



Ab dem Hauptstudium
bis zum Referendariat

CRASHKURS

Handels- & Gesellschaftsrecht – MoPeG

- ▶ Inkl. Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)
- ▶ Kompakte Darstellung des materiellen Rechts
- ▶ Prüfungsschemata und Definitionen
- ▶ Aktuelle Rechtsprechungsauswertung
- ▶ Examenstipps

STAND
April 2023
1. Auflage

Herr **Dr. Dirk Schweinberger** ist Assessor und Franchisenehmer des Repetitoriums *Jura Intensiv* in Frankfurt, Gießen, Heidelberg, Mainz und Marburg. Er wirkt seit über 20 Jahren als Dozent des Repetitoriums und ist Redakteur der Ausbildungszeitschrift RA – Rechtsprechungs-Auswertung. In den Skriptenreihen von Jura Intensiv ist er Autor bzw. Co-Autor der Skripte: Strafrecht AT I und II, Strafrecht BT I und II, Irrtumslehre, Arbeitsrecht, Crashkurs Strafrecht, Crashkurs Strafrecht Bayern, Crashkurs Handels- & Gesellschaftsrecht – MoPeG, Crashkurs Arbeitsrecht, Crashkurs Assex Strafurteil, Kompakt Strafrecht, Basis-Fälle Handelsrecht, Basis-Fälle Strafrecht AT, Basis-Fälle Strafrecht BT I und II.

Autor

Dr. Dirk Schweinberger

Verlag und Vertrieb

Jura Intensiv Verlags UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG
Duisburger Straße 95
46535 Dinslaken
info@verlag.jura-intensiv.de
www.verlag.jura-intensiv.de

Druck und Bindung

Druckerei Busch GmbH, Raiffeisenring 31, 46395 Bocholt

ISBN 978-3-96712-127-8

Dieses Skript oder Teile dieses Skriptes dürfen nicht vervielfältigt, in Datenbanken gespeichert oder in irgendeiner Form übertragen werden ohne die schriftliche Genehmigung des Verlages.

© 2023 Jura Intensiv Verlags UG & Co. KG

Inhaltsverzeichnis
CRASHKURS
Handels- & Gesellschaftsrecht – MoPeG

Handelsrecht

Der Kaufmannsbegriff, §§ 1 – 6 HGB

I. Die Kaufleute nach §§ 1 – 3 HGB.....	1
II. Fiktivkaufmann, § 5 HGB.....	4
III. Gesellschaften als Kaufleute	9
IV. Zusammenfassende Übersicht	12

Die Publizität des Handelsregisters, § 15 HGB

I. Das Handelsregister und die Wirkung von Eintragungen im Handelsregister.....	13
II. Die negative Publizität des Handelsregisters, § 15 I HGB.....	14
III. Die Rechtslage bei richtiger Eintragung und Bekanntmachung, § 15 II HGB.....	19
IV. Positive Publizität gem. § 15 III HGB.....	20
V. Vertrauenshaftung im Handelsrecht außerhalb des Handelsregisters.....	22

Die Firma 23

Firmen- und Unternehmensfortführung, § 25 ff. HGB

I. Der Haftungstatbestand des § 25 HGB.....	25
II. Die Nachhaftungsbegrenzung des Veräußerers nach § 26 HGB.....	34
III. Die Haftung des Erben nach § 27 HGB.....	34
IV. Haftung bei „Eintritt“, § 28 HGB.....	35

Die Vertretung des Kaufmanns, §§ 48 ff. HGB

I. Die Prokura (§§ 48 ff. HGB).....	40
II. Die Handlungsvollmacht (§ 54 HGB).....	44
III. Gegenüberstellung von Prokura und Handlungsvollmacht.....	45
IV. Die Vertretungsmacht des Ladenangestellten (§ 56 HGB).....	45

Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

I. Grundlagen.....	47
II. Besondere Klausurprobleme zum KBS.....	49
III. Schweigen auf einen Antrag (§ 362 HGB).....	50

Das Handelsgeschäft, § 343 f. HGB

I. Geschäft = Jedes rechtserhebliche willentliche Verhalten.....	52
II. Kaufmannseigenschaft nach §§ 1-6 HGB.....	52
III. Betriebsbezogenheit.....	52
IV. Arten des Handelsgeschäfts.....	52

Rügeobliegenheit beim Handelskauf, § 377 HGB

I. Vorbemerkung.....	53
II. Sinn und Zweck des § 377 HGB.....	53
III. Voraussetzungen der Rügeobliegenheit.....	53
IV. Inhalt der Rügelast.....	54
V. Rechtsfolgen bei nicht ordnungsgemäßer Rüge.....	57

Weitere Besonderheiten beim Handelskauf

I. Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis, § 366 HGB.....	59
II. Lagergeld, § 354 HGB.....	60
III. Selbsthilfeverkauf, §§ 373, 374 HGB.....	60

Kaufmännische Zinsen 61

Sonderregeln bei Bürgschaften 62

Das Kommissionsgeschäft, § 383 ff. HGB

I. Begriff des Kommissionärs.....	63
II. Die Rechtsbeziehungen.....	63
III. Die Pflichten des Kommissionärs.....	63
IV. Die Rechte des Kommissionärs.....	64
V. Schutzwirkung des § 392 II HGB.....	64

Gesellschaftsrecht – Personengesellschaften

Einführung in das Gesellschaftsrecht	65
---	-----------

Das MoPeG	66
------------------------	-----------

Die unterschiedlichen Personengesellschaften

A. Einleitung	69
B. Gemeinsame Merkmale aller Personengesellschaften	71
C. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)	74
D. Die Offene Handelsgesellschaft (OHG)	75
E. Die Kommanditgesellschaft (KG)	76
F. Übersicht zu den Personengesellschaften im Detail	77
G. Die Partnerschaftsgesellschaft	77
H. Die GmbH & Co. KG	77
I. Abgrenzung der GbR zur bloßen Bruchteilsgemeinschaft	78
J. Abgrenzung der GbR zur Gesamthandsgemeinschaft	79

