

Dr. Oliver Mörsdorf (Akademischer Rat)
Institut für IPR und Rechtsvergleichung der Universität Bonn
Adenauerallee 24-42 (Ostturm), Zimmer 312, 53113 Bonn
Tel.: 0228/737979 • Fax: 0228/737980
Email: oliver.moersdorf@uni-bonn.de

Vorlesung Privatrecht II (Wirtschaftsrecht) Teil 1 - Handelsrecht

(Stand: September 2009)

Inhalt

I. Literatur	6
II. Einführung	8
1. Handelsrecht als Bestandteil des Privatrechts	8
2. Handelsrecht als privatrechtliche Sondermaterie	8
III. Handelsgeschäfte	9
1. Allgemeine Vorschriften	9
2. Insbesondere: Handelskauf – Untersuchungs- und Rügeobliegenheit	11
a) Voraussetzungen	11
b) Rechtsfolgen des Rügeversäumnisses	11
IV. Kaufmannseigenschaft: §§ 1 ff. HGB	12
1. Kaufmann kraft Handelsgewerbes	12
a) Kaufmann kraft tatsächlichen Handelsgewerbes = „Ist-Kaufmann“ (§ 1 HGB)	12
aa) Gewerbe	12
bb) Erforderlichkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes	13
b) Kaufmann kraft freiwilliger Eintragung = „Kann-Kaufmann“	13
aa) Kleingewerbetreibende: § 2 HGB	13
bb) Land- und forstwirtschaftliches Unternehmen: § 3 HGB	14
2. Kaufmannseigenschaft der Gesellschaften (§ 6 HGB)	14
3. Kaufmann kraft Eintragung - Fiktivkaufmann (§ 5 HGB)	15
4. Kaufmann kraft tatsächlichen Verhaltens = Scheinkaufmann	15
V. Firmenrecht: §§ 17 ff. HGB	16
1. Die Firma als Name	16
2. Sach-, Personal- und Phantasiefirmen	16
3. Firmengrundsätze	17
a) Firmeneinheit	17
b) Firmenunterscheidbarkeit	17
aa) Namensfähigkeit (§ 18 I HGB)	17
bb) Firmenausschließlichkeit (§ 30 I HGB)	18
c) Firmenwahrheit	18
aa) Rechtsformzusatz (§ 19 I Nr. 1 HGB)	18
bb) Irreführungsverbot (§ 18 II HGB)	18
d) Firmenbeständigkeit (§§ 21-24 HGB)	19
e) Firmenöffentlichkeit (§ 37a HGB)	19
4. Gebrauch unzulässiger Firmen – Firmenschutz	19
VI. Stellvertretung und Hilfspersonen im Handelsrecht	19
1. Die handelsrechtliche Stellvertretung	19
a) Prokura: §§ 48 ff. HGB	20
b) Handlungsvollmacht: § 54 HGB	21
c) Ladenangestellter: § 56 HGB	21
d) Außendienstmitarbeiter: § 55 HGB	21
2. Hilfspersonen im Handelsrecht	22
a) Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge	22
b) Handelsvertreter: § 84 HGB	22
c) Handelsmakler: § 93 HGB	22
d) Weitere „Hilfspersonen“	22
VII. Handelsregister	22
1. Allgemeine Grundlagen	23
a) Eintragungsfähige und nicht eintragungsfähige Tatsachen	23

b) Deklaratorische und konstitutive Eintragungen	23
c) Aufgaben des Registergerichts und Eintragungsvorgang.....	24
2. Publizität des Handelsregisters (§ 15 HGB)	24
a) Wirkung richtiger Eintragungen und Bekanntmachungen, § 15 II HGB	24
b) „Kranke“ Fälle: Keine Übereinstimmung mit der Wirklichkeit.....	25
aa) Negative Publizität des Handelsregisters, § 15 I HGB.....	25
(1) Allgemeines.....	25
(2) Tatbestand des § 15 I HGB im Einzelnen.....	25
(3) Problemfälle	26
(a) Anwendbarkeit des § 15 I HGB bei fehlender Voreintragung?	26
(b) Geteilte Ausübung des Wahlrechts des Dritten bei fehlender Eintragung doppelwirksamer Tatsachen („Rosinentheorie“)?	26
bb) Positive Publizität der Bekanntmachung, § 15 III HGB.....	27
VIII. Übertragung eines kaufmännischen Unternehmens	28
1. Firmenfortführung: § 25 HGB	29
a) Haftung des Erwerbers gegenüber den Altgläubigern.....	29
b) Schutz der Altschuldner bei Zahlung an den Erwerber.....	31
2. Einbringung eines Unternehmens in eine neu gegründete oHG/KG.....	31

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht	EuGH	Europäischer Gerichtshof
a.F.	alter Fassung	EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
AG	Aktiengesellschaft	f.	und die folgende
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz); seit dem 1.1.2002 in das BGB integriert (§§ 305 ff. BGB)	ff.	und die folgenden
AktG	Aktiengesetz	Fußn.	Fußnote
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz	GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
ArbN	Arbeitnehmer	GenG	Genossenschaftsgesetz
ArbO	Arbeitsordnung	GesR	Gesellschaftsrecht
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz	GG	Grundgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Aufl.	Auflage	GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	h.L.	herrschende Lehre (= überwiegende Ansicht in der Rechtslehre)
BAG	Bundesarbeitsgericht	h.M.	herrschende Meinung (= überwiegende Ansicht in der Rechtslehre und der Rechtsprechung)
BBiG	Berufsbildungsgesetz	HGB	Handelsgesetzbuch
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände	Hrsg.	Herausgeber
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz	i.d.R.	in der Regel
BetrAVG	Gesetz über die Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung	i.S.v.	im Sinne von
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz	IG	Industriegewerkschaft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
BGH	Bundesgerichtshof	Kap.	Kapitel
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	KG	Kommanditgesellschaft
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz	KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz	KSchG	Kündigungsschutzgesetz
c.i.c.	Culpa in contrahendo	KStG	Körperschaftsteuergesetz
d.h.	das heißt	LFzG	Lohnfortzahlungsgesetz
DB	Der Betrieb (juristische Fachzeitschrift)	MAVO	Mitarbeitervertretungsordnung
DBB	Deutscher Beamtenbund	Mio.	Million/en
ders.	derselbe	MuSchG	Mutterschutzgesetz
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund	n.F.	neuer Fassung
DM	Deutsche Mark	NachwG	Nachweisgesetz
e.G.	eingetragene Genossenschaft	NJW	Neue Juristische Wochenschrift (juristische Fachzeitschrift)
e.V.	eingetragener Verein	NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht (juristische Fachzeitschrift)
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz	oHG	offene Handelsgesellschaft
EG	EG-Vertrag in der Fassung		
....		

PartG	Partnerschaftsgesellschaft
PartGG	Partnerschaftsgesellschafts- gesetz
PVV	Positive Vertragsverletzung
Rdn.	Randnummer
S.	Seite
SE	Societas Europaea = Europäische Aktiengesellschaft
SGB	Sozialgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungs- gesetz
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (juristische Fachzeitschrift)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
z.Z.	zurzeit
ZHR	Zeitschrift für das ges. Handelsrecht und Wirt- schaftsrecht (juristische Fachzeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschafts- recht (juristische Fach- zeitschrift)

I. Literatur

Für die Bearbeitung der Klausur werden von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern nur die in diesem Skript dargestellten Grundlagen erwartet. Wer sich vertieft mit einzelnen Aspekten befassen möchte, kann dies anhand der Literaturhinweise tun, die jeweils am Anfang eines Abschnitts in einer Fußnote oder auch an anderen ausgewählten Stellen in Fußnoten untergebracht sind. Die detaillierte Kenntnis des Inhalts der zitierten Rechtsprechung und Literatur wird in der Klausur nicht erwartet.

Die Literaturhinweise beschränken sich in aller Regel auf folgende ausgewählte Werke:

Karsten Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, 1072 Seiten, Preis: 89,- Euro

=> Sehr ausführliches Lehrbuch für Juristen mit umfangreicher Darstellung vieler Detailfragen; gut verständlich geschrieben; Darstellung meist anhand von Beispielen; für Wirtschaftswissenschaftler wegen des Umfangs nur bei dem Wunsch zu wirklich vertiefter Bearbeitung einzelner Fragen zu empfehlen.

Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 24. Auflage, 2006, 544 Seiten, Preis: 48,- Euro

=> Mittelgroßes Standardlehrbuch für Juristen; gute und knappe Darstellung der Grundlagen, aber auch von Detailfragen; in vielen juristischen Streitfragen ist die Position von Canaris konträr zu dem erstgenannten Lehrbuch von Karsten Schmidt; für Wirtschaftswissenschaftler an einigen Stellen vielleicht etwas zu knapp formuliert, aber dennoch insgesamt gut lesbar.

Peter Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 2009, 432 Seiten, Preis: 24,90 Euro

=> Kurzlehrbuch für Juristen; knappe aber gut verständliche Darstellung der Grundlagen des Handels- und Gesellschaftsrechts (ohne Aktienrecht) sowie einiger Detailfragen mit zahlreichen lehrreichen Fallbeispielen zu den wichtigsten Problemen.

Brunhilde Steckler, Kompendium Wirtschaftsrecht, 7. Auflage, 2009, 508 Seiten, Preis: 30,- Euro

=> Lehrbuch für Wirtschaftswissenschaftler zum gesamten Wirtschaftsrecht einschließlich des Bürgerlichen Rechts; in einfacher Sprache gehalten und auf die Grundlagen beschränkt, ohne Behandlung von Detailfragen, z.T. mit Beispielen. Am Ende finden sich 30 Fälle mit Lösungen. Das Buch steht in der aktuellen Auflage im Staatswissenschaftlichen Seminar.

Peter Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, 12. Auflage, 2009, 515 Seiten, Preis: 31,00 Euro

=> Lehrbuch für Wirtschaftswissenschaftler zum gesamten Wirtschaftsrecht einschließlich des Bürgerlichen Rechts mit den jeweiligen steuerrechtlichen Bezügen; in relativ einfacher Sprache gehalten. Im Vergleich zu dem vorgenannten Buch von *Steckler* ist der Inhalt umfangreicher; dies führt angesichts des in etwa gleichen Gesamtumfangs zu verdichteter und dadurch stellenweise recht knapper Darstellung. Das Buch steht in der aktuellen Auflage im Staatswissenschaftlichen Seminar.

Daneben sind weitere Lehrbücher für Wirtschaftswissenschaftler auf dem Markt, die hier im Skript zwar nicht zitiert, aber kurz beschrieben werden sollen. Sie sind durchweg kürzer gehalten als die vorgenannten Werke:

Justus Meyer, Wirtschaftsprivatrecht, 6. Aufl., 2006, 357 Seiten, Preis: 19,95 Euro

=> Dieses einfach gehaltene und mit vielen Beispielen versehene Buch bringt die Grundlagen des Zivilrechts sowie des Handels- und Gesellschaftsrechts. Anders als die nachfolgenden Werke gibt es zusätzlich noch knappe Ausführungen zum Bankrecht sowie zum Kartellrecht, Recht der gewerblichen Schutzrechte und Wettbewerbsrecht. Der Aufbau ist etwas gewöhnungsbedürftig, weil der Autor eine eigene Systematik entwickelt und nicht – wie sonst üblich – eine Zweiteilung nach zivilrechtlichen (Privatrecht I) und wirtschaftsrechtlichen (Privatrecht II) Inhalten wählt.

Brunhilde Steckler, Kompakt-Training Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, 2003, 282 Seiten, Preis: 16,- Euro

=> Bei diesem Lehrbuch handelt es sich gewissermaßen um die „kleine Schwester“ des oben genannten und in den Fußnoten des Skriptes allein zitierten Kompendiums Wirtschaftsrecht derselben Autorin. Auch dieses Buch behandelt die notwendigen Grundlagen des Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, allerdings in verdichteter Form als das Kompendium. Aufgrund der Kürze ist es eher zur Wiederholung als zur Vertiefung der Inhalte der Vorlesung geeignet. In den Text integriert finden sich 50 Beispielsfälle mit im Anhang abgedruckten Lösungen. Zudem enthält der Anhang ein hilfreiches Minilexikon der wichtigsten rechtlichen Fachbegriffe.

