

Prof. Dr. Peter Raisch  
Dr. G. Milanovic  
Dr. L. Gudera  
Dr. M. Neufang

# Modul 31881

## Das Außenrecht der Unternehmen

Kurs 41861  
Handelsrecht  
Teil 1

### LESEPROBE

Fakultät für  
**Wirtschafts-**  
**wissenschaft**

---

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 (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>0</b> | <b>Vorbemerkungen</b>   | <b>1</b>  |
| 0.1      | Lehrziele   | 1         |
| 0.2      | Literatur   | 1         |
| 0.2.1    | Lehrbücher des Handelsrechts  | 1         |
| 0.2.2    | Fallsammlungen  | 2         |
| 0.2.3    | Kommentare  | 2         |
| <b>1</b> | <b>Das Handelsrecht: Definition, Abgrenzung zum Bürgerlichen Recht</b>  | <b>4</b>  |
| 1.1      | Handelsgesetzbuch (HGB) als positiv-rechtlicher Befund eines Handelsrechts in der Bundesrepublik Deutschland        | 4         |
| 1.2      | Abgrenzung einer Lehrdisziplin „Handelsrecht“   | 4         |
| 1.3      | Verhältnis Handelsrecht zum Bürgerlichen Recht  | 5         |
| 1.3.1    | Handelsrecht als Sonderrecht für Kaufleute  | 5         |
| 1.3.2    | Ausländisches Handelsrecht  | 7         |
| 1.4      | Zur Geschichte der Handelsrechtskodifikation in Deutschland   | 8         |
| 1.4.1    | Gründe für die Entstehung besonderer Vorschriften für Kaufleute   | 8         |
| 1.4.2    | Das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794  | 9         |
| 1.4.3    | Das ADHGB von 1861 als Nachfolger des preußischen ALR von 1794  | 10        |
| 1.4.4    | Das HGB von 1900 - Beibehaltung eines „großen“ HGB  | 11        |
| 1.4.5    | Weiterführende Literaturhinweise  | 13        |
| 1.5      | Rechtsquellen des Handelsrechts   | 14        |
| 1.5.1    | HGB wichtigste Rechtsquelle für das hier behandelte Thema   | 14        |
| 1.5.2    | Außerhalb des HGB stehende handelsrechtliche Gesetze  | 15        |
| 1.5.3    | Nicht primär handelsrechtliche Gesetze mit sich auf Kaufleute auswirkenden Normen                                   | 15        |
| 1.5.4    | Internationales Handelsrecht  | 16        |
| 1.5.5    | Handelsgewohnheitsrecht als Rechtsquelle?   | 17        |
| 1.5.6    | Handelsgerichtsbarkeit  | 18        |
| <b>2</b> | <b>Der Kaufmann nach §§ 1 ff. HGB</b>   | <b>20</b> |
| 2.1      | Kaufmannsbegriff  | 20        |
| 2.2      | Betreiber eines (Handels-) Gewerbes nach § 1 Abs. 1 HGB   | 20        |
| 2.2.1    | Gewerbebegriff  | 20        |
| 2.3      | Der Ist-Kaufmann gem. § 1 HGB   | 29        |
| 2.3.1    | Erfordernis eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes nach § 1 Abs. 2 HGB | 29        |