Die Entstehung der Personengesellschaft

A. Einigung über gemeinsamen Zweck	81
B. Innen- und Außengesellschaft	82

Die Rechtsfähigkeit der Personengesellschaften

A. GbR	85
B. OHG/KG	85

Außenverhältnis: Die Vertretung

A. Vertretung der GbR	86
B. Vertretung der OHG und KG	88
C. Widerspruch gegen Vornahme eines Geschäfts	90
D. Notgeschäftsführung	90

Wissenszurechnung	93
--------------------------------	-----------

Haftung in der Personengesellschaft

A. Haftung der rechtsfähigen Personengesellschaft	94
B. Nicht rechtsfähige GbR (auch: „Innen-Gesellschaft“)	97
C. Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter	97
D. Verhältnis zwischen Gesellschafterhaftung und Gesellschaftsschuld	101

Haftung des Kommanditisten einer KG

A. Nach Eintragung der KG und der Kommanditistenstellung.....	102
B. Vor Eintragung der KG bzw. der Kommanditistenstellung.....	104
C. Haftung bei Kommanditistenwechsel.....	106
D. Haftung in der „Schein-KG“.....	110
E. Personenidentität von Komplementär und Kommanditist.....	110

Das Innenverhältnis in einer Personengesellschaft

A. Ansprüche im Innenverhältnis – Begriffsbildung.....	113
B. Förderungs- und Treuepflicht.....	114
C. Geschäftsführung.....	115
D. Gewinn- und Verlustverteilung, Aufwendungsersatzanspruch.....	118
E. Schadensersatzansprüche innerhalb der Gesellschaft.....	120
F. Die actio pro socio.....	121

Mängel des Gesellschaftsvertrags

A. Der Gesellschaftsvertrag ist von Anfang an nichtig.....	124
B. Der Gesellschaftsvertrag ist bloß anfechtbar.....	126

Eintritt und Ausscheiden von Gesellschaftern

A. Eintritt in die Gesellschaft.....	128
B. Ausscheiden eines Gesellschafters.....	128

Nachfolge bei Tod eines Gesellschafters

A. Rechtslage ohne Nachfolgeregelungen.....	133
B. Nachfolgeregelungen im Gesellschaftsvertrag.....	133
C. Rechte des Erben eines Komplementärs aus § 131 HGB.....	135
D. Haftung bei Vererbung eines Kommanditanteils.....	136

Auflösung, Auseinandersetzung und Beendigung einer Personengesellschaft

A. Grundlagen.....	137
B. Auflösungsgründe.....	137
C. Liquidation / Auseinandersetzung.....	138

Haftung bei Beendigung / Erlöschen einer Personengesellschaft

A. Grundlagen.....	141
B. Voraussetzung des Erlöschens der Gesellschaft und Fristbeginn.....	141
C. Von §§ 739 BGB, 151 HGB erfasste Haftungstatbestände.....	142
D. Unverjährte Gesellschaftsverbindlichkeit.....	142
E. Verjährte Gesellschaftsverbindlichkeit.....	143

Auseinandersetzung bei Auflösung einer Personengesellschaft

A. Grundlagen.....	144
B. Die Ehegatteninnengesellschaft: Ausgleichsansprüche bei Trennung und Scheidung.....	144

Scheingesellschaft / Scheingesellschafter (v.a. Sozietäten)

A. Grundlagen.....	146
B. Scheinsozietät und Scheinsozius: Haftungsfragen.....	146

Unternehmensbezogenes Geschäft 148

Die GmbH & Co. KG

A. Grundlagen.....	149
B. Gründung.....	149
C. Geschäftsführung.....	149
D. Haftung.....	150
E. Vor- und Nachteile.....	150

Die Haftung der Vor-GmbH (= GmbH i.G.)

A. Anspr. gg. GmbH selbst.....	151
B. Anspr. gg. Vor-GmbH.....	151
C. Anspr. gg. Gesellschafter.....	151
D. Anspruch gg. Geschäftsführer.....	152
E. Anspruch gg. Gesellschafter aus § 11 II GmbHG.....	152
F. Achtung Falle.....	152

Der Kaufmannsbegriff, §§ 1 – 6 HGB

Das Handelsrecht ist das Sonderprivatrecht der Kaufleute. Das HGB kommt folglich nur zur Anwendung, wenn Kaufleute am Geschäft beteiligt sind. Grundsätzlich genügt, dass lediglich ein am Geschäft Beteiligter „Kaufmann“ ist (sog. **einseitiges Handelsgeschäft**). Wenn es allerdings wirtschaftlich besonders „gefährlich“ wird, verlangt das HGB, dass beide Geschäftspartner Kaufleute sind (sog. **beiderseitiges Handelsgeschäft**, vgl. §§ 346, 353, 369, 377, 391 HGB).

I. Die Kaufleute nach §§ 1 – 3 HGB

Definition: Kaufmann i.S.d. Gesetzes ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

Gewerbe (keine Legaldefinition, auch nicht in der GewO)

Ein Gewerbe ist jede erlaubte, selbstständige zum Zwecke der Gewinnerzielung vorgenommene nach außen erkennbare Tätigkeit, die planmäßig und für eine gewisse Dauer ausgeübt wird und kein „freier Beruf“ ist. (**Beachte** aber den neuen **§ 107 I 2 HGB** für Personengesellschaften!)