Knut Werner Lange, Basiswissen Ziviles Wirtschaftsrecht. Ein Lehrbuch für Wirtschaftswissenschaftler, 4. Aufl., 2007, 266 Seiten, Preis: 22,- Euro

=> Dieses einfach und verständlich geschriebene Buch beschränkt sich auf eine knappe Darstellung vor allem der zivilrechtlichen Grundlagen. Die Abschnitte zum Handels- und Gesellschaftsrecht sind äußerst kurz gehalten, so dass sich das Buch eher als Ergänzung zur Vorlesung Privatrecht I denn zur Vertiefung der Inhalte der Vorlesung Privatrecht II eignet.

Neben den Lehrbüchern gibt es auch Handbücher, die für Praktiker in Unternehmen geschrieben sind, die aber durchaus in Einzelfragen auch von Studenten herangezogen werden können:

Brunhilde Steckler/Werner Pepels, Handbuch für Rechtsfragen im Unternehmen,

Band I – Marketingrecht, 2002, 371 Seiten, Preis: 39,- Euro

Band II – Einkaufsrecht, 2002, 275 Seiten, Preis: 39,- Euro

=> Das Handbuch ist von Juristen für Wirtschaftswissenschaftler in einfacher und verständlicher Sprache geschrieben. Es ist praktisch orientiert. Es bietet im Einkaufsrecht z.B. Formulierungshilfen für Klauseln etc. Das Buch lohnt sich vor allem als Nachschlagewerk, dient aber auch als Lemhilfe, wenn man schon früh über den Tellerrand der Universität hinausschauen und eine an der Unternehmenspraxis orientierte Sicht erhalten will. Es ist in der Bibliothek des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht einsehbar.

II. Einführung

Das Handelsrecht wird traditionell verstanden als das **Sonderprivatrecht der Kaufleute**¹.

1. Handelsrecht als Bestandteil des Privatrechts

Das Handelsrecht ist zunächst ein **Bestandteil des Privatrechts**. Unter Privatrecht versteht man die Rechtsmaterie, welche die Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander regelt. Das Privatrecht ist vom öffentlichen Recht (insbesondere: Verwaltungsrecht und Strafrecht) abzugrenzen, welches das Verhältnis der Bürger gegenüber dem Staat regelt. Ein einheitlicher Lebensvorgang kann dabei durchaus sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Folgen auslösen.

Beispiel: A fährt mit seinem PKW unter Alkoholeinfluss den Fußgänger B an und verletzt diesen schwer. Hier hat sich A zunächst durch das Fahren unter Alkoholeinfluss als ungeeignet zum Führen eines KFZ erwiesen, so dass ihm die zuständige Verwaltungsbehörde die Fahrerlaubnis entziehen wird (öffentlich-rechtliche Folge). Zudem hat sich A wegen Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315 c StGB) und fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) strafbar gemacht und muss daher mit einer Geldstrafe, ggf. auch mit einer Haftstrafe rechnen (öffentlich-rechtliche Folge). Schließlich muss A dem B u.a. nach § 823 I, II BGB den Schaden ersetzen, der diesem infolge seiner Verletzungen entstanden ist (privatrechtliche Folge).

Das grundlegende Gesetzeswerk des Privatrechts ist das **Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)**. Dieses regelt umfassend die Rechtsverhältnisse aller Privatrechtssubjekte (natürliche und juristische Personen) untereinander, soweit nicht in Sondergesetzen abweichende Regelungen enthalten sind. Das BGB trifft dabei insbesondere Regelungen über die Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit von Personen, die Zuordnung von Gütern (insbesondere: Sachen) zu den einzelnen Personen, das Entstehen, die Beendigung und den Inhalt von Schuldverhältnissen zwischen Personen (insbesondere: Verträge und deliktische Schuldverhältnisse, z.B. wegen der Verletzung von Rechtsgütern etc.), die familiären Beziehungen zwischen Personen und das Erbrecht.

2. Handelsrecht als privatrechtliche Sondermaterie

Das Handelsrecht enthält Sonderregeln für privatrechtliche Verhältnisse, an denen keine Privatpersonen (insbesondere: Verbraucher), sondern Kaufleute beteiligt sind. Diese Sonderregeln sind dabei zwei Erwägungen geschuldet.

Zahlreiche Regelungen des BGB beschränken die Privatautonomie der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Personen zu deren eigenem Schutz (Beispiel: Formerfordernisse bei bestimmten Verträgen als Übereilungsschutz gegen nachteilige Folgen für die Vertragspartner). Kaufleuten wird jedoch unterstellt, dass sie geschäftserfahrener als Privatleute sind und deshalb nicht in gleichem Maße eines Schutzes durch das Gesetz bedürfen wie diese.

Zudem besteht unter Kaufleuten angesichts der Vielzahl der täglich abzuschließenden Rechtsgeschäfte ein besonderes Bedürfnis für einen schnellen und reibungslosen Ablauf des

¹ Eine Fortentwicklung vom Sonderprivatrecht der Kaufleute zum Außenprivatrecht der Unternehmen wird seit jeher gefordert von *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl., 1999, § 3 (S. 47 ff.).

Handelsverkehrs, der es Kaufleuten oftmals nicht ermöglicht, bestimmte für das abzuschließende Geschäft unerlässliche Tatsachen (wie etwa die Verfügungs- bzw. Vertretungsbefugnis ihres jeweiligen Geschäftspartners) vorab eingehend zu prüfen. Daraus resultiert wiederum ein Bedürfnis für einen gegenüber dem Geschäftsverkehr zwischen Privatpersonen gesteigerten Verkehrs- und Vertrauensschutz.

Sämtliche der handelsrechtlichen Sonderregeln für Kaufleute lassen sich zumindest auf eine, zum Teil aber auch auf beide der zwei vorgenannten Erwägungen zurückführen.

Wichtigstes gesetzliches Regelwerk des Handelsrechts ist das **Handelsgesetzbuch (HGB)**, das neben handelsrechtlichen Materien auch Regelungen zu anderen Rechtsmaterien (insbesondere: Gesellschaftsrecht) enthält. Das Handelsgesetzbuch besteht aus fünf Büchern.

Das erste Buch enthält allgemeine Regelungen über die Kaufmannseigenschaft (§§ 1-7 HGB), das Handelsregister (§§ 8-16 HGB), die Handelsfirma (§§ 17-24, 29-37a HGB), die Unternehmensnachfolge (§§ 25-28 HGB) sowie die Vertretung des Kaufmanns (§§ 48-58 HGB).

Das zweite Buch (§§ 105-236 HGB) enthält Regelungen zu den Personengesellschaften und damit kein Handelsrecht sondern einen Teil des Gesellschaftsrechts (vgl. Teil II der Vorlesung).

Das dritte Buch (§§ 238-342a HGB) umfasst mit den Regelungen über die Handelsbücher das Bilanzrecht (Buchführung und Rechnungslegung der Kaufleute). Die Regelungen sind von hoher praktischer Relevanz, werden aber wegen ihrer Komplexität nicht Teil der Vorlesung sein.

Das vierte Buch (§§ 343-475 HGB) enthält wiederum mit den Regelungen zu den Handelsgeschäften klassisches Sonderprivatrecht für Kaufleute.

Das fünfte Buch (§§ 476-905 HGB) behandelt speziell den Seehandel und ist nicht Bestandteil dieser Vorlesung.

III. Handelsgeschäfte*

1. Allgemeine Vorschriften

In den §§343 ff. HGB finden sich allgemeine Vorschriften über Handelsgeschäfte (im Sinne der Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns), d.h. diejenigen Sonderregeln, die auf bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnisse Anwendung finden, wenn daran Kaufleute beteiligt sind. Gemäß § 343 I HGB sind Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören; d.h. schließt ein Kaufmann ein Rechtsgeschäft, z.B. einen Kaufvertrag, in seiner Eigenschaft als Unternehmer ab, dann finden die Sonderregeln über die Handelsgeschäfte Anwendung. Tätigt ein Kaufmann hingegen private Geschäfte, kauft er also z.B. für den häuslichen Gebrauch in einem Lebensmittelgeschäft ein, dann gehört das entsprechende Geschäft nicht „zum Betrieb seines Handelsgewerbes“. Es unterfällt dann auch

* Zu den Handelsgeschäften vgl. *Karsten Schmidt*, HandelsR, §§ 18 ff. (S. 513 ff.); *Canaris*, HandelsR, §§ 22 ff. (S. 413 ff.); *Kindler*, GrundK Handels- und GesR, §§ 7, 8 (S. 133 ff.), *Steckler*, WirtschaftsR, Kapitel F. 6. und 7. (S. 269 ff.); zur kaufmännischen Untersuchungs- und Rügeobliegenheit *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 10.2.7.4 (S. 221 ff.).

nicht den Sonderregeln der §§ 343 ff. HGB. Das Vorliegen eines Handelsgeschäfts nach § 343 HGB ist im Rahmen einer juristischen Fallbearbeitung wie folgt zu prüfen:

- Beteiligte = Kaufleute i.S.v. §§ 1 ff. HGB (dazu weiter unten)
- Zugehörigkeit des Rechtsgeschäfts zum jeweiligen Betrieb des Handelsgewerbes. Dies wird vermutet (§344 I HGB)

Für Handelsgeschäfte werden die gewöhnlichen, insbesondere im BGB² enthaltenen Rechtsregeln für Kaufleute modifiziert (= Sonderprivatrecht).

Wichtigste Beispiele:

- Ein Kaufmann kann mündlich eine Bürgschaft übernehmen (§ 350 HGB), während die private Bürgschaft nur in schriftlicher Form gültig ist (§ 766 BGB).
- Schweigen gilt beim Kaufmann in bestimmten Fällen als Annahme des Vertragsangebots (§ 362 HGB), bei Privatpersonen nicht.
- Während bei Privatpersonen eine verwirkte Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB vom Richter herabgesetzt werden kann, wenn sie unverhältnismäßig hoch ist, gilt dies für Kaufleute nicht (§ 348 HGB).³
- Der private Bürge hat die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB), kann also die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dieser nicht eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Diese Einrede steht dem bürgenden Kaufmann nicht zu (§ 349 HGB). Er kann deshalb parallel zum nicht zahlenden Hauptschuldner in Anspruch genommen werden (selbstschuldnerische Bürgschaft).
- Wer von einem Kaufmann eine diesem nicht gehörende bewegliche Sache erwirbt, kann diese nicht nur dann gutgläubig erwerben, wenn er an das Eigentum des Veräußerers glaubt (§ 932 BGB), sondern schon dann, wenn sich sein guter Glaube auf die Verfügungsbefugnis des Kaufmanns i.S.v. § 185 BGB bezieht (§ 366 HGB).⁴
- Der gesetzliche Zinssatz für Kaufleute (§ 352 HGB) ist höher als der von einer Privatperson geschuldete gesetzliche Zins (§ 246 BGB).
- Der Kaufmann schuldet Fälligkeitszinsen (§ 353 HGB), der Privatmann nicht (gilt für die Zeit bis zum Verzug, ab dort übernimmt § 288 II BGB als *lex specialis*).
- Die Sorgfaltspflicht eines Kaufmanns (§ 347 HGB) ist höher als die einer Privatperson (§ 276 BGB).
- Ein Kaufmann hat empfangene Waren bei mangelhafter oder Fehllieferung (aliud) unverzüglich zu rügen, um seine Gewährleistungsrechte nicht zu verlieren (§ 377 HGB).

² Früher war hier als Nebengesetz auch das AGBG (Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen) zu nennen, dessen Bestimmungen allerdings zum 1.1.2002 in das BGB integriert wurden (§§ 305 ff. BGB).

³ Zu Einschränkungen für in AGB enthaltene Vertragsstrafenklauseln vgl. aber BGH NJW 1997, 3233.

⁴ Bei § 366 HGB handelt es sich um ein typisches Beispiel für eine Sonderregelung, die nicht primär der größeren Geschäftserfahrenheit des Kaufmanns, sondern dem Bedürfnis des Handelsverkehrs nach einem gesteigerten Verkehrs- und Vertrauensschutz geschuldet ist (vgl. dazu oben unter II 2). Der Vorschrift liegt dabei die Überlegung zugrunde, dass unter Kaufleuten häufig fremdes Gut mit Verfügungsbefugnis veräußert wird und deshalb die Anforderungen an den gutgläubigen Erwerb entsprechend anzupassen sind.

Daneben findet sich in §§ 355-357 HGB eine (nur sehr rudimentäre) gesetzliche Regelung über die laufende Rechnung = Kontokorrent, dessen wichtigster Anwendungsfall das Girokonto ist.