---

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| 2.3.2    | § 1 Abs. 2 HGB als Beweislastregel  | 30        |
| 2.4      | Der Kann-Kaufmann gem. §§ 2, 3, 105 Abs. 2 HGB  | 31        |
| 2.4.1    | Der Kann-Kaufmann gem. § 2 HGB  | 31        |
| 2.4.2    | Land- und Forstwirte als Kannkaufleute  | 35        |
| 2.4.3    | Teilweise Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf bestimmte Kleingewerbetreibende: Teilkauflleute | 39        |
| 2.5      | Der Fiktiv-Kaufmann gem. § 5 HGB  | 39        |
| 2.6      | Kauflleute kraft Rechtsform, § 6 HGB  | 41        |
| 2.7      | Betreiber eines Handelsgewerbes   | 41        |
| 2.7.1    | Betreiber: wer im eigenen Namen handelt   | 41        |
| 2.7.2    | Betreiber bei Gesellschaften  | 42        |
| 2.7.3    | Betreiber in erbrechtlichen Fällen  | 43        |
| 2.8      | Der „Scheinkaufmann“: eine bedenkliche Erfindung  | 45        |
| 2.9      | Übersicht Kauflleute  | 47        |
| <b>3</b> | <b>Das Handelsregister</b>  | <b>48</b> |
| 3.1      | Allgemeines   | 48        |
| 3.2      | Einteilung des Handelsregisters   | 48        |
| 3.3      | Die Eintragungen ins Handelsregister  | 49        |
| 3.3.1    | Allgemeines   | 49        |
| 3.3.2    | Konstitutive oder nur deklaratorische Eintragungen  | 49        |
| 3.4      | Die Publizität des Handelsregisters   | 51        |
| 3.4.1    | Negative - positive Publizität  | 51        |
| 3.4.2    | Die negative Publizität gem. § 15 Abs. 1 und 2 HGB  | 52        |
| 3.4.3    | Die positive Publizität des § 15 Abs. 3 HGB   | 56        |
| <b>4</b> | <b>Die Firma</b>  | <b>63</b> |
| 4.1      | Begriff   | 63        |
| 4.2      | Firmenbildung   | 64        |
| 4.2.1    | Firmenkern (§ 18 Abs. 1 HGB)  | 64        |
| 4.2.2    | Rechtsformzusatz (§ 19 HGB und spezialgesetzliche Normen)   | 65        |
| 4.3      | Wesentliche Funktionen der Firma  | 68        |
| 4.4      | Abgrenzung zu den sonstigen Kennzeichnungen   | 68        |
| 4.5      | Irreführungsverbot nach § 18 Abs. 2 HGB   | 71        |
| 4.5.1    | Wesentlichkeitsschwelle der Irreführung gem. § 18 Abs. 2 S. 1 HGB                                       | 71        |
| 4.5.2    | Ersichtlichkeit der Irreführung gem. § 18 Abs. 2 S. 2 HGB   | 73        |

|          |  |            |
|----------|--|------------|
| 4.6      | Angaben auf Geschäftsbriefen, §§ 37a, 125a HGB   | 74         |
| 4.7      | Bedeutung der Firma  | 74         |
| 4.8      | Die Firmenbeständigkeit  | 75         |
| 4.9      | Die Firmenausschließlichkeit   | 76         |
| 4.10     | Die Firmeneinheit  | 78         |
| 4.11     | Das Entstehen und Erlöschen der Firma  | 79         |
| 4.11.1   | Das Entstehen  | 79         |
| 4.11.2   | Das Erlöschen  | 79         |
| <b>5</b> | <b>Das kaufmännische Unternehmen als Rechtsobjekt</b>  | <b>80</b>  |
| 5.1      | Der privatrechtliche Unternehmensschutz  | 80         |
| 5.1.1    | Schutz von Einzelrechten   | 81         |
| 5.1.2    | Schutzvorschriften, die spezifisch auf die unternehmerische<br>Betätigung abstellen                          | 85         |
| 5.2      | Die Veräußerung des Unternehmens   | 87         |
| 5.2.1    | Die Verfügungsakte   | 87         |
| 5.2.2    | Der schuldrechtliche Vertrag   | 87         |
| 5.2.3    | Zeitweilige Überlassung eines Unternehmens   | 88         |
| <b>6</b> | <b>Rechtsfolgen beim Wechsel des Unternehmensträgers<br/>im Verhältnis zu Dritten</b>                        | <b>89</b>  |
| 6.1      | Dauerschuldverhältnisse  | 89         |
| 6.2      | Verbindlichkeiten  | 90         |
| 6.2.2    | Die Einbringung eines einzelkaufmännischen Unternehmens<br>in eine Personenhandelsgesellschaft gem. § 28 HGB | 96         |
| 6.2.3    | Die Haftung des Erben eines Handelsgewerbes gem. § 27 HGB  | 99         |
| 6.3      | Forderungsübergang bei Geschäftsveräußerung  | 102        |
| 6.3.1    | Tatbestandsvoraussetzungen bei § 25 Abs. 1 S. 2 HGB  | 102        |
| 6.3.2    | § 28 Abs. 1 S. 2 HGB   | 103        |
| 6.4      | Übungsfall   | 104        |
| <b>7</b> | <b>Die Stellvertretung des Kaufmanns: Prokura und Handlungsvollmacht</b>                                     | <b>108</b> |
| 7.1      | Die Prokura  | 109        |
| 7.1.1    | Erteilung der Prokura  | 109        |
| 7.1.2    | Umfang der Prokura   | 111        |
| 7.1.3    | Erlöschen der Prokura  | 115        |
| 7.1.4    | Besondere Arten der Prokura  | 116        |