- **Freie Berufe**, also kein Gewerbe sind z.B.: Anwalt, § 2 BRAO, Arzt, § 1 II BundesärzteO, § 1 IV ZahnheilkundeG, Steuerberater, § 1 II SteuerBerG; vgl. die Aufzählung in § 1 II PartGG.
- Die Tätigkeit muss **planmäßig** betrieben werden und auf eine **gewisse Dauer angelegt** sein. Es kommt darauf an, ob sie auf eine *unbestimmte Vielzahl von Geschäften* gerichtet ist. Derjenige, der nur gelegentlich selbstständig am Markt auftritt, betreibt kein Gewerbe. Wer manchmal bei eBay nicht mehr benötigte Gegenstände anbietet, wird dadurch nicht zum Gewerbetreibenden.
- Das Merkmal der **Selbstständigkeit** soll Gewerbetreibende von **Arbeitnehmern** abgrenzen.
- Dass ein Gewerbe „**erlaubt**“ sein muss, meint nicht eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis, da hiervon die Kaufmannseigenschaft gem. § 7 HGB gerade nicht abhängt. Vielmehr geht es um die Ausgrenzung der von der Rechtsordnung geächteten „Gewerbe“, z.B. Hehler, Waffenschieber, Rauschgifthändler.
- Nach herkömmlicher Auffassung (**st. Rspr.**) ist die **Gewinnerzielungsabsicht** für den Gewerbebegriff konstitutiv. Es kommt aber nur auf die Absicht der Gewinnerzielung an, nicht darauf, ob tatsächlich Gewinne gemacht werden. Unzureichend ist die Absicht, lediglich Kostendeckung oder gemeinnützige Zwecke zu erreichen; in diesen Fällen soll kein Gewerbe vorliegen. Insbesondere unterfallen öffentliche Unternehmen, die überwiegend Leistungsaufgaben erfüllen, damit nicht dem HGB. Nach **a.A.** wird das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht durch das Erfordernis einer entgeltlichen Tätigkeit am Markt ersetzt. Die Gewinnerzielungsabsicht als rein unternehmensinterne Tatsache vermöge eine unterschiedliche rechtliche Behandlung im Geschäftsverkehr nicht zu rechtfertigen (Baumbach/Hopt/Merkt, § 1 Rn 16; Müller, JA 2021, 454, 455).

- Wenn eine „kaufmännische Einrichtung“ erforderlich ist, also ein **Handelsgewerbe** betrieben wird, ist der Gewerbetreibende automatisch sog. Istkaufmann, § 1 HGB. Die Eintragung im Handelsregister gem. § 29 HGB wirkt in diesem Fall nur deklaratorisch.
- Wenn ein **Kleingewerbe** betrieben wird, ist der Gewerbetreibende zunächst kein Kaufmann, kann sich aber freiwillig für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft entscheiden. In diesem Fall wird er mit der Eintragung im Handelsregister sog. Kannkaufmann, § 2 HGB. Die Eintragung im Handelsregister wirkt in diesem Fall konstitutiv, also rechtsbegründend.

Merke: § 2 HGB hat ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal:
Die freiwillige und bewusste Unterwerfung des Kleingewerbetreibenden unter das Kaufmannsrecht.

Problem: Wann ist eine kaufmännische Einrichtung erforderlich?

Mit der Formulierung „es sei denn“ in § 1 II HGB wird demjenigen, der behaupten will, dass ein Gewerbetreibender nicht Kaufmann ist, dafür die **Darlegungs- und Beweislast** auferlegt.

Klausurhinweis:

Ergibt sich aus einem Sachverhalt nur, dass eine Person ein Gewerbe betreibt, so ist sie Kaufmann. Lediglich dann, wenn der Sachverhalt Angaben enthält, die zweifelhaft erscheinen lassen, ob nach Art und Umfang ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist, ist dies zu überprüfen

Als **Kriterien** können herangezogen werden:

Hinsichtlich der **Art des Geschäftsbetriebs** die Vielfalt des Geschäftsgegenstandes; die Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge; die Inanspruchnahme von Kredit- und Teilzahlungen; erhebliche Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr; der Umfang der Geschäftskorrespondenz; die Art und Weise der betrieblichen Organisation.

Hinsichtlich des **Umfangs des Geschäftsbetriebs** das Umsatzvolumen (§ 241a HGB [600.000 € Umsatz] als Indiz), die Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens; die Anzahl der Betriebsstätten und deren Größe; die Anzahl der Beschäftigten; die Lohnsumme.

Die genannten Kriterien sind nur Anhaltspunkte, letztlich entscheidend ist die Würdigung des Gesamtbildes des gewöhnlichen Geschäftsablaufes in dem betroffenen Gewerbebetrieb.

Sofern eine der beiden Voraussetzungen (Art oder Umfang) nicht gegeben ist, liegt kein Handelsgewerbe vor.

Definition: **Handelsgewerbe** ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

Merke: Damit sind also drei Elemente für ein **kaufmännisches Unternehmen** kennzeichnend: Es muss sich um ein gewerbliches Unternehmen handeln, eine kaufmännische Einrichtung erforderlich sein und schließlich ist entscheidend, wer das Handelsgewerbe betreibt.

Wer ein Handelsgewerbe betreibt, **ist** folglich gem. § 1 HGB automatisch **Kaufmann**. Der Kleingewerbetreibende **kann** sich gemäß **§ 2 HGB** zum Erwerb der Kaufmannseigenschaft entschließen und unterwirft sich somit freiwillig dem gesamten Kaufmannsrecht. Der Kannkaufmann kann seine Eintragung gem. § 2 S. 3 HGB rückgängig machen, solange er noch ein Kleingewerbe betreibt („Rückfahrchein“). Allerdings gilt diese Lösung natürlich nur ex nunc, also für die Zukunft.