2. Insbesondere: Handelskauf – Untersuchungs- und Rügeobliegenheit

In den §§ 373 ff. HGB finden sich insbesondere spezielle Regelungen für den Handelskauf. Die wichtigste davon ist die Vorschrift des § 377 HGB über die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit beim beiderseitigen Handelskauf. Da die Vorschrift im Rahmen des Gewährleistungsrechts im Kurs Privatrecht I behandelt wird, soll hier ein kurzer Überblick genügen.

a) Voraussetzungen

- Handelskauf = Kauf, der ein Handelsgeschäft i.S.v. § 343 HGB ist und eine Ware zum Gegenstand hat. Gilt auch für Tauschverträge (§ 480 BGB), Wertpapiere (§ 381 I HGB) und Werklieferungsverträge (§ 381 II HGB)
- Beiderseitiges Handelsgeschäft
- Ablieferung = tatsächliche Handlung: Die Ware muss in den Machtbereich des Käufers gelangen, damit dieser sie auch prüfen kann
- Mangelhafte Lieferung = Sachmangel i.S.v. § 434 BGB. Merke: Auch Aliud-Lieferungen und Quantitätsmängel (§ 434 III BGB)
- Unterlassung der gebotenen Rüge

Anforderungen an die Rüge

(1) Zeitpunkt:

Erkennbare Mängel i.S.v. § 377 I HGB: „unverzüglich“ = ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB). Mangel muss „nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang erkennbar“ sein. (Merke: Ob der Mangel erkennbar war, ergibt eine Gesamtschau der Umstände unter Berücksichtigung folgender Gesichtspunkte: Kosten und Zeitaufwand, Erforderlichkeit technischer Kenntnisse und Vorbereitungen oder Erforderlichkeit der Hinzuziehung Dritter, Gefahr besonders hoher Mangelfolgeschäden bei der Weiterverarbeitung. Standardproblem: Erforderlichkeit von Stichproben bei verpackter Ware).

Verdeckte Mängel i.S.v. § 377 III HGB: „unverzüglich nach der Entdeckung“

(2) Art/Form: empfangsbedürftige Erklärung, formlos wirksam

(3) Inhalt: Bezeichnung des Mangels, d.h. Verkäufer muss erkennen können, in welchem Punkt und in welchem Umfang der Käufer mit der Ware nicht einverstanden ist

b) Rechtsfolgen des Rügeversäumnisses

Ware gilt als genehmigt (§§ 377 I, III Hs. 2 HGB), d.h. bezüglich des nicht rechtzeitig gerügten Mangels kann der Käufer keine Gewährleistungsrechte mehr geltend machen. Bezüglich anderer (verdeckter) Mängel, die erst später entdeckt werden, können selbstverständlich – bei rechtzeitiger Rüge - noch Rechte hergeleitet werden.

IV. Kaufmannseigenschaft: §§ 1 ff. HGB*

Beim Handelsrecht handelt es sich, wie eingangs erwähnt, um das Sonderprivatrecht für Kaufleute. Ausgangspunkt handelsrechtlicher Sonderregeln ist daher der in den §§1 ff. HGB enthaltene Kaufmannsbegriff.

Der Begriff des Kaufmanns ist zunächst vorab von dem in §14 BGB definierten Begriff des Unternehmers abzugrenzen. Dieser ist weiter als der Begriff des Kaufmanns: Er umfasst auch Freiberufler und Handwerker. Für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 13 BGB) gibt es bereits innerhalb des BGB Sondervorschriften, die dem Machtungleichgewicht zwischen Unternehmern und Verbrauchern Rechnung tragen, und bei denen es sich streng genommen auch um Sonderprivatrecht handelt.⁵ Diese Vorschriften sind jedoch nicht Teil dieser Vorlesung.

Im Rahmen des handelsrechtlichen Kaufmannsbegriffs sind zwei große Gruppen von Kaufleuten zu unterscheiden:

- Kaufleute kraft Handelsgewerbes (dazu unten 1.)
- Kaufleute kraft Rechtsform (dazu unten 2.)
- Kaufleute kraft Eintragung (dazu unten 3.)
- Kaufleute kraft tatsächlichen Verhaltens (dazu unten 4.)

1. Kaufmann kraft Handelsgewerbes

a) Kaufmann kraft tatsächlichen Handelsgewerbes = „Ist-Kaufmann“ (§ 1 HGB)

Seit der Modernisierung des HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 ist gemäß § 1 I HGB jeder per Gesetz automatisch Kaufmann, der ein tatsächliches (beliebiges) Handelsgewerbe betreibt.⁶ Ob es sich bei der in Frage stehenden Tätigkeit um ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 HGB handelt, ist im Rahmen einer juristischen Fallbearbeitung in zwei Schritten zu prüfen:

aa) Gewerbe

Zunächst muss es sich bei der Tätigkeit überhaupt um ein Gewerbe handeln. Unter Gewerbe im Sinne von § 1 HGB versteht man eine

erkennbar planmäßige, auf Dauer angelegte

nicht: einzelne Veräußerungen, Haushaltsauflösung, gelegentliche Spekulation an der Börse

selbständige

nicht: Arbeitnehmer (auch leitende Angestellte), Beamte

* Vgl. zum Kaufmannsbegriff *Karsten Schmidt*, HandelsR, §§ 9 und 10 (S. 277 ff.); *Canaris*, HandelsR, §§ 2 und 3 (S. 23 ff.); *Kindler*, GrundK Handels- und GesR, § 2 (S. 13 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kapitel F 1 (S. 221 ff.); *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 3.4.1 (S. 29 ff.).

⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang etwa § 310 I und III BGB, wo nicht an den Begriff des „Kaufmanns“, sondern an den des „Unternehmers“ (vgl. § 14 BGB) angeknüpft wird.

⁶ Zuvor gab es in § 1 Abs. 2 HGB einen Katalog von im Einzelnen aufgeführten Grundhandelsgewerben, die die Kaufmannseigenschaft begründeten (danach war z.B. ein Händler von beweglichen Waren Kaufmann, nicht aber ein Bauunternehmer). Trotz der Modernisierung durch das Handelsrechtsreformgesetz ist die Orientierung am „Handels“-Recht und „Kauf“-Mannsbegriff antiquiert; vgl. *Karsten Schmidt*, HandelsR, § 9 I (S. 277).

traditioneller Ausschluss der freiberuflichen, wissenschaftlichen, künstlerischen Tätigkeiten vom Kaufmannsbegriff

anbietende Tätigkeit an einem Markt

nicht: ausschließlich nachfragend (Verbraucher) oder bloße Vermögensverwaltung

mit Gewinnerzielungsabsicht (streitig).

nicht: rein karitative Einrichtungen,

Problem: öffentliche Versorgungsunternehmen

Die früher überwiegend geforderte Zulässigkeit der Tätigkeit (erlaubtes Verhalten) ist nach heute h.M. für den Gewerbebegriff nicht erforderlich (vgl. auch §7 HGB). Zwar mag der Registerrichter die Eintragung einer verbotenen Tätigkeit als Gewerbe ablehnen können. Die handelsrechtlichen Sondervorschriften sind aber auch dann anwendbar, wenn ein Gewerbe unerlaubt betrieben wird.

bb) Erforderlichkeit eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes

Ein Handelsgewerbe liegt des Weiteren nur vor, wenn die Ausübung des Gewerbes einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 1 II HGB). Ein Indiz hierfür ist die Anzahl der Mitarbeiter, der Umsatz, dass für die Buchhaltung eine eigene Abteilung vorgesehen ist usw.

Liegt ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 HGB vor, dann ist der entsprechende Gewerbetreibende per Gesetz Kaufmann („**Ist-Kaufmann**“). Die an den Kaufmannsbegriff anknüpfenden Regeln kommen in diesem Fall auch dann zur Anwendung, wenn der Gewerbetreibende seiner Pflicht zur Eintragung im Handelsregister (§ 29 HGB) nicht nachkommt.

Im Rahmen einer juristischen Fallbearbeitung ergibt sich für den „Ist-Kaufmann“ folgende Prüfung:

- Betrieb eines Gewerbes
- Erforderlichkeit eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs

Ausgenommen sind gemäß § 3 HGB Betriebe der Land- und Forstwirtschaft (vgl. nachstehend S.14).

⇒ vgl. Handelsrecht, Fall 1 – Holzhandel

b) Kaufmann kraft freiwilliger Eintragung = „Kann-Kaufmann“

aa) Kleingewerbetreibende: § 2 HGB

Wenn das Gewerbe (vgl. zum Gewerbebegriff oben S. 12 f.) nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (Kleingewerbe), liegt kein tatsächliches Handelsgewerbe vor. Der Gewerbetreibende ist dann zunächst kein Kaufmann per Gesetz (vgl. § 1 II HGB). Er ist jedoch berechtigt, nicht aber verpflichtet, sich als Kaufmann im Handelsregister eintragen zu lassen (§ 2 2 HGB). Lässt er sich eintragen, dann wird dadurch das Vorliegen eines Handelsgewerbes fingiert und der Kleingewerbetreibende wird zum Kaufmann (§ 2 1 HGB). Er hat allerdings die Möglichkeit, sich später wieder aus

dem Handelsregister löschen zu lassen (§ 2 3 HGB). Man kann ihn deshalb salopp als „*Kann-Kaufmann mit Rückfahrkarte*“ bezeichnen. Zu prüfen sind:

- Betrieb eines Gewerbes
- Eintragung im Handelsregister

⇒ vgl. Handelsrecht, Fälle 2 und 3 – Altstadtkneipe I und II

bb) Land- und forstwirtschaftliches Unternehmen: § 3 HGB

Ein land- und forstwirtschaftliches Unternehmen ist ausnahmsweise nicht schon per Gesetz Kaufmann (§ 3 I HGB). Wenn jedoch ein Gewerbe i.S.d. § 1 HGB betrieben wird, ist es zumindest Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. Aus handelsrechtlicher Sicht besteht für den Gewerbetreibenden darüber hinaus (optional) die Möglichkeit, durch Eintragung in das Handelsregister den Status eines Kaufmanns zu erlangen, wenn das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 3 II HGB). Erfolgt die Eintragung, kann sie – anders als bei den Kleingewerbetreibenden des § 2 HGB (s.o.) – nicht wieder rückgängig gemacht werden (§ 3 II HGB). Man kann also von einem „*Kann-Kaufmann ohne Rückfahrkarte*“ sprechen. Zu prüfen sind:

- Land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen
- Unternehmen erfordert „nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb“
- Eintragung im Handelsregister

2. Kaufmannseigenschaft der Gesellschaften (§ 6 HGB)

Gemäß § 6 I HGB finden die für Kaufleute geltenden Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung. Dabei sind im HGB selbst nur die Personenhandelsgesellschaften, und zwar die offene Handelsgesellschaft (oHG)⁷ und die Kommanditgesellschaft (KG)⁸ geregelt. Nach § 105 HGB (ggf. i.V.m. § 161 HGB) liegt eine Personenhandelsgesellschaft nur vor, wenn sie entweder auf den Betrieb eines tatsächlichen Handelsgewerbes i.S.v. § 1 II HGB ausgerichtet ist (§ 105 I HGB) oder (optional) im Handelsregister eingetragen ist (§ 105 II HGB). Das bedeutet, dass es sich auch bei einer Personenhandelsgesellschaft wie bei einem Einzelkaufmann entweder um einen Ist-Kaufmann oder um einen Kann-Kaufmann handelt.

Die Regel des § 6 I HGB gilt indes nur, solange nicht für bestimmte Gesellschaftsformen eine speziellere gesetzliche Regelung getroffen wurde (§ 6 II HGB). Dies ist der Fall bei den außerhalb des HGB geregelten Kapitalgesellschaften (AG, KGaA und GmbH) sowie bei der Genossenschaft. Diese Gesellschaften sind per Gesetz **Formkaufleute**, unabhängig davon, ob sie ein Handelsgewerbe oder überhaupt ein Gewerbe betreiben oder nicht. Daher brauchen die oben (unter 1.) dargestellten Kriterien für die Kaufmannseigenschaft (Handelsgewerbe) bei diesen Gesellschaften nicht geprüft zu werden. Im Einzelnen sind es folgende Vorschriften, die die entsprechende Gesellschaft zum Formkaufmann erklären (ggf. i.V.m. § 6 I HGB⁹):

⁷ Dazu unten Teil 2 – Gesellschaftsrecht.

⁸ Dazu unten Teil 2 – Gesellschaftsrecht.