---

|       |                                      |     |
|-------|--------------------------------------|-----|
| 7.2   | Die Handlungsvollmacht               | 118 |
| 7.2.1 | Arten der Handlungsvollmacht         | 119 |
| 7.2.2 | Erteilung der Handlungsvollmacht     | 120 |
| 7.2.3 | Umfang der Handlungsvollmacht        | 121 |
| 7.2.4 | Das Erlöschen der Handlungsvollmacht | 123 |
| 7.3   | Die Vollmacht des Ladenangestellten  | 123 |
| 7.3.1 | Tatbestandsvoraussetzungen           | 124 |
| 7.3.2 | Rechtsfolgen                         | 125 |
| 7.4   | Duldungs- und Anscheinsvollmacht     | 126 |
| 7.5   | Hilfspersonen im Außendienst         | 127 |

### **Anhang**

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| BGHZ 29, 65             | 129 |
| BGHZ 41, 123            | 136 |
| BGHZ 113, 132           | 139 |
| BGH JZ 1989, S. 143 ff. | 143 |

## 2 Der Kaufmann nach §§ 1 ff. HGB

### 2.1 Kaufmannsbegriff

Im Mittelpunkt des Handelsrechts steht der Kaufmannsbegriff. Allein die Kaufmannseigenschaft ist für die Anwendbarkeit der besonderen handelsrechtlichen Bestimmungen maßgeblich. Der Begriff ist weit gefasst. Das Handelsrecht folgt insoweit dem subjektiven System.

### 2.2 Betreiber eines (Handels-) Gewerbes nach § 1 Abs. 1 HGB

Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Damit ist für die Begründung der Kaufmannseigenschaft der Umstand, dass überhaupt ein „Gewerbe“ betrieben wird, maßgebliches Kriterium. Außerdem ist zu konkretisieren, wer „Betreiber“ des Handelsgewerbes ist.

#### 2.2.1 Gewerbebegriff

Nach der durch die Rechtsprechung entwickelten Definition erfordert der Betrieb eines Gewerbes jedenfalls eine Tätigkeit, die selbstständig, auf Dauer angelegt und planmäßig betrieben wird, auf dem Markt erkennbar nach außen hervortritt und nicht gesetzes- oder sittenwidrig ist.<sup>13</sup>

Über diese Merkmale besteht kein Streit. Sie werden allenfalls unterschiedlich beschrieben. Mathematisch exakt lassen sich die Grenzen der Merkmale nicht bestimmen. Der Begriff des Gewerbes ist ein unbestimmter Rechtsbegriff!

Problematisch ist, ob noch weitere Merkmale notwendig sind, z.B. eine *Gewinnabsicht*, und ob Einschränkungen zu machen sind, z.B. ob die *Tätigkeit erlaubt* sein muss und ob die *Freien Berufe* vom Gewerbebegriff auszunehmen sind.

##### 2.2.1.1 Selbstständigkeit

Der Arbeitnehmer betreibt kein Unternehmen = Gewerbe. Der Unternehmer hat keinen Chef über sich. Das klingt wie selbstverständlich, ist es im Grunde auch. Im Einzelfall kann die Abgrenzung schwierig sein.

---

<sup>13</sup> So auch der RegE, S. 24.

*Der gesetzliche Versuch einer Abgrenzung findet sich im Recht des Handelsvertreters, in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB:*

*„Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.“*

Bei Handelsvertretern kann die Frage auftauchen, ob sie nicht angestellte „Handlungsgehilfen“ des Unternehmers sind, für den sie Abschlüsse tätigen, (vgl. § 84 Abs. 2 HGB). Im Einzelnen vgl. dazu Kurseinheit 2, Gliederungspunkt 9.2.1.

### **2.2.1.2 Dauer**

Ein einzelner oder gelegentlicher Kauf/Verkauf macht nicht zum Kaufmann.