Folgende Aspekte können für oder gegen die Eintragung gem. § 2 HGB sprechen:

Pro Eintragung	Zweischneidig	Contra Eintragung
<ul style="list-style-type: none"> ▶ Berufung auf Grundsatz der Entgeltlichkeit (§ 354 I HGB) ▶ „Strahlkraft“ des Handelsregisters ▶ Akzeptanz als Vertragspartner durch andere Kaufmänner 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Rügepflicht (§ 377 HGB) ▶ Zinssatz und Fälligkeitszinsen (§§ 352, 353 HGB) ▶ Zurückbehaltungsrecht (§ 363 HGB) ▶ Kontokorrent (§ 355 HGB) 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Schutzverlust (§§ 348 - 350 HGB) ▶ Eintragungspflichten ▶ Vertrauenshaftung aufgrund von Registereintragungen (§ 15 HGB) ▶ Strafrechtliche Risiken (§§ 283 ff. StGB) ▶ Strengere Sorgfaltsanforderungen (§ 347 HGB)

Der Bereich der **Land- und Forstwirtschaft** (sog. „Urproduktion“) ist aus dem Anwendungsbereich des § 1 HGB herausgenommen. Auch hier gilt, dass sich der Land-/Forstwirt freiwillig dem Kaufmannsrecht unterwerfen kann. Er ist dann ebenfalls sog. „**Kannkaufmann**“ gem. § 3 HGB. Die Eintragung im Handelsregister wirkt in diesem Fall konstitutiv, also rechtsbegründend.

Die Eintragung kann im Fall des § 3 II HGB nur rückgängig gemacht werden, wenn der Betrieb keiner kaufmännischen Einrichtung mehr bedarf.

Beispiel: A erbt einen ca. 4 Hektar großen stillgelegten Bauernhof. Er errichtet in der stillgelegten Scheune eine moderne Legestätte mit ca. 150.000 Hühnern. Die Küken werden nicht selbst ausgebrütet, sondern zugekauft, ebenso das Futter. Muss sich A gem. § 29 als Kaufmann ins Handelsregister eintragen lassen?

Lösung: „Eigentlich“ betreibt A gem. § 1 I HGB ein Handelsgeschäft.

Es könnte aber der Ausschluss des § 1 HGB wegen Betreibens eines landwirtschaftlichen Betriebs eingreifen, § 3 I HGB.

Zwar erfolgt eine Gewinnung und Verwertung pflanzlicher oder tierischer Rohstoffe, aber keine Ausnutzung des Bodens. Die Landwirtschaft muss dem Unternehmen das

Gepräge geben. Zur Landwirtschaft werden auch Erzeugnisse tierischer Produkte wie Fleisch, Milch und Eier aus eigener Bodennutzung gezählt. In der Regel ist dabei auch ein branchenüblicher Zukauf unschädlich; nicht aber, wenn hauptsächlich gekauftes Futter und/oder fremde Erzeugnisse verarbeitet werden.

Fazit: Der Bodenertrag ernährt die Küken nicht, also scheidet § 3 I HGB aus.

Die Pflicht zur Anmeldung zum Handelsregister gem. § 29 HGB besteht.

Merke: Kaufmann ist stets nur der **Betreiber**, in dessen Namen der Gewerbebetrieb ausgeübt wird. Nicht also z.B. der Prokurist oder der Insolvenzverwalter.

II. Fiktivkaufmann, § 5 HGB

Die zügige Geschäftsabwicklung im Handelsverkehr würde leiden, wenn die Kaufmannseigenschaft des Geschäftspartners jeweils besonders nachgeprüft werden müsste. Erwägungen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes können es daher notwendig machen, dass auch solche Personen als Kaufleute behandelt werden, die es „eigentlich“ nicht sind.

1. Kaufmann gem. § 5 HGB

§ 5 HGB stellt im Interesse der Rechtssicherheit die unwiderlegliche Vermutung auf, dass die im Handelsregister eingetragenen Gewerbetreibenden Kaufleute sind. Auch in diesem Fall hat die Eintragung im Handelsregister eine konstitutive Wirkung.

Problem: Abgrenzung von § 2 und § 5 HGB

Nach wohl h.M. greift § 5 HGB vor allem ein, wenn ein **Handelsgewerbe** nach der Eintragung gem. § 1 II HGB **zu einem Kleingewerbe herabsinkt**. Da die verpflichtende Anmeldung gem. §§ 29 i.V.m. 1 II HGB nicht zugleich die für den Antrag nach § 2 HGB erforderliche **Willenserklärung** enthält, sich freiwillig dem Kaufmannsrecht zu unterwerfen, sind die Voraussetzungen der Kaufmannsstellung gem. § 2 HGB (trotz des insoweit weiten Wortlauts von § 2 S. 1 HGB) nicht erfüllt. Dies ergibt sich aus dem Gegensatz zwischen der Erfüllung einer rechtlichen Pflicht (im Fall des § 29 i.V.m. § 1 II HGB) und der Verwirklichung einer freien Entscheidung (im Fall des § 2 HGB).

Beispiel zu § 2 HGB: Der Kleingewerbetreibende K will unbedingt von Kaufmann M beliefert werden. M akzeptiert aber nur Kaufleute als Vertragspartner. K unterwirft sich deshalb durch Eintragung als Kaufmann in das Handelsregister dem Kaufmannsrecht und wird dadurch sog. Kann-Kaufmann.

Beispiel § 5 HGB: Der Großgewerbetreibende G ist als Kaufmann im Handelsregister eingetragen. Nach einigen Jahren laufen die Geschäfte des G immer schlechter und sein Betrieb sinkt auf das Niveau eines Kleingewerbes herab. G kümmert sich nicht um die weiterhin bestehende Eintragung und ist folglich Fiktivkaufmann („Kaufmann Kraft Eintragung“).

