaufmann vorgenommenen Geschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig. Man sagt, das Gesetz stelle hier eine Vermutung für das Vorliegen eines Handelsgeschäftes auf. Die praktische Bedeutung dieser Vermutung liegt nun darin, dass Sie so lange davon ausgehen, dass ein Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes gehört, wie („im Zweifel“) keine dem entgegenstehenden Gesichtspunkte ersichtlich sind.

Wenn Sie nun die §§ 343 ff. HGB einmal gründlich und in Ruhe lesen, so werden Sie feststellen, dass immer wieder an die Begriffe „Handelsgeschäft“ oder „Kaufmann“ angeknüpft wird.

### 3.10 Besonderheiten beim Handelsgeschäft

#### 3.10.1 Kaufmann und Bürgschaftserklärung

Gemäß § 766 Satz 1 BGB bedarf eine Bürgschaftserklärung der Schriftform; Sinn und Zweck dieses Schriftformerfordernisses ist die Warnung des Bürgen vor der Gefährlichkeit des Bürgschaftsvertrages (§ 765 BGB).

Für Kaufleute aber hält das HGB eine Sonderbestimmung bereit: Gemäß § 350 HGB findet die Vorschrift des § 766 Satz 1 BGB auf eine Bürgschaft dann keine Anwendung, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist. Die Bürgschaftserklärung bedarf also zu ihrer Wirksamkeit nicht der Schriftform!

Das Gesetz geht hier davon aus, dass sich ein Kaufmann der Gefährlichkeit einer Bürgschaft regelmäßig bewusst sein wird und daher nicht der Warnung durch ein Formerfordernis bedarf. Es liegt auf der Hand, dass eine derartige Bestimmung für geschäftlich wenig gewandte Kaufleute sehr gefährlich sein kann.

Nach § 771 BGB kann der Bürge sich darauf berufen, vom Gläubiger erst dann in Anspruch genommen werden zu können, wenn dieser einen erfolglosen Vollstreckungsversuch beim Schuldner unternommen hat (sog. Einrede der Vorklage), d. h., der Bürge haftet nur „subsidiär“ (hilfsweise, in zweiter Linie).

## Handels- u. Gesellschaftsrecht

### Unternehmensgründung / Personengesellschaft

Handelt es sich für den Bürgen hingegen um ein Handelsgeschäft, so steht dem Bürgen diese Befugnis nicht zu. Er kann vom Gläubiger anstelle des Schuldners unmittelbar in Anspruch genommen werden (§ 349 HGB).

#### 3.10.2 Untersuchungs- und Rügepflicht

Wie Sie bestimmt schon wissen, hat der Käufer im Falle von Sachmängeln bestimmte Rechte, die sich grundsätzlich nach den §§ 437 ff. BGB bestimmen („Nacherfüllung, Wandlung, Minderung, Schadensersatz“).

Handelt es sich im Falle des Kaufes jedoch um ein beiderseitiges Handelsgeschäft, so gelten hinsichtlich dieser Gewährleistungsrechte handelsrechtliche Besonderheiten: Der Käufer muss die Ware gemäß § 377 Abs. 1 HGB grundsätzlich unverzüglich nach Erhalt überprüfen und eventuelle Mängel dem Verkäufer gegenüber ebenfalls unverzüglich rügen. Diese Rügepflicht dient der zügigen Abwicklung des Geschäftsverkehrs.

Erfolgt eine solche erforderliche Rüge nicht, so verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, da die Ware nach § 377 Abs. 2 HGB in diesem Falle als genehmigt gilt. Dieser Gedanke wird durch § 434 Abs. 3 BGB auf Falschlieferungen und Mengenfehler ausgedehnt. (Überhaupt ist für die Frage, was unter einem Mangel zu verstehen ist, mangels anderer Definitionen im Handelsrecht § 434 BGB heranzuziehen.) Ist die Abweichung jeweils nicht so erheblich, dass eine Genehmigung durch den Käufer von vornherein gar nicht in Betracht gekommen wäre, so gilt auch diesbezüglich § 377 HGB. Rügt der Käufer also eine zu geringe Menge nicht, so muss er dennoch den vollen Preis dafür zahlen. Bei einer Mehrlieferung ist der ratio dieser Regelung entsprechend der Mehrpreis zu entrichten. Im Falle einer Falschlieferung muss der vereinbarte Preis bezahlt werden, auch wenn die gelieferte Sache geringwertiger ist. Ist die gelieferte Sache wertvoller als die bestellte, muss der Käufer den höheren Preis zahlen.

#### 3.10.3 Erhöhter Verzugszinssatz

Der gesetzliche Zinssatz innerhalb beidseitiger Handelsgeschäfte beträgt 5 % im Jahr (§ 352 HGB), die Verzugszinsen liegen kein beidseitiges Handelsgeschäft vor, gilt nach § 288 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ein Zinssatz von 5 Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz oder 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz, soweit an dem Rechtsgeschäft kein Verbraucher beteiligt ist (es muss kein Kaufmann).