*Es muss die Absicht bestehen, das Geschäftsvorhaben – wie geplant – für eine gewisse Dauer zu betreiben<sup>14</sup>.*

Wer in einem Seeort ein Großrestaurant mit 3 Filialen betreibt und diese im Winter für einige Zeit schließt, ist Kaufmann und bleibt es auch im Winter, wenn er plant, das Restaurant im folgenden Sommer weiter zu betreiben. Kauft er also z.Zt. der vorübergehenden Schließung neue Stühle für das Geschäftslokal, werden diese mangelhaft geliefert und er schaut sie erst nach einigen Wochen genauer an, so hat er nach § 377 HGB seine Mängelrechte verloren!

### **2.2.1.3 Vorhandensein erkennbarer Mindestorganisation einer Wirtschaftseinheit**

Nicht selten wird dieses Merkmal so beschrieben:

*die Tätigkeit muss nach außen erkennbar sein.<sup>15</sup>*

In aller Regel wird eine erkennbare Mindestorganisation (Ladenlokal, Büro) vorhanden sein. Im Extremfall genügt ein Schild an der Türe, z.B. Versicherungen aller Art, wenn auch die Geschäfte im Wohnzimmer des Versicherungsververtreters, einer Sparte des Handelsvertreters (§ 92 HGB), getätigt werden!

---

<sup>14</sup> K. SCHMIDT, Handelsrecht, § 9 Rdnr. 36.

<sup>15</sup> HOFMANN, Handelsrecht, B I 1b.



Die Abgrenzung zwischen Briefmarkensammler und Briefmarkenhändler<sup>16</sup> müsste nach solchen Mindestkennzeichen vorgenommen werden, z.B. regelmäßige Inserierung in einschlägigen Zeitungen usw.

#### **2.2.1.4 Angebot entgeltlicher Leistungen auf einem erkennbaren und allgemein zugänglichen Markt**

Dieses Merkmal setzt nicht einen der vielen wirtschaftswissenschaftlichen Markt-begriffe voraus. Gemeint ist, dass Leistungen, für die Abnehmer einen Gegenwert zu erbringen bereit sind, auf einem erkennbaren Markt, der einer Mindestöffentlichkeit zugänglich ist, angeboten werden.

Das regelmäßige Anbieten von alten Münzen in einem geschlossenen Bekanntenkreis würde diesem Merkmal nicht genügen.

Umstritten ist die Frage, ob eine sog. reine Besitzgesellschaft ein Gewerbe betreibt. Aus steuerlichen oder haftungsrechtlichen Gründen wird verschiedentlich eine Betriebsaufspaltung vorgenommen, d.h. ein werbendes Unternehmen wird in eine Betriebsgesellschaft und eine Besitzgesellschaft aufgespalten. Die Besitzgesellschaft bleibt weiterhin Trägerin des Unternehmensvermögens (Grundstücke, Anlagen, Zubehör etc.), vermietet oder verpachtet dieses aber zur weiteren unternehmerischen Tätigkeit am Markt an die zu diesem Zweck neu gegründete Betriebsgesellschaft, die meistens in der Rechtsform der GmbH organisiert ist.

Fraglich ist, ob die Vermietung oder Verpachtung eigenen Vermögens als gewerbliche Tätigkeit anzusehen ist. Dies wird bisweilen mit dem Argument bejaht, dass bei der Besitzgesellschaft wegen des großen Umfangs der Buchführung und der Bilanzierung bei der Vermögensverwaltung eine vollkaufmännische Einrichtung erforderlich sei.<sup>17</sup>

Nach Auffassung des BGH<sup>18</sup> stellt die Vermietung und Verpachtung in der Regel nur eine Kapitalanlage dar, keine berufsmäßige Erwerbsquelle.

Ausschlaggebend für die Verneinung des Betriebens eines Gewerbes durch die Besitzgesellschaft ist der Gesichtspunkt, dass diese sich auf die Vermietung und Verpachtung von Wirtschaftsgütern ausschließlich im Verhältnis zu der ihr zuge-

---

<sup>16</sup> HOFMANN, a.a.O.