Nach der **Gegenauffassung** unterfallen beide Beispiele dem § 2 HGB. Die Fiktion eines Handelsgewerbes gem. § 2 S. 1 HGB hänge nicht davon ab, auf Grund welcher Art von Anmeldung es zu diesem Zustand gekommen sei (Anmeldung eines Handelsgewerbes gem. § 29 HGB oder Anmeldung eines Kleingewerbes gem. § 2 S. 2 HGB). Die Anmeldung nach § 2 S. 2 HGB sei – wie die Anmeldung des Istkaufmanns nach §§ 1 II, 29 HGB – eine reine Verfahrenshandlung ohne den Charakter einer Willenserklärung (EBS/Kindler, § 5 Rn 13).

Klausurhinweis:

Im Ergebnis ist es damit in der Klausur „egal“, ob sich die Kaufmannsstellung aus § 2 HGB oder § 5 HGB ergibt. Deshalb kann man in einer Klausur diese Frage auch i.d.R. dahinstehen lassen.

Praktische Konsequenz: Der zum Kleingewerbetreibenden „herabgesunkene“ Unternehmer steht zu Recht im Handelsregister, wenn man § 2 HGB anwendet. Eine Amtslöschung ist – anders als in den Fällen des § 5 HGB – nicht veranlasst (EBS/Kindler, § 5 Rn 15).

Anerkannt ist die Anwendung von § 5 HGB, wenn eine **Eintragung ohne wirksame Anmeldung** erfolgt ist, z.B. beim Übersehen eines Widerrufs der Anmeldung durch das Registergericht. Diese Fälle werden von § 2 HGB nicht mehr erfasst, weil dort eine Anmeldung zwingend vorausgesetzt ist (EBS/Kindler, § 5 Rn 16); solche Fälle sind eher selten.

2. Der nicht eingetragene Scheinkaufmann (§ 5 HGB analog i.V.m. § 242 BGB)

Die Kaufmannseigenschaft oder das Bestehen einer Handelsgesellschaft kann auch auf andere Weise vorgetäuscht werden als durch unrichtige Registereintragungen. Hier gilt der gewohnheitsrechtliche Satz: Wer im Rechtsverkehr als Inhaber oder Mitinhaber eines kaufmännischen Unternehmens auftritt, muss sich – soweit Treu und Glauben es erfordern – im Geschäftsverkehr Gutgläubigen gegenüber als solcher behandeln lassen.

Die **Lehre vom Scheinkaufmann** ist im Verhältnis zu §§ 2, 5 HGB und § 15 I, III HGB **subsidiär** (Müller, JA 2021, 454, 460).

a) Voraussetzungen:

- aa) Zurechenbares Setzen eines Rechtsscheins
- bb) Ursächlichkeit (Vertrauen auf den Rechtsschein)
- cc) Gutgläubigkeit des Vertragsgegners („Vertrauendürfen“)
- dd) Verkehrsgeschäft

aa) Zurechenbares Setzen eines Rechtsscheins

Verschulden ist nicht erforderlich. Ein einmal gesetzter Rechtsschein dauert fort, wird aber im Laufe der Zeit schwächer.

Beispiel: Führen einer Firma, Bezeichnung eines Handlungsgehilfen als „Prokurist“.

Keinesfalls darf der Rechtsschein allein durch die zu beurteilende und die Kaufmannseigenschaft voraussetzende Rechtshandlung begründet werden, da sonst ein Zirkelschluss gegeben wäre (Jung, Kap. 2 Rn 41). Vielmehr muss zuerst der Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft gesetzt worden sein und die Rechtshandlung entweder danach oder gleichzeitig vorgenommen worden sein.

Einführung in das Gesellschaftsrecht

Der Gesetzgeber hat durch das am 1.1.2024 in Kraft tretende Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (**MoPeG**) das **Personengesellschaftsrecht** – endlich – neu strukturiert.

Neben inhaltlichen Änderungen und Klarstellungen hat dies im Recht der GbR und der OHG dazu geführt, dass sich fast alle bisherigen Paragraphen geändert haben. In der 1. Auflage dieses Skripts werden **die bisherigen Paragraphen i.d.R. in eckigen Klammern** angegeben. Dies erfolgt jedoch nicht durchgängig. Vor allem, wenn in einem Abschnitt der gleiche Paragraph mehrfach auftaucht, wird der bisherige Paragraph i.d.R. nur einmal aufgeführt, gerade auch um die Lesbarkeit zu erleichtern.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden „GbR“) ist die Grundform der Personenhandelsgesellschaften OHG und KG (vgl. §§ 105 III, 161 II HGB). Dem wird die Gesetzeslage nunmehr endlich gerecht. Das Recht der GbR wurde zum „allgemeinen Teil“ des Personengesellschaftsrechts ausgebaut. Die Regelungen zu OHG und KG beschränken sich demgegenüber darauf, einerseits Abweichungen vom Recht der GbR zu regeln (vor allem als Folge des Umstands, dass OHG und KG Handelsgesellschaften, also Kaufleute, sind). Andererseits werden wichtige Grundprinzipien in den §§ 105 ff. HGB teilweise wiederholt, um eine zusammenhängende Regelung im HGB zu ermöglichen.

Der Fokus beim Lernen:

In der Regel geht es bei Klausuren aus dem Bereich des Gesellschaftsrechts um die folgenden Themenbereiche:

- Ist die Gesellschaft wirksam vertreten worden?
- Kann der Gesellschaft Wissen oder Verschulden zugerechnet werden?
- Wer haftet externen Gläubigern neben der Gesellschaft?
- Kann ein Gesellschafter, der einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat, hierfür Ersatz im Innenverhältnis verlangen?