⁹ Gemäß § 3 I AktG ist die AG und gemäß § 13 III GmbHG die GmbH Handelsgesellschaft im Sinne des HGB. Als Handelsgesellschaften sind sie gemäß § 6 I HGB Formkaufleute. Die e.G. ist nicht Handelsgesellschaft. Daher findet § 6 I HGB keine Anwendung. Aber § 17 II GenG bestimmt unmittelbar, dass die Genossenschaften als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches gelten.

- für die Aktiengesellschaft (AG) aus § 3 I AktG
- für die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) aus §§ 278 III, 3 I AktG
- für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) aus § 13 III GmbHG
- für die eingetragene Genossenschaft (eG) aus § 17 II GenG

Voraussetzung ist jeweils die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister, durch welche die Gesellschaft als juristische Person überhaupt erst entsteht (= konstitutive Handelsregistereintragung; dazu unten S. 24).

⇒ vgl. Handelsrecht, Fall Nr. 4 – Rechtsanwalts-GmbH

3. Kaufmann kraft Eintragung - Fiktivkaufmann (§ 5 HGB)

Ist ein Rechtsträger¹⁰ im Handelsregister eingetragen, so untersteht er gemäß § 5 HGB dem Handelsrecht und kann nicht geltend machen, dass das betriebene Geschäft kein Handelsgewerbe sei, insbesondere nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb i.S.v. § 1 II HGB erfordere. Der Rechtsverkehr kann sich also im Fall der Eintragung auf die Anwendbarkeit der Sonderregeln des Handelsrechts verlassen.

Die Vorschrift läuft seit der Neufassung der Kaufmanns-Tatbestände durch das Handelsrechtsreformgesetz praktisch leer. Früher waren Kleingewerbe nach §§ 2, 4 HGB a.F. (alter Fassung) nicht eintragungsfähig. Hier half § 5 HGB, weil er die Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Sonderregeln für den Fall sicherte, dass ein solches kleingewerbliches Unternehmen dennoch – zu Unrecht – eingetragen war. Heute besteht für Kleingewerbe ohnehin die Möglichkeit der Eintragung nach § 2 HGB, so dass es des § 5 HGB bei einem eingetragenen Kleingewerbetreibenden zur Sicherung der Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Sonderregeln nicht mehr bedarf.¹¹ Umstritten ist, ob § 5 HGB wenigstens noch auf die Fälle angewendet werden kann, in denen ein Betrieb zwar eingetragen, aber nicht Gewerbe i.S.v. § 1 HGB ist.¹²

4. Kaufmann kraft tatsächlichen Verhaltens = Scheinkaufmann

Der „Scheinkaufmann kraft tatsächlichen Verhaltens“ ist gesetzlich nicht geregelt.¹³ Bei dieser Rechtsfigur geht es um einen **Anwendungsfall der allgemeinen Rechtsscheinhaftung**. Danach muss sich ein im Rechtsverkehr auftretendes Rechtssubjekt einen von ihm veranlassten Rechtsschein¹⁴ zurechnen lassen, auf den sich ein Geschäftsgegner verlassen hat (vgl. aus dem Stellvertretungsrecht z.B. die Anscheinsvollmacht). Derjenige, der aufgrund seines Verhaltens beim Geschäftsgegner den Rechtsschein erweckt, Kaufmann zu sein, kann sich später nicht auf die fehlende Kaufmannseigenschaft und damit auf die fehlende Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Sonderregeln berufen.

¹⁰ Rechtsträger ist der Oberbegriff für alle natürlichen oder juristischen Personen oder Personenvereinigungen, die Träger von Rechten und Pflichten sein können.

¹¹ *Karsten Schmidt*, HandelsR, § 10 III 1 b (S. 299); a.A. *Canaris*, HandelsR, § 3 Rdn. 48 ff. (S. 49 f.).

¹² Dafür *Karsten Schmidt*, HandelsR, § 10 III 1 b und 2 b (S. 299 ff.); dagegen *Canaris*, HandelsR, § 3 Rdn. 56 (S. 52).

¹³ Zum Scheinkaufmann eingehend *Canaris*, HandelsR, § 6 Rdn. 7 ff. (S. 87 ff.); *Karsten Schmidt*, HandelsR, § 10 VIII (S. 323 ff.).

¹⁴ Rechtsschein = Schein des Bestehens eines bestimmten Rechtsverhältnisses.

Zu prüfen ist:

- Rechtsschein des Kaufmanns, z.B.: Firmierung mit dem Zusatz „eingetragener Kaufmann“, „e.K.“, „e.Kfm.“, „e.Kfr.“; Bezeichnung des eigenen Betriebs als „AG“ oder „GmbH“, obwohl eine derartige Rechtsform gar nicht vorliegt
- Zurechenbarkeit des Rechtsscheins, d.h. der Rechtsschein wurde durch den Kaufmann selbst veranlasst oder durch eine andere Person, obwohl der Kaufmann dies hätte verhindern können
- Entschließung eines Dritten (Geschäftsgegners) im Vertrauen auf die Kaufmannseigenschaft
- Schutzwürdigkeit des Dritten (Gutgläubigkeit). Diese entfällt bei Kenntnis und grober Fahrlässigkeit

V. Firmenrecht: §§ 17 ff. HGB*

1. Die Firma als Name

Nach § 17 HGB ist die Firma eines Kaufmanns der Name, unter dem dieser im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden. Wenn man also oftmals laienhaft davon spricht „Ich gehe in die Firma“, dann hat das mit dem handelsrechtlichen Begriff der Firma nichts zu tun. Die handelsrechtliche **Firma ist nur ein Name**, nicht aber das Unternehmen als solches. Ferner ist die Firma der Name für den Kaufmann als Unternehmensträger, nicht für das von diesem betriebene Unternehmen selbst:

Beispiel:

St. Wendler Hotelgruppe GmbH: Firma
Hotel am Springbrunnen: keine Firma!

Die Firma dient der Identifizierung des Unternehmens. Sie ist *nicht mit der Marke zu verwechseln*. So ist „Mercedes Benz“ z.B. eine Marke, „DaimlerChrysler AG“ hingegen die Firma des Unternehmens, das Inhaber dieser Marke ist.

Weil die Firma als der Name des Unternehmens dieses identifiziert, kann sie nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden (genau so wenig man als Privatperson seinen Namen übertragen kann), § 23 HGB. Auch hier ist allerdings die o.g. Unterscheidung zwischen Firma und Marke zu beachten. Eine Marke (z.B. Rover, BMW) kann auch ohne den Betrieb veräußert werden, nicht aber die Firma (z.B. Rover Deutschland GmbH, Bayerische Motoren Werke AG). Umgekehrt ist es jedoch möglich, das Unternehmen ohne die Firma zu veräußern, dann erlischt die Firma und es entsteht eine neue.

2. Sach-, Personal- und Phantasiefirmen

Vor der Handelsrechtsreform war das Firmenrecht sehr streng¹⁵, durch das Handelsrechtsreformgesetz wurde es grundlegend reformiert. Nach neuem Firmenrecht sind generell

* Vgl. zum Firmenrecht *Karsten Schmidt*, HandelsR, § 12 (S. 338 ff.); *Canaris*, HandelsR, §§ 10 und 11 (S. 181 ff.); *Kindler*, GrundK Handels- und GesR, § 4 (S. 64 ff.).

Personal-, Sach- oder Phantasiefirmen zulässig. Im Hinblick auf die Namensfunktion der Firma ist allerdings erforderlich, dass es sich um eine wörtliche und aussprechbare Bezeichnung handelt, die keine Bildzeichen enthält.¹⁶

3. Firmengrundsätze

Der Unternehmer ist trotz der Liberalisierung des Firmenrechts nicht völlig frei in der Wahl der Firma. Es sind vielmehr für die Bildung und Führung der Firma eines Kaufmanns nach § 17 ff. HGB bestimmte Firmengrundsätze zu beachten. Diese sind:

a) Firmeneinheit

Dieser Grundsatz steht nicht im Gesetz, ist aber allgemein anerkannt. Nach dem Grundsatz der Firmeneinheit darf ein Kaufmann für ein und dasselbe Unternehmen nur eine Firma führen. Organisatorisch voneinander getrennte Geschäfte desselben Kaufmanns können mehrere Firmen haben.

b) Firmenunterscheidbarkeit

Der Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit hat zwei Ausprägungen:

aa) Namensfähigkeit (§ 18 I HGB)

Die vom Unternehmer gewählte Firma muss abstrakt gesehen fähig sein, das Unternehmen zu identifizieren (Namensfähigkeit). Dazu muss die Firma nach § 18 I HGB zur Kennzeichnung geeignet sein und darüber hinaus Unterscheidungskraft besitzen. Auch wenn die Eignung zur Kennzeichnung in den meisten Fällen eine Folge der Unterscheidungskraft ist, so sind doch beide Voraussetzungen getrennt voneinander zu prüfen¹⁷.

Die Kennzeichnungsfähigkeit stellt dabei mehr darauf ab, ob die Firma für sich genommen als Name einprägsam und merkbar ist. Die Eignung zur Kennzeichnung fehlt z.B. bei sinnloser Aneinanderreihung gleichförmiger Buchstaben („A.A.A.A.A.A. GmbH“)¹⁸.

Unterscheidungskräftig ist eine Firma dann, wenn sie abstrakt gesehen zur Individualisierung des Unternehmensträgers in Abgrenzung zu anderen denkbaren Firmen geeignet ist und damit kein Freihaltebedürfnis für die gewählte Firma besteht. Die Unterscheidungskraft fehlt etwa bei schlichten Gattungsangaben („Handelsgesellschaft“)¹⁹ oder auch bei verbreiteten Familiennamen (Malerbetrieb „Müller“). Hier muss der Vorname hinzugefügt werden.

¹⁵ Aktiengesellschaften durften nur Sachfirmen (z.B. Hamburger Erdölhandels AG) benutzen, bei Einzelkaufleuten musste die Firma Vor- und Nachname enthalten (z.B. Winfried Obermeier Eisenwaren), bei Personengesellschaften musste der Name mindestens eines Gesellschafters enthalten sein (z.B. Petersen & Co. Schiffsbedarf KG), eine GmbH durfte eine Personal- oder Sachfirma (z.B. Bonner Verkehrsbetriebe GmbH oder Malerbetrieb Jürgen Jeske GmbH), aber keine Phantasiefirma (z.B. Intrac GmbH) haben.

¹⁶ Nach BayObLG NJW 2001, 2337 ist deshalb z.B. eine Firma, die das Zeichen „@“ enthält („D@B-GmbH“) nicht eintragungsfähig; a.A. LG Berlin, NZG 2004, 532.

¹⁷ A.A. wohl BayObLG BB 1999, 1401, welches davon spricht, dass „die Firma X unterscheidungskräftig und damit zur Kennzeichnung geeignet ist“.

¹⁸ OLG Frankfurt NJW 2002, 2400.

¹⁹ Nach BayObLG DB 2003, 2382 ist auch die Bezeichnung „Profi-Handwerker GmbH“ nicht ausreichend.

bb) Firmenausschließlichkeit (§ 30 I HGB)

Nach § 30 I HGB muss sich die Firma darüber hinaus von allen an demselben Ort (!) eingetragenen bereits bestehenden Unternehmen deutlich unterscheiden, d.h. es darf keine Verwechslungsgefahr entstehen. Diese ist auch vorhanden, wenn dieselbe Bezeichnung und lediglich unterschiedliche Rechtsformen vorliegen, z.B. zwischen Alfa Import AG und Alfa Import GmbH.

c) Firmenwahrheit

aa) Rechtsformzusatz (§ 19 I Nr. 1 HGB)

Zum Grundsatz der Firmenwahrheit gehört zunächst das speziell geregelte Erfordernis des *Rechtsformzusatzes* bei allen Unternehmensträgern (§ 19 HGB), damit deutlich wird, ob eine natürliche Person oder eine Gesellschaft hinter der Firma steht. Der Einzelkaufmann oder die Einzelkauffrau müssen den kennzeichnenden Zusatz „e.K.“, „e.Kfm.“ oder „e.Kfr.“ verwenden (§ 19 I Nr. 1 HGB), bei den Handelsgesellschaften des HGB sind die Bezeichnungen als „offene Handelsgesellschaft“, „Kommanditgesellschaft“ bzw. die Abkürzungen „oHG“, „KG“ zwingend (§ 19 I Nr. 2, 3 HGB). Aktiengesellschaften (§ 4 AktG), Kommanditgesellschaften auf Aktien (§279 AktG) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 4 GmbHG) hatten schon immer die Gesellschaftsbezeichnung bzw. eine übliche Abkürzung (AG, KGaA, GmbH) in der Firma zu führen. Fehlt der Rechtsformzusatz, der zu einer beschränkten Haftung führt (z.B. AG, GmbH), dann kann der Kaufmann persönlich nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung haften. Dazu muss er den Rechtsschein einer unbeschränkten Haftung zu verantworten haben und es muss Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners vorliegen. Letztere entfällt, wenn der Vertragspartner von der beschränkten Haftung wusste.

bb) Irreführungsverbot (§ 18 II HGB)

Darüber hinaus darf die Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für potentielle Geschäftspartner wesentlich sind, irreführen (§ 18 II HGB). Ob eine Irreführungsgefahr vorliegt, wird aus der Sicht des durchschnittlichen Angehörigen der betroffenen Verkehrskreise beurteilt.