#### 3.10.4 Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Zwischen Kaufleuten ist es üblich (gesetzlich nicht geregelter Handelsbrauch; gilt trotzdem wie eine gesetzliche Regelung), dass nach erfolgreichen Vertragsverhandlungen eine Vertragspartei das Ergebnis der anderen Vertragspartei schriftlich bestätigt. Damit sollen spätere Streitigkeiten darüber vermieden werden, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen worden ist und welche Vertragsbedingungen im Einzelnen vereinbart worden sind. Weichen die Angaben in dem Bestätigungsschreiben von den ausgehandelten Vertragsbedingungen ab, so muss ein Kaufmann unverzüglich widersprechen. Ansonsten gilt der Inhalt des Bestätigungsschreibens als richtig. Dieser Handelsbrauch soll Sicherheit im Handelsverkehr schaffen. Ein Kaufmann ist gehalten, seine Post gründlich zu lesen und zu bearbeiten. Bedingung für ein wirksames Bestätigungsschreiben ist allerdings, dass es dem Vertragspartner

## Handels- u. Gesellschaftsrecht

### Unternehmensgründung / Personengesellschaft

unverzüglich nach Abschluss der Vertragsverhandlungen zugeht und der Verfasser des Schreibens nicht unredlich ist.

#### 3.10.5 Schweigen auf ein Angebot zur Geschäftsbesorgung

Schweigen hat im bürgerlichen Recht eigentlich keinen Erklärungswert. Etwas anderes gilt bei Kaufleuten in den Fällen des § 362 HGB. Ein Kaufmann muss auf ein Angebot zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages antworten. Andernfalls gilt sein Schweigen als Annahme. Dies gilt jedenfalls dann, wenn schon Geschäftsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern bestehen. Die Regelung lässt sich damit begründen, dass im Rechtsverkehr zwischen Kaufleuten möglichst schnell Klarheit herrschen soll. Der Kaufmann muss eben seinen Betrieb sorgfältig führen und bei Abwesenheit für Vertretung sorgen.

Beispiele für Geschäftsbesorgungsverträge: Gewerbebetrieb eines Handelsvertreters, Maklers, Speditors, Frachtführers, von Banken. Keine Geschäftsbesorgungsverträge sind Warenkaufverträge.

Leseprobe



# Handels- u. Gesellschaftsrecht

## Unternehmensgründung / Personengesellschaft

### Lösungen der Übungsaufgaben

# LÖ

1. In Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.
2. Gewerbe ist eine nach außen erkennbare, planmäßige, nicht verbotene bzw. nicht gemeinschädliche, mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübte selbstständige Tätigkeit mit Ausnahme der sog. freien Berufe.
3. Stehendes Gewerbe, Reisegewerbe, Marktverkehr.
4. Die Zuverlässigkeit.
5. Das Bestehen der Meisterprüfung, § 7 Abs. 1 HwO.
6. Istkaufmann, Kannkaufmann, Kaufmann kraft Eintragung ins Handelsregister, Scheinkaufmann kraft Auftretens, Formkaufmann.
7. Unter einem Handelsgewerbe ist nach § 1 Abs. 2 HGB jeder Gewerbebetrieb zu verstehen, der kein Kleingewerbe ist („...es sei denn, ...“).
8. Nach § 343 Abs. 1 HGB sind Handelsgeschäfte alle zum Betrieb seines Handelsgewerbes zählenden Geschäfte eines Kaufmannes; § 344 Abs. 1 HGB stellt zudem eine Vermutung für das Vorliegen eines Handelsgeschäftes auf.
9. Nach § 350 HGB kann ein Bürgschaftsversprechen ohne Beachtung der Form des § 766 Satz 1 BGB abgegeben werden,
10. Nein. Die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB setzt ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraus; ein Handelsgeschäft wiederum setzt nach § 343 Abs. 1 HGB die Kaufmannseigenschaft voraus, die hier aus den in der Lösung zu Frage 9 genannten Gründen nicht gegeben ist..
11. Der „Einfirmenvertreter“ ist ein Handelsvertreter, der nur für einen Kaufmann tätig wird. Gesetzlich ist dieser nicht geregelt.
12. Der „Generalvertreter“ ist nicht gesetzlich geregelt, muss also vertraglich vereinbart werden. Es ist i. d. R. ein Handelsvertreter in einem mehrstufigen Handelsvertretersystem.
13. Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt, § 17 Abs. 1 HGB.
14. Firmenwahrheit, -beständigkeit, -unterscheidbarkeit, -einheitlichkeit und -öffentlichkeit.
15. Personenfirma, Sachfirma, Fantasiefirma, Mischformen
16. Es muss ein Zusatz nach Maßgabe von § 19 Abs. Nr.1 HGB geführt werden (eingetragene/-r Kaufmann/-frau etc.).
17. Aus § 23 HGB folgt, dass eine Firma nicht isoliert veräußert werden kann.

# DIPLOMA

Private staatlich anerkannte Hochschule  
University of Applied Sciences

## DIPLOMA Hochschule

### Studienservice

Herminenstraße 17f  
31675 Bückeburg

Tel.: +49 (0)40 228 988 240  
meinstudium@diploma.de  
**diploma.de**



Leseprobe



## Du möchtest mehr erfahren?

Unser aktuelles Studienangebot und weitere Informationen sowie unsere Angebote zur Studienberatung findest Du auf **[www.diploma.de](http://www.diploma.de)**