Auch wenn das vorliegende Skript sich nicht auf diese Themen beschränkt, sollten Sie auf diese Punkte stets den primären Fokus beim Lernen legen. Bei diesen „Standards“ werden Fehler nämlich vom Prüfer nicht verziehen.

Die unterschiedlichen Personengesellschaften

A. Einleitung

I. Rechtsformzwang

Wer eine Gesellschaft gründen will, muss sich aus dem „Angebot“ des Gesetzgebers bedienen.

Merke: Es ist nicht möglich, im Wege der Privatautonomie, eigene Gesellschaftsformen zu erfinden. Man nennt dies den **numerus clausus der Gesellschaftsformen** oder auch **Rechtsformzwang**.

Dadurch kann es den Fall der „**Rechtsformverfehlung**“ geben. Das bedeutet entweder, dass die Gesellschafter objektiv eine Gesellschaft gegründet haben, obwohl ihnen dies gar nicht bewusst war, oder dass sie objektiv eine andere Gesellschaft gegründet haben, als sie dies eigentlich wollten.

Klausurhinweis:

Hier liegen häufig Probleme, weil Prüflinge entweder selbst nicht realisieren, dass „eigentlich“ z.B. eine GbR vorliegt, oder weil eine im Sachverhalt geschilderte Aussage einer Person („Wir sind eine GmbH in Gründung.“) ungeprüft übernommen wird.

Maßgeblich ist die objektive Sachlage und nicht die subjektive Einschätzung der Rechtslage durch die Gesellschafter. Das kann zu massiven Haftungsrisiken führen, wenn z.B. eine Rechtsform falsch eingeschätzt wird und deshalb wegen falscher Bezeichnung (Firmierung) eine Rechtsscheinhaftung begründet wird oder wenn z.B. „unbewusst“ eine kaufmännische Gesellschaft gegründet wurde, die das Kaufmannsrecht beachten muss.

Beispiel: A und B gründen einen großen Versandhandel. Dabei meinen Sie, dass sie nur durch eine Registereintragung kaufmännisch werden. Diese Eintragung schieben sie aber auf, weil sie erst etwas Erfahrung sammeln wollen, bevor sie sich dem Kaufmannsrecht unterwerfen.

Gem. §§ 105 I, 123 I 2, 107 I [bisher: 123 II] HGB i.V.m. § 1 HGB stellt der Versandhandel eine sog. „Ist-OHG“ dar. Auf diese Handelsgesellschaft findet gem. § 6 I HGB Kaufmannsrecht Anwendung. Mithin müssen A und B z.B. die Regeln über die kaufmännische Rügepflicht gem. § 377 HGB beachten, auch wenn ihnen das nicht bewusst ist.

Merke: Der Rechtsformzwang führt auch dazu, dass es einen **Formwechsel durch rein tatsächliche Umstände** geben kann.

Beispiel 1: A und B gründen einen kleinen Versandhandel, der zunächst eher hobbymäßig betrieben wird. Das Geschäft entwickelt sich jedoch so gut, dass beide ihre Jobs kündigen, ihr Hobby zum Beruf machen und einen Groß-Versand aufbauen.

Hier ist aus der ursprünglichen – nicht eingetragenen aber rechtsfähigen (vgl. § 705 III BGB) – GbR gem. §§ 105 I, 123 I 2, 107 I [bisher: 123 II] HGB i.V.m. § 1 HGB eine Ist-OHG geworden; sog. „**Aufstieg**“ der GbR zur Ist-OHG.

Beispiel 2: A und B gründen einen kleinen Versandhandel, der zunächst eher hobbymäßig betrieben wird. Dennoch entschließen sie sich, die Gesellschaft als „eGbR“ im Gesellschaftsregister eintragen zu lassen. Das Geschäft entwickelt sich schließlich so gut, dass beide ihre Jobs kündigen, ihr Hobby zum Beruf machen und einen Groß-Versand aufbauen.

Auch hier ist aus der ursprünglichen – eingetragenen und rechtsfähigen – eGbR gem. §§ 105 I, 123 I 2, 107 I [bisher: 123 II] HGB i.V.m. § 1 HGB eine Ist-OHG geworden („**Aufstieg**“ der eGbR zur Ist-OHG). Der Umstand, dass die Gesellschaft noch als „eGbR“ im Gesellschaftsregister eingetragen ist, ändert hieran gem. § 707a III 1 BGB nichts. Denn das Fehlen der Kaufmannseigenschaft der als „eGbR“ eingetragenen Gesellschaft nimmt hiernach nicht an der Publizitätswirkung des Gesellschaftsregisters teil. § 15 I, II HGB findet also insoweit keine Anwendung.

Auszug aus der MoPeG-Gesetzesbegründung: § 707a III 1 BGB ordnet die entsprechende Anwendung der Publizitätsvorschriften des § 15 HGB auch auf das Gesellschaftsregister an. Aus der Eintragung einer Gesellschaft im Gesellschaftsregister als „GbR“ kann und darf der Teilnehmer im Rechtsverkehr jedoch nicht schließen, dass die Gesellschaft in dieser Rechtsform auch (fort-)besteht. Vielmehr wandelt sich eine GbR kraft Rechtsformzwangs unabhängig von dem Willen ihrer Gesellschafter und außerhalb des Umwandlungsgesetzes **identitätswährend** in eine OHG um und ist fortan als Kaufmann zu behandeln, sobald ihr Zweck darauf gerichtet ist, ein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 II HGB zu betreiben. Ob und inwieweit eine ein Handelsgewerbe betreibende Gesellschaft einem Dritten nach § 15 I HGB entgegengehalten kann, sie habe als OHG Kaufmannseigenschaft, während das Gesellschaftsregister sie noch als GbR ausweist, erscheint mit Blick auf § 15 II HGB zweifelhaft. Um die Zweifel auszuräumen, ob sich die Regelungen hier im Sinne einer Meistbegünstigungstheorie gegenseitig aufheben, war daher gesetzlich klarzustellen, dass das Fehlen der Kaufmannseigenschaft der als „GbR“ eingetragenen Gesellschaft nicht an der Publizitätswirkung des Gesellschaftsregisters teilnimmt. § 707a III 2 BGB stellt weiter klar, dass die Pflicht nach § 106 I HGB, die Gesellschaft als „offene Handelsgesellschaft“ zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, in jedem Fall (fort-) besteht.