Irreführung liegt z.B. vor bei:

- „Brotfabrik“ für Bäckerei
- „Hamburger Kaffeelager“ für einfaches Genussmittelgeschäft
- Verwendung des Namens einer nicht (und niemals zuvor, s. Firmenbeständigkeit) mit dem Unternehmen verbundenen Person
- Verwendung eines Zusatzes in der Firma, der auf eine andere als die tatsächlich vorliegende Rechtsform hindeutet²⁰
- Titel dürfen nicht in die Irre führen, ein Dr. der Rechte darf ohne den Zusatz „iur.“ nicht für die Firma eines medizinischen Unternehmensträgers verwendet werden, da dadurch besondere medizinische Kompetenz vorgetäuscht würde

²⁰ Dies ist nach dem Urteil des LG Bremen GmbHR 2004, 186 nicht bei einer Firmierung als „X & Co. GmbH“ der Fall. Eine Verwechslungsgefahr mit einer GmbH & Co. KG liege nicht vor. Ein verständiger Verkehrsteilnehmer werde der Firmierung nur den Hinweis entnehmen, dass die GmbH mehr als einen Gesellschafter hat.

d) Firmenbeständigkeit (§§ 21-24 HGB)

Die Firma darf in bestimmten Fällen entgegen dem Gebot der Firmenwahrheit unverändert bestehen bleiben, obwohl sie unrichtig (unwahr) geworden ist. Die Unrichtigkeit kann u.a. darauf beruhen, dass in der Firma der Name des Inhabers enthalten ist und sich dieser geändert hat (§21 HGB), der Inhaber des Handelsgeschäfts rechtsgeschäftlich oder kraft Erbfolge gewechselt hat und der bisherige Eigentümer oder seine Erben eingewilligt haben (§ 22 HGB) oder Gesellschafter ein- oder ausgetreten sind (§24 HGB). Scheidet ein Gesellschafter aus, kann sein Eigennamen nur in der Firma bleiben, wenn er (oder seine Erben) eingewilligt haben (§ 24 II HGB). Der Rechtsformzusatz muss jedoch immer aktuell sein!

⇒ vgl. Handelsrecht, Fall Nr. 5 – Nachlässigkeit

e) Firmenöffentlichkeit (§ 37a HGB)

Auf allen **Geschäftsbriefen** des Kaufmanns, die an einen bestimmten Empfänger gerichtet sind, müssen seine Firma, der Rechtsformzusatz des § 19 HGB (vgl. oben S. 18), der Ort seiner Handelsniederlassung, das Registergericht und die Nummer, unter der die Firma in das Handelsregister eingetragen ist, angegeben werden (§ 37a HGB). Gleiche Pflichten bestehen für die Handelsgesellschaften des HGB (oHG und KG) gemäß §§ 125a, 177a HGB, für die Aktiengesellschaft gemäß §80 AktG, für die GmbH gemäß § 35a GmbHG und für die Genossenschaft gemäß § 25a GenG. Dies ist der Grundsatz der Firmenöffentlichkeit.

4. Gebrauch unzulässiger Firmen – Firmenschutz

In der Regel wird eine unzulässige Firma gar nicht erst in das Handelsregister eingetragen. Es ist jedoch auch nachträglicher Schutz gegeben: Gebraucht ein Kaufmann eine nach den vorgenannten Vorschriften **unzulässige Firma**, kann er gemäß § 37 I HGB vom Registergericht zur Unterlassung des Firmengebrauchs durch Festsetzung von Zwangsgeld angehalten werden (**registerrechtliches Firmenmissbrauchsverfahren**). Außerdem können ihn Konkurrenten gemäß § 37 II HGB gerichtlich auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Daneben kommen Ansprüche aus dem Namensrecht (§§ 12, 823, 1004 BGB), aus dem Markenrecht (§ 15 MarkenG²¹), aus dem Recht der unerlaubten Handlung (§§ 823 I, 1004 BGB) oder aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs (§§ 1, 3, 13 UWG) in Betracht.

⇒ vgl. Handelsrecht, Fall Nr. 6 – ESO Tankstelle

VI. Stellvertretung und Hilfspersonen im Handelsrecht*

1. Die handelsrechtliche Stellvertretung

In dieser Vorlesung werden lediglich die Besonderheiten der handelsrechtlichen Stellvertretung behandelt, die allgemeine Stellvertretung wird genauer im Kurs Privatrecht I besprochen.

²¹ Auch wenn die Firma von der Marke zu trennen ist, ist sie Teil der nach dem MarkenG geschützten geschäftlichen Bezeichnungen (§§ 1, 5 MarkenG).

* Zur Stellvertretung und zu den Hilfspersonen im Handelsrecht vgl. *Karsten Schmidt*, HandelsR, § 16 und 17 (S. 453 ff.); *Canaris*, HandelsR, §§ 14 ff. (S. 284 ff.); *Kindler*, GrundK Handels- und GesellschaftsR, § 6 (S. 113 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kapitel F 4 und F 5 (S. 248 ff.); *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 7.8 (S. 129 ff.).

a) Prokura: §§ 48 ff. HGB

Die Prokura ist eine besondere handelsrechtliche Vollmacht mit gesetzlich bestimmtem Umfang. Sie kann nur durch einen Kaufmann persönlich und ausdrücklich (vgl. § 48 I HGB) einer natürlichen Person erteilt werden²². Sie ist nicht übertragbar (§ 52 II HGB) oder vererblich. Es ist auch keine Unterbevollmächtigung möglich. Der Prokurist hat neben seinem Namen mit der Firma und einem Zusatz für die Prokuristenstellung (meist: ppa, „per procura“) zu unterschreiben (§ 51 HGB).

Der **Umfang der Prokura** deckt alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte, die der **Betrieb irgendeines Handelsgewerbes** mit sich bringt (§ 49 I HGB), d.h., es besteht keine Beschränkung auf branchenübliche Geschäfte. Die Prokura umfasst jedoch **nicht die Privatgeschäfte des Kaufmanns** und auch nicht Geschäfte, die nicht mehr den laufenden Betrieb, sondern das kaufmännische Unternehmen als solches betreffen, wie z.B. seine Veräußerung oder die Änderung der Firma. Ausgeschlossen ist ferner die Veräußerung und Belastung von Grundstücken (Immobiliarklausel, § 49 II HGB), hierzu ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt wurde. Der Erwerb von Immobilien ist dagegen zulässig.

Eine **Beschränkung der Vertretungsmacht** ist im **Außenverhältnis** Dritten gegenüber grundsätzlich nicht möglich (§ 50 I, II HGB), d.h. der Geschäftsherr wird gegenüber seinen Vertragspartnern auch dann vollumfänglich vertraglich gebunden, wenn er die Prokura für bestimmte Bereiche gegenüber dem Prokuristen begrenzt hat. Ausnahmefälle einer auch im Außenverhältnis begrenzten Prokura sind jedoch die Gesamt- und die Filialprokura, die hier nicht weiter behandelt werden (§ 48 II bzw. § 50 II HGB). Eine faktische Begrenzung der Prokura im Außenverhältnis gegenüber Dritten kann sich über diese Ausnahmefälle hinausgehend auch in den seltenen Fällen des Missbrauchs der Vertretungsmacht ergeben (vgl. zu dieser Rechtsfigur die Vorlesung Privatrecht I). Ein Missbrauch der Vertretungsmacht kann entweder darin begründet liegen, dass der Dritte einverständlich mit dem Prokuristen zum Schaden des Geschäftsherrn zusammenarbeitet (Kollusion) oder dass der Dritte von der Beschränkung der Prokura entweder positive Kenntnis hatte oder sich diesem begründete Zweifel, ob nicht eine Vollmachtsüberschreitung im Innenverhältnis vorliegt, geradezu aufdrängen mussten (Evidenz des Missbrauchs). Leicht fahrlässige Unkenntnis schadet dem Dritten dagegen nicht.

Im **Innenverhältnis** zwischen Kaufmann und Prokuristen ist jedoch eine Beschränkung der Vertretungsmacht möglich²³ mit dem Ergebnis, dass das Geschäft im Außenverhältnis gegenüber dem Dritten zwar wirksam ist²⁴, jedoch der Prokurist sich dem Kaufmann gegenüber schadensersatzpflichtig macht, weil er die Beschränkung missachtet hat.

Die Prokura erlischt durch Widerruf des Geschäftsinhabers (§ 52 I HGB), regelmäßig durch Beendigung des Grundverhältnisses (d.h. des Dienstvertrags zwischen Kaufmann und Prokurist), durch Tod des Prokuristen (nicht aber des Kaufmanns, § 52 III HGB), durch Verlust der Kaufmannseigenschaft des Geschäftsinhabers und Aufgabe des Geschäftes sowie durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen (§ 115 InsO, § 168 BGB).

²² Die Erteilung richtet sich nach den §§ 167 ff. BGB (Näheres hierzu in der Vorlesung Privatrecht I).

²³ Beispiel: Dem Prokuristen einer Bank wird eine eigenständige Kreditvergabe nur bis 500.000 Euro gestattet. Bei darüber hinausgehenden Krediten hat er das Einverständnis des Vorstands einzuholen.

²⁴ Beispiel: Der Prokurist vergibt trotz der in Fußn. 23 genannten Beschränkung einen Kredit über 2 Mio. Euro an den Kunden K. Das Geschäft ist trotz der Überschreitung gemäß § 50 HGB wirksam.

Erteilung (§ 53 I HGB) und Erlöschen der Prokura (§ 53 III HGB) sind im Handelsregister eintragungspflichtig; es handelt sich jedoch nur um eine deklaratorische Eintragung, d.h. Wirksamkeit und Erlöschen der Prokura hängen nicht von der Eintragung in das Handelsregister ab. (vgl. zu den unterschiedlichen Wirkungen der Registereintragung ausführlich S. 23 f.)

b) Handlungsvollmacht: § 54 HGB

Handlungsvollmacht ist jede im Betrieb eines Handelsgewerbes erteilte Vollmacht unter Ausschluss der Prokura (§ 54 I HGB). Die Handlungsvollmacht wird nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 167, 171 BGB erteilt (mehr dazu in der Vorlesung Privatrecht I). Sie kann anders als die Prokura auch durch Stellvertreter (auch Prokuristen) erteilt werden. Der Umfang der Vollmacht wird vom Kaufmann bei der Erteilung bestimmt. § 54 I HGB nennt drei mögliche Arten der Handlungsvollmacht:

- Generalhandlungsvollmacht: alle Geschäfte, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt (enger als die Prokura)
- Arthandlungsvollmacht: für bestimmte Arten von Geschäften. Beispiel: Schalterangestellte, Verkäufer, Kellner
- Spezialhandlungsvollmacht: für einzelne Geschäfte

Die Handlungsvollmacht unterliegt in ihrem Umfang zunächst weitergehenden gesetzlichen Beschränkungen als die Prokura. So ist nicht nur für die Veräußerung und Belastung von Grundstücken sondern darüber hinaus auch für die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten sowie die Aufnahme von Darlehen und die Prozessführung eine besondere Bevollmächtigung erforderlich (§ 54 II HGB). Zudem sind, anders als bei der Prokura, sonstige rechtsgeschäftliche Einschränkungen der Vertretungsmacht auch im Außenverhältnis gegenüber Dritten grundsätzlich möglich. Dritte brauchen diese aber gleichwohl nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn sie diese weder positiv kannten noch kennen mussten (§ 54 III HGB). Es handelt sich hierbei um einen gesetzlich geregelten Fall der Rechtsscheinvollmacht. Anders als in den Fällen des Missbrauchs der Prokura schadet dem Dritten in diesem Zusammenhang jedoch bereits leichte Fahrlässigkeit.