<sup>17</sup> OLG München, NJW 1988, 1036; LG Nürnberg-Fürth, BB 1980, 1549; THEIL, BB 1982, 142; BAUMBACH/HOPT, § 1 Rdnr. 17.

<sup>18</sup> BGH NJW-RR 1990, 798.

ordneten Betriebsgesellschaft beschränkt; sie tritt mit ihrem Leistungsangebot nicht nach außen auf, ist also nicht als Anbieter an einem Markt tätig.<sup>19</sup>

Eine solche Besitzgesellschaft kann sich dem HGB unterstellen, wenn sie sich in das Handelsregister eintragen lässt. Sie wird dann offene Handelsgesellschaft. Diese Möglichkeit verschafft ihr der § 105 Abs. 2 HGB. Sollte sie diese Alternative nicht in Anspruch nehmen, kann sie als Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, als Aktiengesellschaft oder als Gesellschaft mit beschränkter Haftung firmieren.<sup>20</sup>

### 2.2.1.5 Erlaubtheit der Tätigkeit und Wirksamkeit der Geschäfte?

Die Begründung des RegE zum HGB 1998 meint, negatives Merkmal des Gewerbebegriffs sei, dass die in Frage kommende Tätigkeit „nicht gesetzes- oder sittenwidrig ist“.<sup>21</sup>

Das Problem der „Erlaubtheit der Tätigkeit“ und der „Rechtswirksamkeit“ der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte dürfte jedoch als notwendiges Merkmal des Gewerbebetriebs überholt sein.

Beispiel ist der Bordellunternehmer, Schmuggler, Hehler, auch der Wucherer.

Der Inhaber eines Bordells bewegt sich zwar in einer rechtlichen „Grauzone“. Seine Rechtsgeschäfte - Ankauf von Getränken, von Einrichtungsgegenständen usw. - werden, im Gegensatz zu den Geschäften der „Dirnen“ mit ihren „Freiern“, heutzutage als gültig angesehen. Weshalb sollte dann § 377 HGB nicht gelten?

Ein Nur-Schmuggler und Nur-Hehler wird kaum „nach außen erkennbar“ auftreten. Er wird allenfalls (und vielleicht nicht einmal selten vorkommend) sich hinter der Maske eines Kaufmanns, der „erlaubte“ Geschäfte betreibt und der einen Teil der Waren, die er vertreibt, auch redlich erwirbt, verbergen. Wie will man in solchen Fällen trennen zwischen gültigen und ungültigen Geschäften?

Tritt der Hehler als Kaufmann auf, so müsste nach der Lehre vom *Scheinkaufmann* geprüft werden, ob er dem *gutgläubigen Geschäftspartner* danach haftet (vgl. Gliederungspunkt 2.8).

Der Hehler, der auch redliche Geschäfte macht, ist m.E. wie ein Geschäftsmann zu behandeln, der gelegentlich betrügt: z.B. seine Bank und seine Lieferanten durch Vortäuschen von Kreditwürdigkeit oder der laufend Steuern hinterzieht.

<sup>19</sup> So K. SCHMIDT, Handelsrecht, § 9 Rdnr. 19; CANARIS, Handelsrecht, § 2 Rdnr. 4.

<sup>20</sup> CANARIS, Handelsrecht, § 2 Rdnr. 4.

<sup>21</sup> BT-Drucks. 13/8444 S. 24.

Solche „gemischten“ Unternehmer, die sich z.T. mit Straftaten, z.T. auf erlaubte Weise ihr Geld verdienen, betreiben ein Gewerbe und sind, wenn die Voraussetzungen vorliegen, Kaufleute im Sinne des HGB.

Man kann dies auch aus § 7 HGB herleiten: wer seine Erlaubnis, eine Gaststätte zu führen, wegen Unzuverlässigkeit verloren hat, bleibt Kaufmann.

*Lesen Sie bitte § 7 HGB!*

Nach dieser Vorschrift ist nämlich die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit des Betriebs eines Gewerbes für die Anwendung des HGB und damit auch für die Eintragung in das Handelsregister ohne Belang.<sup>22</sup> Anders liegt es nur bei der Eintragung juristischer Personen, soweit für sie bestimmte öffentliche Urkunden vorgelegt werden müssen (vgl. etwa §§ 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG, 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG).