Merke: Der Formwechsel berührt nicht die Identität der Gesellschaft. Bzgl. des Gesellschaftsvermögens und der Vertragsbeziehungen sind also keine Übertragungsakte nötig. **Es liegt beim „identitätswährenden Formwechsel“ weder ein Fall des § 25 HGB, noch des § 28 HGB vor. Auch ist arbeitsrechtlich kein Betriebsübergang nach § 613a BGB gegeben.**

II. Allgemeiner und Besonderer Teil des Personengesellschaftsrechts

Die Regelungen der §§ 705 ff. BGB stellen den „allgemeinen Teil des Personengesellschaftsrechts“ dar. Hierauf aufbauend (vgl. § 105 III HGB) regeln die §§ 105 ff. HGB die besondere Personenhandels-gesellschaft der „offenen Handelsgesellschaft“ (OHG) und – gem. § 161 II HGB wiederum hierauf aufbauend – die §§ 161 ff. HGB die besondere Personenhandels-gesellschaft der Kommanditgesellschaft (KG).

Mithin sind die §§ 705 ff. BGB auch auf die OHG und die KG anwendbar, wenn sich im HGB insoweit keine vorrangigen Spezialregelungen finden. Insgesamt sind damit zunächst die folgenden **rechtsfähigen Personengesellschaften** zu unterscheiden:

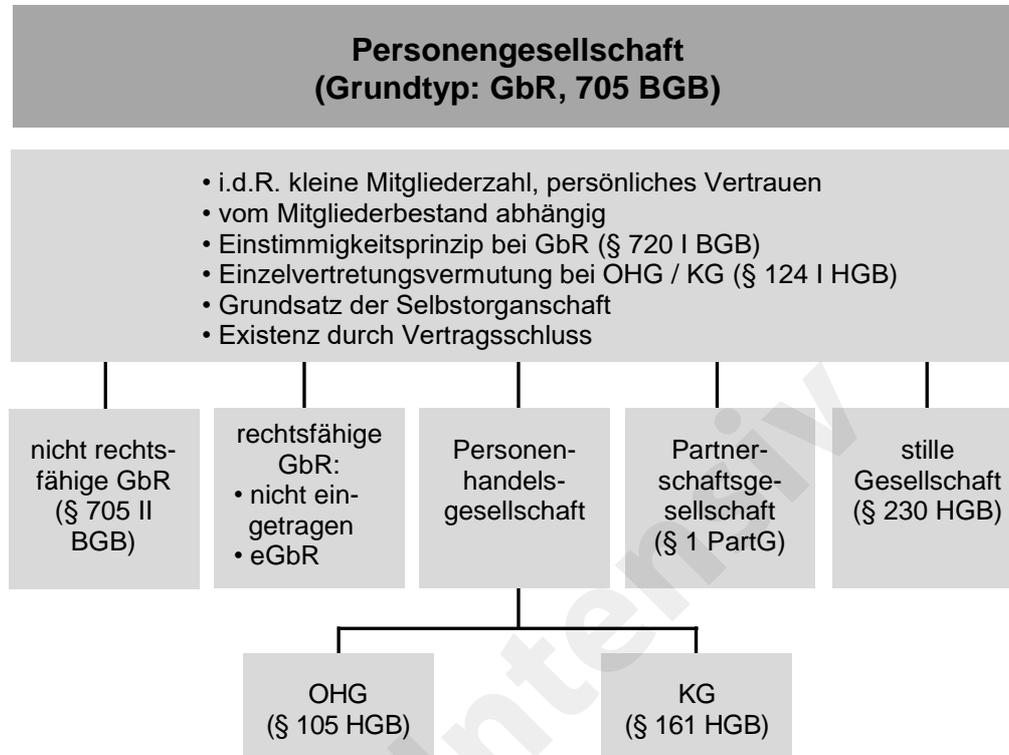
Beispiele: GbR: A und B betreiben gemeinsam einen kleinen Handel mit Briefmarken und fahren gemeinsam viermal im Jahr auf einen „Sammlertag“, wo sie jeweils Umsätze in Höhe von maximal 2.000 € erzielen (vgl. § 705 III BGB).

eGbR: Wie oben, jedoch ist die Eintragung in das Gesellschaftsregister erfolgt.

OHG: A und B betreiben gemeinsam einen Großgetränkehandel.

KG: A, B und K betreiben gemeinsam einen Großgetränkehandel. A und B führen die Geschäfte, wohingegen K sich nur mit einer Geldeinlage i.H.v. 50.000 € beteiligt hat und dafür einen fixen Gewinnanteil erhält.

III. Übersicht zu den Personengesellschaften



B. Gemeinsame Merkmale aller Personengesellschaften

I. Mindestkapital

Für die Gründung einer Personengesellschaft ist **kein Mindestkapital** erforderlich, denn in jeder Personengesellschaft gibt es Gesellschafter, die **persönlich** und ohne Einschränkung mit ihrem gesamten Vermögen für alle Verpflichtungen der Gesellschaft **haften**. Es zählt der „gute Name“ der Gesellschafter. Eine „Pleite“ der Gesellschaft kann aber auch mit der Insolvenz der persönlich haftenden Gesellschafter einhergehen.