c) Ladenangestellter: § 56 HGB

Ladenangestellte werden in der Regel Arthandlungsvollmacht haben. Selbst wenn das nicht der Fall ist, gilt nach § 56 HGB jeder, der in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen. Es handelt sich auch hierbei um einen Fall gesetzlicher Rechtsscheinvollmacht. Die Begriffe Laden oder Warenlager sind weit auszulegen und umfassen auch nur vorübergehend zum Verkauf genutzte Orte, wie z.B. einen Stand auf dem Weihnachtsmarkt. Nicht erfasst werden Büro- und Fabrikationsräume. Der Begriff des „Angestellten“ umfasst jede Person, die mit Wissen und Willen des Unternehmers eingeschaltet wird. Umfasst werden alle Geschäfte, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen. Das ist nicht der Fall, wenn der Angestellte die Ladeneinrichtung selbst verkauft!

d) Außendienstmitarbeiter: § 55 HGB

Wird hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

2. Hilfspersonen im Handelsrecht

a) Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge

In §§ 59 ff. HGB finden sich Regelungen, die nichts mit den davor stehenden Vorschriften zur handelsrechtlichen Stellvertretung zu tun haben, sondern sich mit dem Innenverhältnis zwischen einem Kaufmann/kaufmännischen Unternehmen und seinen angestellten Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen befassen. Es handelt sich um eine fragmentarische Regelung, die die allgemeinen Regeln des Arbeitsrechts ergänzt, insbesondere ein Wettbewerbsverbot für die Angestellten enthält.²⁵

Von diesen unselbständigen (angestellten) Hilfspersonen des Kaufmanns sind die selbständigen Hilfspersonen zu trennen, die i.d.R. selbst Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB sind.

b) Handelsvertreter: § 84 HGB

Der Handelsvertreter ist als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut, für einen anderen Unternehmer Geschäfte entweder

- zu vermitteln = Vermittlungsvertreter (das Geschäft wird hier nach der Vermittlung des Handelsvertreters direkt zwischen dem Dritten und dem Unternehmer abgeschlossen, d.h. ohne Stellvertretung des Handelsvertreters)
- oder in dessen Namen abzuschließen = Abschlussvertreter (hier schließt der Handelsvertreter das Geschäft in Stellvertretung, d.h. im Namen des Unternehmers mit Wirkung für diesen ab).

Rechtsprobleme entstehen im Handelsvertreterrecht insbesondere aus dem Provisionsrecht (§§ 87 ff. HGB), dem (nachvertraglichen) Wettbewerbsverbot (§ 90a HGB) und dem Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters bei Vertragsbeendigung (§ 89a HGB).

c) Handelsmakler: § 93 HGB

Der Handelsmakler ist im Gegensatz zum Handelsvertreter nicht ständig von dem Unternehmer mit der Vermittlung von Verträgen betraut. Anders als der Handelsvertreter hat er nicht nur die Interessen seines Auftraggebers, sondern beider Parteien zu wahren – er ist weisungsunabhängig.

d) Weitere „Hilfspersonen“

Andere selbständige „Hilfspersonen“ im weiteren Sinne sind (aus dem Bereich der Handelsgeschäfte) der Kommissionär (§§ 383 ff. HGB), der Frachtführer (§§ 407 ff. HGB), der Spediteur (§§ 453 ff. HGB) und der Lagerhalter (§§ 467 ff. HGB).

VII. Handelsregister*

Das Handelsregister ist ein öffentliches Verzeichnis bestimmter für den Handelsverkehr rechtserheblicher Tatsachen und Rechtsverhältnisse.

²⁵ Vgl. dazu näher *Karsten Schmidt*, Handlungsgehilfenrecht und Handelsgesetzbuch – Eine Skizze zum Abschied des HGB vom Arbeitsrecht, in: Festschrift für Alfred Söllner, 2000, S. 1047.

* Vgl. zum Handelsregister *Karsten Schmidt*, HandelsR, §§ 13 und 14 (S. 376 ff.); *Canaris*, HandelsR, §§ 46 (S. 54 ff.); *Kindler*, GrundK Handels- und GesR, § 3 (S. 46 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kapitel F 3 (S. 244 ff.); *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 3.4.6 (S. 46 ff.).

1. Allgemeine Grundlagen

Das Handelsregister gibt Auskunft über Tatsachen und Rechtsverhältnisse, die für Dritte im Rechtsverkehr mit einem Unternehmen/Kaufmann von Bedeutung sind. Neben der reinen Information (**Publikationsfunktion**) und der Erleichterung der Beweisführung im Prozess (**Beweisfunktion**) dient das Handelsregister auch dem Schutz des Rechtsverkehrs (**Schutzfunktion**). Es wird bei den Amtsgerichten (Registergerichten) geführt. Das Handelsregister enthält nur die wichtigsten Informationen, es dient nicht als „PR-Instrument“ des Unternehmens/des Kaufmanns.

a) Eintragungsfähige und nicht eintragungsfähige Tatsachen

In das Handelsregister können nur die **eintragungsfähigen Tatsachen** eingetragen werden, also diejenigen Tatsachen, bei denen das Gesetz an irgendeiner Stelle ausdrücklich bestimmt, dass sie eingetragen werden können. In aller Regel sind die eintragungsfähigen Tatsachen gleichzeitig auch **eintragungspflichtig**. So „ist“ z.B. nach § 53 I HGB die Erteilung der Prokura (dazu oben S. 20 f.) vom Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, ebenso das Erlöschen der Prokura (§ 53 III HGB). Gemäß § 29 HGB ist der Kaufmann verpflichtet, seine Firma ins Handelsregister eintragen zu lassen. Eintragungspflichtige Tatsachen finden sich für die offene Handelsgesellschaft z.B. in §§ 106 f. und 125 IV HGB. Wird die Eintragungspflicht nicht befolgt, kann ein Zwangsgeld von bis zu €5.000 verhängt werden, § 14 HGB.

Nur ausnahmsweise bestimmt das Gesetz, dass Tatsachen eingetragen werden können, aber nicht eingetragen werden müssen (z.B. der Haftungsausschluss bei Unternehmensübertragung nach §§ 25 II, 28 II HGB, vgl. dazu nachfolgend S. 28 ff.). Hierbei handelt es sich dann um Tatsachen, die eintragungsfähig, aber nicht eintragungspflichtig sind.

Enthält das Gesetz keine Bestimmung darüber, dass eine bestimmte Tatsache einzutragen ist oder eingetragen werden kann, handelt es sich um eine **nicht eintragungsfähige Tatsache**. So kann z.B. die erteilte Handlungsvollmacht – anders als die Prokura – nicht eingetragen werden.

b) Deklaratorische und konstitutive Eintragungen

Von ihrer Wirkung her sind ferner deklaratorische und konstitutive Eintragungen zu unterscheiden:

Deklaratorische Eintragungen sind die Regel. Bei ihnen ist die Rechtswirkung nicht abhängig von der Eintragung. So hat z.B. ein Angestellter, dem Prokura (§ 48 HGB) vom Geschäftsinhaber erteilt worden ist, ab der Erteilung Vertretungsmacht in dem in § 49 HGB genannten Umfang. Die spätere Eintragung der Prokura im Handelsregister (§ 53 I HGB) sorgt nur noch für eine Klarstellung nach außen. Sie wird deshalb deklaratorisch (= rechtsbekundend) genannt. Deklaratorisch ist auch die Eintragung eines Kaufmanns i.S.d. § 1 II HGB. Erfordert das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, ist der Inhaber schon kraft Gesetz Kaufmann (vgl. oben S. 12 f.). Die spätere Eintragung bestätigt diese Rechtslage nur.

Konstitutive Eintragungen sind hingegen solche, bei denen die Rechtswirkung erst mit der Eintragung beginnt. Die Eintragung ist damit rechtsbegründend. Dies ist z.B. bei den Kaufleuten der §§ 2, 3 HGB der Fall: Der Kleingewerbetreibende oder das land- und

forstwirtschaftliche Unternehmen wird erst zum Kaufmann, sobald die Eintragung im Handelsregister erfolgt ist. Ebenso ist die Eintragung einer GmbH oder AG im Handelsregister konstitutiv. Die Gesellschaft entsteht erst mit der Eintragung.

c) Aufgaben des Registergerichts und Eintragungsvorgang

Das Registergericht wird in aller Regel nur auf Antrag tätig. Nur ausnahmsweise, und wenn dies gesetzlich vorgesehen ist, wird das Registergericht von Amts wegen tätig, z.B. bei der Eintragung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Kaufmanns (§ 32 HGB). Von Amts wegen wird auch das Erlöschen einer eingetragenen Firma eingetragen, wenn die Verhängung von Zwangsgeld nicht dazu geführt hat, dass der Kaufmann selbst den Antrag gestellt hat (§ 31 II 2 HGB). Das Gericht prüft vornehmlich die formellen Voraussetzungen, die sachliche Richtigkeit der Anmeldung wird nur geprüft, wenn begründete Zweifel vorliegen.

Die Eintragungen im Handelsregister erfolgen in den Abteilungen A und B. In Abteilung A werden die Tatsachen über Einzelkaufleute und die Personengesellschaften des HGB (oHG und KG), in Abteilung B die Angaben über Körperschaften (insbes. AG, GmbH) eingetragen.²⁶

Das Gericht hat die Eintragungen im Handelsregister durch den Bundesanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt (z.B. eine Tageszeitung am Ort) bekannt zu machen (§ 10 HGB). Die Einsicht in das Handelsregister sowie in die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke ist jedem gestattet (§ 9 HGB). Der Zutritt ist frei; auf ein berechtigtes Interesse kommt es nicht an.

2. Publizität des Handelsregisters (§ 15 HGB)

Wie bereits oben unter 1. dargelegt, dient das Handelsregister neben der reinen Information und der Möglichkeit der Beweisführung auch dem Schutz des Rechtsverkehrs (Schutzfunktion). Das Vertrauen derjenigen Personen, die sich auf die Richtigkeit des Handelsregisters verlassen, wird gemäß § 15 HGB geschützt (Publizität des Handelsregisters).

a) Wirkung richtiger Eintragungen und Bekanntmachungen, § 15 II HGB

Zwar nicht in Klausuren, wohl aber in der Praxis ist § 15 II HGB der **Regelfall**. Bei dieser Vorschrift handelt es sich streng genommen nicht um einen „echten“ Publizitätstatbestand, da Realität und Registerinhalt hier nicht auseinander fallen. Es wird nicht, wie üblicher Weise bei Publizitätstatbeständen, das Vertrauen Dritter in die Richtigkeit bzw. Vollständigkeit des Registers geschützt, sondern diese müssen vielmehr den (richtigen) Inhalt des Handelsregisters gegen sich gelten lassen. Grundsätzlich – und darin liegt die Besonderheit des § 15 II HGB begründet – ist die richtige Registereintragung dabei sogar stärker als ein widersprechender Rechtsschein. Ist also z.B. im Handelsregister das Erlöschen der Prokura eines vormaligen Prokuristen ordnungsgemäß eingetragen und bekannt gemacht worden und schließt der ehemalige Prokurist einen Monat später noch ein Geschäft im Namen des Kaufmanns/Unternehmens mit einem Dritten ab, dann kann sich der Dritte auch dann nicht mehr auf die vormalige Vertretungsmacht des ehemaligen Prokuristen berufen, wenn jener auch weiterhin als solcher auftritt und der Kaufmann bzw. das Unternehmen dagegen fahrlässig nichts unternimmt. Die Berufung des Eintragungspflichtigen auf eine eingetragene

²⁶ Zur Unterscheidung zwischen Personengesellschaften und Körperschaften vgl. Teil 2 des Skripts (Gesellschaftsrecht) S. 8 ff.).

Tatsache kann jedoch ausnahmsweise **rechtsmissbräuchlich** sein, wenn dem Dritten aufgrund eindeutigen Verhaltens des Eintragungspflichtigen ein Einblick in das Register überflüssig erscheinen musste.