Der vorgetragene Standpunkt zur Unwesentlichkeit von Erlaubtheit und Wirksamkeit der Geschäfte entspricht der heute wohl herrschenden Meinung.<sup>23</sup>

Der Ehemäkler jedenfalls - und sie kommen ja häufig vor - kann Kaufmann sein, auch wenn er nach § 656 BGB keinen Anspruch auf Vergütung hat.

---

<sup>22</sup> Vgl. auch BayObLGZ 1978, 44, 46 f.

<sup>23</sup> CANARIS, Handelsrecht, § 2 Rdnr. 2, HOFMANN, Handelsrecht, B I 1 f., K. SCHMIDT, Handelsrecht, § 9 Rdnr. 32; a.A. HEYMANN/EMMERICH, Handelsgesetzbuch, § 1 Rdnr. 21.

### 2.2.1.6 Gewinnabsicht unabdingbares Merkmal des Gewerbebetriebs?

Die Rechtsprechung verlangt als notwendiges Merkmal eines Gewerbebetriebs die Absicht der Gewinnerzielung.

Als Gewerbebetrieb ist insoweit jeder berufsmäßige Geschäftsbetrieb zu verstehen, der von der Absicht dauernder Gewinnerzielung beherrscht ist.<sup>24</sup>

Zwar betreibt der „normale“ Kaufmann sein Handelsgewerbe, um möglichst viel zu verdienen.

Die Frage ist aber, ob eine solche Absicht, der Gewinnmaximierung unabdingbar ist, um Handelsrecht anzuwenden. Die Antwort ist nach Meinung der Kursverfasser eher nein.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber hat den Streit gesehen, sah aber keinen Anlass, eine gesetzgeberische Klarstellung vorzunehmen.<sup>26</sup>

Das Merkmal der Gewinnabsicht dient der Rechtsprechung als Mittel, das Handelsrecht auf öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen mit spezifisch öffentlichen Aufgaben nicht anzuwenden.

Beispiel ist BGHZ 83, S. 382 ff. Hiernach betreibt ein öffentlich-rechtlicher Wasserverband kein Gewerbe.

In dieser Wasserverbandsentscheidung vertritt der BGH die Meinung, dass eine öffentlich-rechtliche Körperschaft auch dann ein Gewerbe betreiben könne, wenn sie dabei zugleich in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen gemeinnützigen Aufgabe tätig würde. *Dann müsse es sich aber um ein wirtschaftliches Unternehmen handeln. Es müsse eine Tätigkeit ausgeübt werden, die nicht nur allein und herkömmlich mit der Zielrichtung einer öffentlichen Aufgabe betrieben werde.* Wirtschaftliche Unternehmen einer Gemeinde, wie auch anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts, seien nur solche Einrichtungen und Anlagen, „die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können und gelegentlich auch betrieben werden“. Das sei aber bei einer Anlage zur Abwasserbeseitigung nicht der Fall, weil die Beseitigung von Abwässern durch eine von der Gemeinde errichtete und unterhaltene Anlage eine rein öffentlich-rechtliche, gemeinnützige Aufgabe sei.

---

<sup>24</sup> So die h.M. vgl. BAUMBACH/HOPT, § 1 Rdnr. 15.

<sup>25</sup> Gegen Gewinnabsicht VON GIERKE/SANDROCK, HGB, § 6 II 5 d m.w.N.; RAISCH, JuS 1967, 533, 537; K. SCHMIDT, Handelsrecht, § 9 Rdnr. 37; HOPT, ZGR 1987, 145, 142 ff.; CANARIS, Handelsrecht, § 2 Rdnr. 4. Ein dringender praktischer Grund dafür, dass der Gesetzgeber dieses Kriterium ausdrücklich als Voraussetzung eines Gewerbes ausschließen soll, ist aber bislang nicht geltend gemacht worden.

<sup>26</sup> RegE – BT-Drucks. 13/8444, S. 24.