Dies ist der zentrale Unterschied zu den **Kapitalgesellschaften**, z.B. GmbH und AG. Hier haften die Gesellschafter im Regelfall nicht persönlich, sondern alleine die Gesellschaft als juristische Person. Deshalb muss sie durch Stammeinlagen (bzw. Aktien) kapitalisiert werden.

II. Grundsatz der Selbstorganschaft

Definition: Zur Geschäftsführung zählen alle Tätigkeiten gleich ob tatsächlicher oder rechtlicher Natur, die der Förderung des Gesellschaftszwecks dienen.

Merke: Die Geschäftsführung einer Personengesellschaft kann nicht vollständig auf einen außenstehenden Dritten delegiert werden, sie obliegt den persönlich haftenden Gesellschaftern (**Grundsatz der Selbstorganschaft**).
Wer haftet, muss auch entscheiden können.

Das bedeutet nicht, dass es verboten ist, z.B. bei OHG und KG einen Prokuristen zu bestellen, der **neben** den Gesellschaftern die Gesellschaft vertreten kann. Es darf lediglich keine Regelung getroffen werden, bei welcher ohne einen externen Dritten keine Entscheidungen mehr getroffen werden können.

Beispiel: Die AB-OHG hat noch einen Prokuristen, den P. Eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, wonach die OHG entweder durch A & P oder durch B & P vertreten wird, wäre unzulässig. Zulässig wäre es aber, wenn zusätzlich auch noch die Vertretung durch A & B vorgesehen wäre.

Hier findet sich ein weiterer Unterschied zu den **Kapitalgesellschaften** GmbH und AG. Der GmbH-Geschäftsführer muss kein Gesellschafter sein und der Vorstand der AG muss keine Aktien besitzen. Insofern gilt der Grundsatz der **Fremdorganschaft**.

III. Geringe formale Anforderungen

Die Gründung einer Personengesellschaft unterliegt schließlich nur **geringen formellen Anforderungen**. So kann eine Personengesellschaft auch bereits dadurch entstehen, dass mehrere Personen gemeinsam handeln und dadurch einen formfreien **konkludenten Gesellschaftsvertrag** abschließen.

Auch hier besteht ein weiterer Unterschied zu den **Kapitalgesellschaften** GmbH und AG. Der Gesellschaftsvertrag (bzw. die Satzung) muss notariell beurkundet werden, § 2 I 1 GmbHG, § 23 I 1 AktG, und die Gesellschaft entsteht erst mit Eintragung in das Handelsregister, §§ 7 I, 11 I GmbHG, §§ 36, 37 AktG.

Bei den Personengesellschaften gilt allerdings eine **Ausnahme**: Enthält der Gesellschaftsvertrag ein **formbedürftiges Leistungsversprechen**, bedarf der ganze Vertrag der entsprechenden Form. Beispiele sind die §§ 311b I 1, II, 518 I BGB, wobei an die Heilungsvorschriften der §§ 311b I 2, 518 II BGB zu denken ist.

Klausurhinweis:

Merken Sie sich in diesem Kontext: Die Formvorschrift darf durch die Anwendung der Grundsätze zur fehlerhaften Gesellschaft nicht umgangen werden!

IV. Persönliche Haftung

Die Personengesellschaften sind durch die unbeschränkte persönliche Haftung ihrer Gesellschafter geprägt, vgl. § 721 S. 1 BGB und § 126 S. 1 HGB [bisher: § 128 S. 1 HGB (analog)]. Eine Ausnahme gilt insoweit für die Kommanditisten einer KG, die nur bis zur Höhe ihrer Haftsumme haften, § 171 I HGB.

V. Zweckförderung

Die Gesellschafter verpflichten sich, den **gemeinsamen Zweck zu fördern**, § 705 I BGB. Dies geschieht auch und vor allem durch die Leistung der vertraglich vereinbarten **Beiträge**, § 709 I [bisher: § 705 I] BGB.

Merke: Es gibt keine beitragsfreie Gesellschaft.

Das Crashkursskript richtet sich an Examenskandidaten und Referendare und vermittelt kompakt das materielle Recht. Es dient dem schnellen Wiederholen des Examenswissens und gibt einen Überblick über die essenziellen Examensthemen, die in der Klausur und der mündlichen Prüfung immer präsent sein müssen.

Das komplette Skript ist auf das MoPeG umgestellt. Für diejenigen, die vom alten auf das neue Recht umlernen müssen, sind die bisherigen Paragraphen in eckigen Klammern ergänzend aufgeführt. Das vereinfacht die Verknüpfung von vorhandenem und neuem Wissen.

- ▶ Kompakte Darstellung des materiellen Rechts
- ▶ Prüfungsschemata und Definitionen
- ▶ Aktuelle Rechtsprechungsauswertung
- ▶ Examenstipps

In dieser **Crashkurs-Reihe** sind erhältlich:

- | | | |
|---|--|-----------------------|
| ▶ Zivilrecht | ▶ Öffentliches Recht (länderspezifisch): | |
| ▶ Strafrecht | • Baden-Württemberg | • Niedersachsen |
| ▶ Strafrecht Bayern | • Bayern | • Nordrhein-Westfalen |
| ▶ Arbeitsrecht | • Berlin | • Rheinland-Pfalz |
| ▶ Handels- &
Gesellschaftsrecht –
MoPeG | • Brandenburg | • Saarland |
| | • Bremen | • Sachsen |
| | • Hamburg | • Sachsen-Anhalt |
| | • Hessen | • Thüringen |

ISBN 978-3-96712-127-8