Dritte müssen die richtige Registereintragung ferner innerhalb der ersten 15 Tage nach der Bekanntmachung dann noch nicht gegen sich gelten lassen, wenn sie beweisen, dass sie die eingetragene Tatsache weder kannten noch fahrlässig nicht kannten. 15 Tage nach der Bekanntmachung kann *der Kaufmann* hingegen in jedem Fall darauf vertrauen, dass die eingetragene Tatsache bekannt ist, und sich auf diese berufen.

b) „Kranke“ Fälle: Keine Übereinstimmung mit der Wirklichkeit

Anders als bei § 15 II geht es bei §§ 15 I und III HGB um die „kranken“ Fälle, in denen die im Handelsregister verlautbarten Tatbestände nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Bei diesen Vorschriften handelt es sich somit um „echte“ Publizitätstatbestände, bei denen das Vertrauen Dritter auf die Richtigkeit bzw. Vollständigkeit des Handelsregisters bzw. der Bekanntmachung des Registergerichts nach § 10 HGB geschützt wird. Zu unterscheiden ist dabei die negative Publizität des Handelsregisters (§ 15 I HGB) von der positiven Publizität der Bekanntmachung nach § 10 HGB (§ 15 III HGB).

aa) Negative Publizität des Handelsregisters, § 15 I HGB

(1) Allgemeines

§ 15 I HGB regelt die negative Publizität des Handelsregisters, indem er das Vertrauen Dritter darauf schützt, dass eintragungspflichtige Tatsachen ordnungsgemäß in das Handelsregister eingetragen wurden. Die Vorschrift bezieht sich auf deklaratorische Eintragungen, bei denen die Wirksamkeit der einzutragenden Tatsache nicht davon berührt wird, dass die Eintragungspflicht verletzt wurde (vgl. oben S. 23). Als Korrektur schützt § 15 I HGB das Vertrauen des Dritten darauf, dass nicht eingetragene Tatsachen nicht bestehen. Der Dritte muss also auf die Vollständigkeit des Handelsregisters vertrauen. Man könnte auch sagen: Geschützt wird das **Vertrauen des Dritten auf die Vollständigkeit (= das „Schweigen“) des Handelsregisters**. Dagegen schützt § 15 I HGB nicht das Vertrauen des Dritten auf die Richtigkeit erfolgter Eintragungen („Reden des Handelsregisters“). Insoweit bleibt die Publizitätswirkung des Handelsregisters hinter der Publizitätswirkung anderer Register wie etwa dem Grundbuch zurück, welchem sowohl eine positive als auch eine negative Publizitätswirkung zukommt.

(2) Tatbestand des § 15 I HGB im Einzelnen

Nach dem Wortlaut des § 15 I HGB kann eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, solange sie nicht eingetragen und (gem. § 10 HGB) bekannt gemacht worden ist, es sei denn, dass die Tatsache dem Dritten bekannt war.

§ 15 I HGB gilt **nur im Rechtsgeschäfts- und Prozessverkehr**, nicht dagegen im deliktischen Bereich („Unrechtsverkehr“) und im Bereich des öffentlichen Rechts, denn hier kann das Vertrauen auf den Inhalt des Handelsregisters keine Rolle spielen. Dies wird hauptsächlich relevant bei der Haftung nach § 128 HGB: Wurde der Austritt eines Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft (oHG) nicht eingetragen, haftet der ehemalige Gesellschafter zwar weiter für die rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft, z.B. auf Kaufpreiszahlung, nicht jedoch für deliktische Schadensersatzansprüche oder für Schulden.

Typische Fälle, in denen § 15 I HGB Anwendung findet, sind der Widerruf einer Prokura (§ 53 HGB), der nicht eingetragene Ist-Kaufmann (§ 1 HGB) und das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer OHG (§ 143 II HGB).

Der Schutz des Dritten entfällt nur, wenn er positive Kenntnis der eintragungspflichtigen Tatsache hatte. Fahrlässige Unkenntnis schadet ihm dagegen, anders als bei sonstigen Rechtsscheintatbeständen, nicht. Unerheblich ist daher auch, ob er zuvor ins Handelsregister Einsicht genommen hat.

§ 15 I HGB ist danach im Rahmen einer juristischen Fallbearbeitung wie folgt zu prüfen:

- Eintragungspflichtige Tatsache
- fehlende Eintragung im Handelsregister und fehlende Bekanntmachung
- keine (positive!) Kenntnis des Dritten

(3) Problemfälle

(a) Anwendbarkeit des § 15 I HGB bei fehlender Voreintragung?

Wurde es versäumt, eine Tatsache einzutragen, die eine andere (eintragungspflichtige) Tatsache wieder aufhebt, stellt sich die Frage, ob § 15 I HGB Anwendung findet. Konkret: Wurde etwa Prokura erteilt (eintragungspflichtig) und die Erteilung nicht eingetragen und später die Prokura widerrufen (ebenfalls eintragungspflichtig) und auch der Widerruf nicht eingetragen²⁷, stellt sich die Frage, ob sich der Dritte isoliert im Hinblick auf den Widerruf auf § 15 I HGB berufen kann, d.h. ob er den Widerruf ignorieren und so tun darf, als würde die (nicht eingetragene) Prokura bestehen. Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur bejahen dies mit dem Argument, dass der Dritte ja trotz Eintragung ins Handelsregister anderweitig von der Prokuraerteilung erfahren haben könnte.²⁸

⇒ vgl. Handelsrecht, Fälle Nr. 7 und 8 – Der ungetreue Prokurist I und II

(b) Geteilte Ausübung des Wahlrechts des Dritten bei fehlender Eintragung doppelwirksamer Tatsachen („Rosinentheorie“)?

§ 15 I HGB ist eine Norm des Drittschutzes, so dass der Dritte auf diese schützende Vorschrift „verzichten“ kann und nach h.M. ein **Wahlrecht** hat, ob er sich auf den Registerinhalt oder die wahre Sachlage beruft. Umstritten ist in diesem Zusammenhang aber, ob sich der Dritte im Falle so genannter doppelwirksamer Tatsachen auch auf eine **Kombination von Elementen der wahren und der scheinbaren Rechtslage** berufen kann („Rosinentheorie“).

Beispiel: *In der offenen Handelsgesellschaft haftet jeder Gesellschafter nach § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Normalerweise ist ferner jeder Gesellschafter einer*

²⁷ Ergebnis: Durch die doppelte Nichteintragung ist das Handelsregister wieder richtig geworden: Keine Vertretungsmacht.

²⁸ BGHZ 116, 37, 44 ff.; K. Schmidt, HandelsR, § 14 II 2 b; Kindler, GrundK Handels- und GesR, § 3, Rn. 22 (S. 53) mit weiteren Literaturnachweisen in der Fußnote 4. In der Literatur wird dieses Ergebnis teilweise mit der Erwägung kritisiert, dass bei bereits fehlender Voreintragung kein Rechtsschein vorliegen würde, der durch die Folgeeintragung beseitigt werden müsste, vgl. hierzu die Nachweise ebenfalls bei Kindler, GrundK Handels- und GesR, § 3 Rn. 21 (S. 53), Fußnote 30. Für eine vermittelnde Lösung: Canaris, HandelsR, § 5 Rn. 12 (S. 54 f.), wonach § 15 I HGB in Fällen fehlender Voreintragung nur dann nicht zur Anwendung kommen soll, wenn die voreintragungspflichtige Tatsache nicht nach außen bekannt geworden war.

offenen Handelsgesellschaft (oHG) allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt (§125 HGB). Der Gesellschaftsvertrag kann aber (ggf. nur für besonders wichtige Geschäfte) eine Gesamtvertretung vorsehen, so dass nur alle Gesellschafter gemeinsam die Gesellschaft wirksam vertreten können. Scheidet in einer solchen Gesellschaft ein Gesellschafter aus, können nunmehr die verbliebenen Gesellschafter die Gesellschaft wirksam ohne Mitwirkung des ausgeschiedenen Gesellschafters vertreten. Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet aber auch nicht mehr für die nach diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Bei dem Ausscheiden des Gesellschafters handelt es sich damit um eine doppelwirksame Tatsache. Wird das Ausscheiden des Gesellschafters jedoch entgegen § 143 II HGB nicht in das Handelsregister eingetragen, haftet der verbleibende Gesellschafter gutgläubigen Dritten gegenüber auch für nach diesem Zeitpunkt entstandene Verbindlichkeiten. Gleichzeitig müsste die Begründung vertraglicher Verbindlichkeiten eigentlich auch weiterhin der Mitwirkung des ausgeschiedenen Gesellschafters bedürfen. In dieser Konstellation kann jedoch ein Dritter, der im Vertrauen auf das Handelsregister mit den verbleibenden Gesellschaftern einen Vertrag geschlossen hat, ein Interesse daran haben, sich im Hinblick auf die Vertretungsbefugnis auf die wahre Rechtslage (= Vertretungsmacht der verbleibenden Gesellschafter) und im Hinblick auf die fortbestehende Haftung des (u.U. solventeren) ausgeschiedenen Gesellschafters auf den Registerinhalt zu berufen. Der Dritte könnte sich dann sozusagen hinsichtlich der jeweils für ihn günstigen Wirkung der eintragungspflichtigen Tatsache (= Ausscheiden des Gesellschafters) „die Rosinen herauspicken“.

Während die Rechtsprechung und ein großer Teil der Literatur dem Dritten eine differenzierte Ausübung des Wahlrechts im oben genannten Sinne gestatten²⁹, wird diese Auffassung von einem Teil der Literatur kritisiert³⁰.

bb) Positive Publizität der Bekanntmachung, § 15 III HGB

In § 15 III HGB, der auf europarechtlichen Vorgaben beruht, ist in Ergänzung zur negativen Publizität des Handelsregisters die so genannte **positive Publizität** der Bekanntmachung nach § 10 HGB geregelt. Anders als bei der negativen Publizität des Handelsregisters selbst kann sich der Dritte hierbei auf den unrichtigen Inhalt der Bekanntmachung berufen. Geschützt wird also das **Vertrauen des Dritten auf die Richtigkeit (= „das Reden“) der Bekanntmachung**.

§ 15 III HGB stellt primär nur auf die Unrichtigkeit der *Bekanntmachung*, nicht dagegen auf die Unrichtigkeit des Handelsregisters ab. Er gilt aber nach h.M. auch dann, wenn sowohl die Eintragung als auch die Bekanntmachung unrichtig sind. Das bedeutet, dass die (unrichtige) Bekanntmachung nicht von der Eintragung abweichen muss; *entscheidend ist allein, dass die Bekanntmachung von der tatsächlichen Rechtslage abweicht*. Ferner bedeutet dies jedoch auch, dass bei richtiger Registereintragung und falscher Bekanntmachung ebenfalls der Schutz des § 15 III HGB greift.

§15 III HGB erfasst somit folgende drei Unterfälle:

- Eintragung richtig, Bekanntmachung falsch
- Eintragung und Bekanntmachung gleich lautend, aber beide falsch
- Eintragung fehlt ganz, es wird etwas bekannt gegeben, das nicht eingetragen ist

²⁹ BGHZ 65, 309; K. Schmidt, HandelsR, § 14 II 4 b; Kindler, GrundK Handels- und GesR, § 3, Rn. 33 (S.56).

³⁰ Canaris, HandelsR, § 5 I, Rn. 26 (S. 60), der insbesondere kritisiert, dass der Dritte nach der Lösung des BGH besser dasteht als nach der wahren Rechtslage, wofür sich kein sachlicher Grund anführen lasse.

Ob diese alleinige Anknüpfung des registerrechtlichen Vertrauensschutzes an die Bekanntmachung rechtspolitisch überzeugend ist, mag man bezweifeln. Denn es ist zu bedenken, dass die Handelsregister in Zukunft zunehmend elektronisch geführt werden und sich der Rechtsverkehr dann eher auf die Eintragung als auf die Bekanntmachung verlässt.³¹

§ 15 III HGB gilt wie § 15 I HGB nur im Rechtsgeschäfts- und Prozessverkehr, nicht dagegen im deliktischen Bereich („Unrechtsverkehr“) und im Bereich des öffentlichen Rechts (vgl. dazu oben S. 25).

Wie auch im Rahmen des § 15 I HGB entfällt der Schutz des Dritten nur, wenn er positive Kenntnis der eintragungspflichtigen Tatsache hatte. Fahrlässige Unkenntnis schadet ihm dagegen nicht.