### 2.2.1.7 Freie Berufe kein Gewerbe?

*Freie Berufe werden vom Gewerbebegriff ausgenommen. Auch diese Privilegierung hat historische Gründe. Der freie Beruf, z.B. der Rechtsanwalt oder Arzt, wurde nicht, wie der Kaufmann, in erster Linie der Absicht der Gewinnerzielung tätig. Das Entgelt der freien Berufe wird deshalb auch mit anderen sprachlichen Ausdrücken bezeichnet, z.B. als Honorar.*

*Akademische Berufe wollten sich nicht als Kaufleute verstehen!*

Dabei ist es bis heute geblieben. § 2 der BRAO etwa bestimmt: *Der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus. Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe.*

Ähnliches gilt nach der BundesärzteO für Ärzte, nach dem ZahnHKG für Zahnärzte, nach der WiPO für Wirtschaftsprüfer, nach dem StBerG für Steuerberater.

*Kraft alter Tradition gilt dies aber auch für Berufe, deren Ausübung nicht so gesetzlich festgelegt ist, wie die gerade genannten, z.B. für Kunstmaler, Bildhauer, Schriftsteller, Dolmetscher, Privatlehrer und Architekten.*

Folglich ist eine *Anwaltssozietät*, eine *Gemeinschaftspraxis von Ärzten* oder ein *Architekturbüro*, das mehrere Architekten gemeinsam betreiben, keine OHG oder KG, sondern eine *BGB-Gesellschaft*, falls sie nicht als eingetragene Partnerschaftsgesellschaft organisiert sind.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Zusammenschluss von Rechtsanwälten zur gemeinsamen Berufsausübung in der Gesellschaftsform der GmbH unter den Voraussetzungen der §§ 59 c-m BRAO zulässig ist. Danach muss der Zweck der Gesellschaft auf die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten gerichtet sein. Der Name der Gesellschaft muss mindestens einen Namen eines Gesellschafters enthalten, der selbst Rechtsanwalt ist. Darüber hinaus muss der Namen des Unternehmens den Zusatz „Rechtsanwalts-gesellschaft“ enthalten.

Aber *Wirtschaftsprüfer* z.B. dürfen sich in Form einer AG oder GmbH zusammenschließen; sogar in Form einer OHG und KG können sie dies tun, wenn nur die haftenden Gesellschafter Wirtschaftsprüfer sind. Dann gilt das HGB! So kann der geschäftsführende Wirtschaftsprüfer einer solchen OHG sich mündlich verbürgen (§ 350 HGB). Übt er dagegen seinen Beruf allein aus, dann gilt für ihn die Formvorschrift des § 766 BGB. Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft muss gekauftes Büromaterial unverzüglich untersuchen und etwaige Mängel rügen (§ 377 HGB), der einzelne Wirtschaftsprüfer dagegen hat zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen in der Regel 24 Monate Zeit (§ 438 BGB).

*Rechtsanwälte* dagegen können sich immer auf die Frist des § 438 BGB berufen, gleichgültig ob sie ihre Kanzlei allein oder mit einem oder mehreren anderen Anwälten ausüben, außer wenn sie sich als GmbH organisiert haben.

*Man rechtfertigt die Ausnehmung der freien Berufe mit ihrer höchstpersönlichen Leistung.* Dies trifft für die genannten Berufe allesamt zu. Ganz deutlich ist dies beim Künstler. Aber auch vom Rechtsanwalt und vom Arzt erwartet man eine ganz persönliche Betreuung seines Klienten. Für den Wirtschaftsprüfer gilt dies ebenfalls.

Handelsrechtliche Vorschriften, welche darauf zugeschnitten sind, dass ein Unternehmer die von ihm angebotenen Leistungen nicht nur persönlich, sondern auch durch Hilfskräfte oder sachliche Betriebsmittel erbringen und sich dadurch „vielfältigen“ kann, können in der Tat auf solche freien Berufe nicht angewandt werden. Viele der Vorschriften des Ersten Buchs des HGB, z.B. die Regelungen über Prokura und Handlungsvollmacht, aber auch solche des Vierten Buchs des HGB scheiden deswegen für freie Berufe aus. Zu überlegen wäre aber z.B. die Anwendung des § 377 HGB bei der Anschaffung von Betriebsmitteln eines Arztes oder eines Rechtsanwalts oder die Haftung bei Praxisveräußerung analog §§ 25-28 HGB.

*Wenn mit einem solchen freien Beruf allerdings ein weiteres Unternehmen, z.B. ein ärztliches Sanatorium, verbunden ist, sollte der Inhaber des freien Berufs insoweit, was also dieses Unternehmen anlangt, als Kaufmann eingeordnet werden.* Im Falle des hotelartigen Sanatoriums betriebe der Arzt insoweit als Hotelier oder als Gastwirt ein Gewerbe.

*Apotheker* werden, unbeschadet ihrer Qualifikation als Akademiker, als *Kaufleute* eingestuft und dem HGB unterstellt. Dies war - zum Teil - schon nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht der Fall (II 8 §§ 473, 474). Sie erfüllen alle Merkmale des Gewerbebegriffs. Zu prüfen ist jeweils, ob die einzelne Apotheke nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert – vgl. § 1 Abs. 2 HGB.<sup>27</sup>

Die anderen akademischen Berufe - Arzt, Rechtsanwalt - bieten dagegen *Dienstleistungen* an. Sie können auch bei großem Umfang der Praxis - mit vielen Partnern und Angestellten -, die nur verantwortlich geführt werden kann, wenn sie nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geordnet ist, nicht Kaufmann werden, weil sie eben kein „gewerbliches“ Unternehmen betreiben.

Wie widersprüchlich die Abgrenzung zum Handelsrecht für freie Berufe getroffen ist, zeigt sich an folgendem Beispiel:

Freiberufler können sich mit einem in einem anderen europäischen Mitgliedstaat wohnenden Freiberufler in der Gesellschaftsform der *Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung* zusammenschließen. Von großen Anwaltskanzleien wird dieser der deutschen OHG ähnelnde supranationale Gesellschaftstypus, der

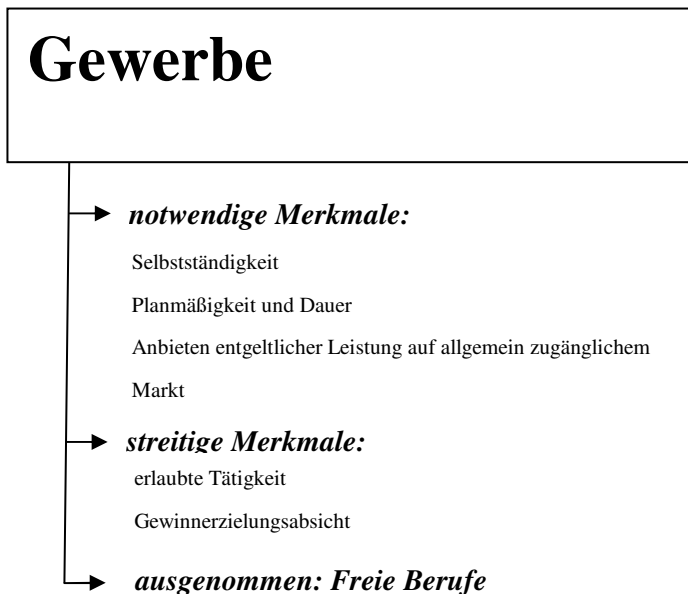
---

<sup>27</sup> Zur Kaufmannseigenschaft von Apothekern vgl. BGH, NJW 1983, 2085 f.

allen Unternehmen offen steht, in zunehmendem Maße benutzt. Diese EWIV ist in der Bundesrepublik durch das hierzu erlassene Ausführungsgesetz als Handelsgesellschaft definiert und damit finden auf die in das Handelsregister einzutragende Vereinigung nach § 6 Abs. 1 HGB „die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften“ Anwendung.<sup>28</sup> Es gilt also das gesamte HGB.

Für rein innerdeutsche Anwaltssozietäten dagegen gilt das HGB auch dann nicht, wenn sie sich in Form der Partnerschaftsgesellschaft zusammenschließen. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz* (Schönfelder Nr. 50 b) übt eine solche Gesellschaft kein Handelsgewerbe aus, obwohl sie ähnlich wie eine OHG organisiert ist. Sie wird nicht in das Handelsregister, sondern in ein Partnerschaftsregister eingetragen. Wegen der durch das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz eröffneten Möglichkeiten sah die Bundesregierung kein Bedürfnis, die freien Berufe in das Handelsrecht einzubeziehen.<sup>29</sup>

### 2.2.1.8 Übersicht Gewerbebegriff



<sup>28</sup> Vgl. K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, § 66.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 13/8444, S. 34 linke Spalte.