Im Rahmen einer juristischen Fallbearbeitung ist § 15 III HGB wie folgt zu prüfen:

- Hypothetisch eintragungspflichtige Tatsache (Hypothetisch, da *falsche* Tatsachen nicht eintragungspflichtig sein können! D.h., wenn die Tatsache wahr wäre, müsste man sie dann eintragen?)
- unrichtige Bekanntmachung
- auf Veranlassung des Eingetragenen
- keine (positive) Kenntnis des Dritten von der Unrichtigkeit

⇒ vgl. Handelsrecht, Fall Nr. 9 – Böse Überraschung

In Sonderfällen sieht das Gesetz zwar die Eintragung einer Tatsache im Handelsregister, nicht aber die Bekanntmachung vor. So sind z.B. bei der Kommanditgesellschaft (KG)³² die Kommanditisten und der Betrag ihrer Einlage zur Eintragung im Handelsregister anzumelden (§ 162 I HGB). Bei der Bekanntmachung der Eintragung der Gesellschaft sind hingegen keine Angaben zu den Kommanditisten zu machen (§ 162 II HGB). Seit dem Jahr 2001 schließt das Gesetz deshalb ausdrücklich die Anwendbarkeit des § 15 HGB aus (§ 162 II Hs. 2 HGB). Wird in Zukunft ein Kommanditist insgesamt fälschlich oder fälschlich mit einer zu hohen Haftsumme (= Einlage) im Handelsregister eingetragen, kann sich der Rechtsverkehr im Gegensatz zur früheren Rechtslage nicht mehr auf § 15 HGB berufen.³³

VIII. Übertragung eines kaufmännischen Unternehmens*

Während das HGB zahlreiche Regelungen über den Kaufmann als Betreiber eines Unternehmens enthält, werden Fragen, die das kaufmännische Unternehmen selbst betreffen, nur am Rande behandelt. Bei einem Unternehmen handelt es sich um eine **Gesamtheit von Gegenständen (z.B. Sachen, Rechte und sonstige Güter), die einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck dienen**. Das Unternehmen kann als Rechtsobjekt Gegenstand des Rechtsverkehrs sein, d.h. der Inhaber eines kaufmännischen Unternehmens kann sein Unternehmen durch einen Unternehmenskauf- oder Pachtvertrag oder durch ein ähnliches Rechtsgeschäft unter Lebenden an einen anderen Rechtsträger veräußern.

³¹ Vgl. dazu *Karsten Schmidt*, ZIP 2002, 413.

³² Vgl. im Einzelnen zur KG Teil 2 des Skripts (Gesellschaftsrecht) S. 60 ff.

³³ Hinweis: Eine allgemeine Rechtsscheinhaftung wird dadurch natürlich nicht ausgeschlossen.

* Zur Haftung bei Unternehmensfortführung vgl. *Karsten Schmidt*, HandelsR, § 8 (S. 211 ff.) und *Canaris*, HandelsR, § 7 (S. 97 ff.); *Kindler*, GrundK Handels- und GesR, § 5 III (S. 101 ff.); siehe auch *Steckler*, WirtschaftsR, Kapitel F 2.3 (S. 237 ff.).

Die Veräußerung eines Unternehmens kann dabei auf zwei unterschiedliche Arten vonstatten gehen. Unter einem Unternehmenskauf im engeren Sinn - englisch: *Asset Deal* - versteht man die Veräußerung des Unternehmens selbst durch den alten Unternehmensträger an den neuen Unternehmensträger. Bei dieser Art der Unternehmensveräußerung müssen alle Vermögensgegenstände, die das Unternehmen ausmachen, einzeln nach den für sie jeweils geltenden Regeln auf den neuen Unternehmensträger übertragen werden. Einfacher gestaltet sich dagegen die Unternehmensveräußerung im Wege der Übertragung sämtlicher (oder auch nahezu sämtlicher) Anteile an einem Unternehmensträger (etwa einer GmbH). Veräußert wird hierbei unmittelbar nicht das Unternehmen, sondern der Unternehmensträger; das „daran hängende“ Unternehmen geht aber mittelbar auf den neuen Anteilseigner über – englisch: *Share Deal*. Zur Durchführung dieser Art der Unternehmensveräußerung bedarf es nur eines einzigen Akts, nämlich der Übertragung der Anteile an dem Unternehmensträger.

Kommt es – wie im Fall des *Asset Deal* – zu einem Wechsel des Unternehmensträgers, bedarf es einer Regelung, inwieweit der Übernehmer gegenüber den Altgläubigern (= Gläubiger des Unternehmens vor dessen Übertragung) haftet³⁴. Der Klärung bedarf dann auch die Frage nach der Stellung der Altschuldner (= Schuldner des Unternehmens vor dessen Übertragung). Solche Regeln enthalten §§ 25, 28 HGB. Die systematische Einordnung der Regelung im Firmenrecht des HGB erscheint indes unbefriedigend, weil es nicht nur um die Firmenfortführung, sondern generell um Fragen im Zusammenhang mit der Übertragung von Unternehmen geht.

1. Firmenfortführung: § 25 HGB

a) Haftung des Erwerbers gegenüber den Altgläubigern

§ 25 I 1 HGB enthält folgende Regelung:

„Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten.“

Mit der missverständlichen Formulierung „Handelsgeschäft“ ist hier nicht das Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB, sondern das kaufmännische Unternehmen gemeint. Nach dieser Vorschrift haftet der Erwerber eines Unternehmens im Fall der Firmenfortführung gegenüber denjenigen Gläubigern, deren Forderungen gegen das Unternehmen noch von dem bisherigen Unternehmensinhaber begründet wurden. Veräußert also beispielsweise Elektrohändler E sein Unternehmen an den Käufer K und führt dieser das Unternehmen unter der bisherigen Firma fort (dies wird er vor allem deshalb tun, weil die Firma des E im Rechtsverkehr schon bekannt ist und er so den guten Ruf des Unternehmens des E nutzen kann), dann haftet K für die Kaufpreiszahlung von Waren, die ein Lieferant L dem Unternehmen des E vor der Übernahme geliefert hat. Anspruchsgrundlage wäre dann § 433 II BGB (Kaufvertrag zwischen E und L) i.V.m. § 25 I HGB.

Im Rahmen einer juristischen Fallbearbeitung ist § 25 I HGB wie folgt zu prüfen:

- Handelsgeschäft (= Inhaber ist Kaufmann i.S.v. §§ 1 ff. BGB)
- Veräußerung (= Übergang der Unternehmensträgerschaft) unter Lebenden
- Firmenfortführung

³⁴ Bei einer mittelbaren Unternehmensveräußerung im Rahmen eines *Share Deal* bedarf es solcher Regelungen dagegen nicht, da es nicht zu einem Wechsel des Unternehmensträgers kommt, so dass dessen Schulden und Forderungen im Rahmen der Anteilsübertragung automatisch mit übergehen.

⇒ vgl. Handelsrecht, Fall Nr. 10 – Partyservice

Die Firma muss nicht unbedingt unverändert fortgeführt werden. Entscheidend für eine Haftung aus § 25 I HGB ist allein, dass der prägende Teil (Firmenkern) der alten in der neuen Firma beibehalten ist und deswegen die mit dem jeweiligen Unternehmen in geschäftlichem Kontakt stehenden Kreise des Rechtsverkehrs die neue Firma noch mit der alten identifizieren.³⁵ Unerheblich ist, ob der Erwerber berechtigt ist, die Firma weiterzuführen (vgl. § 22 HGB).

Haben der bisherige Inhaber und der Erwerber in dem Unternehmenskaufvertrag eine abweichende Vereinbarung über die Haftung des Erwerbers getroffen, so ist diese Vereinbarung nach § 25 II HGB einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie entweder in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist. Die Eintragung muss „unverzüglich“ erfolgen, Verzögerungen gehen zu Lasten des Erwerbers. Eine verspätete Eintragung macht den Haftungsausschluss unwirksam, grundsätzlich unabhängig davon, ob sie verschuldet ist oder nicht. In der Praxis sind Haftungsausschlüsse nach § 25 II HGB und ihre Eintragung im Handelsregister selten.

Die Haftung aus § 25 I HGB kann für den Erwerber u.U. recht hart sein. Insbesondere bei der Übernahme insolventer Unternehmen, über deren Vermögen wegen Masselosigkeit kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, ist auf Seiten des Erwerbers äußerste Vorsicht geboten. Denn der Erwerber haftet hier bei einer Firmenfortführung gegenüber den Gläubigern des insolventen Unternehmens.³⁶

⇒ vgl. Handelsrecht, Fall Nr. 11 – Metallwarenfabrik

Ist allerdings über das Vermögen des kaufmännischen Unternehmens ein Insolvenzverfahren eröffnet worden und veräußert der Insolvenzverwalter das Unternehmen an einen Erwerber, dann greift § 25 I HGB nach allgemeiner Ansicht nicht ein. Der Grund dieser Einschränkung liegt darin, dass das Unternehmen praktisch unverkäuflich wäre, wenn der Erwerber mit einer Haftung gegenüber allen Insolvenzgläubigern zu rechnen hätte.³⁷

Tritt eine Haftung des Erwerbers nach § 25 HGB ein, dann wird dadurch nicht etwa der bisherige Inhaber aus seiner eigenen Haftung entlassen. Allerdings begrenzt § 26 HGB die Forthaftung des bisherigen Inhabers in zeitlicher Hinsicht (5 Jahre).³⁸

³⁵ Nach BGH ZIP 2004, 1103 löst z.B. die Fortführung eines unter der Bezeichnung „Kfz-Küpper, Internationale Transporte, Handel mit Kfz.-Teilen und Zubehör aller Art“ firmierenden einzelkaufmännischen Unternehmens als „Kfz-Küpper Transport und Logistik GmbH“ die Haftung aus § 25 I HGB aus.

³⁶ Dazu kritisch *Canaris*, HandelsR (o. Fußn. 11), § 7 Rn. 4, 16 und 27 (S. 123 f., 129 f. und 134).

³⁷ Vgl. BGHZ 104, 151, 153 = NJW 1988, 1912; *Baumbach/Hopt*, HGB, Kommentar, 30. Aufl. 2000, § 25 Rn. 4; mit anderer Begründung auch *Canaris*, HandelsR (o. Fußn. 11), § 7 Rn. 25 (S. 133 f.).

³⁸ Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Enthftung des Veräußerers bei *Canaris*, HandelsR (o. Fußn. 11), § 7 Rn. 42 ff. (S. 140 ff.).

b) Schutz der Altschuldner bei Zahlung an den Erwerber

§ 25 I 2 HGB enthält folgende zusätzliche Regelung:

„Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldner gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.“

Nach dieser Vorschrift können diejenigen Schuldner, die vor der Unternehmensübertragung Verbindlichkeiten gegenüber dem bisherigen Inhaber des Unternehmens hatten, diese Schulden auch durch Leistung an den neuen Inhaber erfüllen.

2. Einbringung eines Unternehmens in eine neu gegründete oHG/KG

§ 28 I 1 HGB bestimmt:

„Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers.“

Die Formulierung des Gesetzes („Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns“) ist missverständlich, weil man in ein einzelkaufmännisches Unternehmen – anders als in eine Gesellschaft – im Grunde nicht eintreten kann. Die Vorschrift meint den Fall, dass ein einzelkaufmännisches Unternehmen in eine neu zu gründende oHG oder KG eingebracht wird. Der bisher allein tätige Einzelkaufmann sucht sich einen Partner, der sich entweder als persönlich haftender Gesellschafter an einer neu gegründeten oHG (beide haften dann unbeschränkt³⁹) oder als Kommanditist an einer neu gegründeten KG beteiligt (der bisherige Einzelkaufmann haftet dann als Komplementär weiter unbeschränkt, der eintretende Kommanditist haftet beschränkt in Höhe seiner Haftsumme⁴⁰). Wird das bisher einzelkaufmännische Unternehmen in die neue oHG oder KG eingebracht, dann haftet diese Gesellschaft für die früheren Verbindlichkeiten des einzelkaufmännischen Unternehmens auch dann, wenn die Firma nicht fortgeführt wird.

Im Rahmen einer juristischen Fallbearbeitung ist § 28 I 1 HGB wie folgt zu prüfen:

- Kaufmann
- Einbringung des Unternehmens in eine neu gegründete oHG/KG

⇒ vgl. Handelsrecht, Fall Nr. 12 – Syntec KG

Auch bei § 28 HGB besteht nach dessen Absatz II die Möglichkeit, die Haftung der neuen Gesellschaft für die Altverbindlichkeiten durch Eintragung im Handelsregister und Bekanntmachung oder durch Mitteilung an Dritte zu vermeiden.

§ 28 I 2 HGB enthält außerdem eine dem § 25 I 2 HGB entsprechende Schutzvorschrift zugunsten der Altschuldner des Einzelkaufmanns. Diese können Ihre Verbindlichkeiten auch durch Leistung an die neue Gesellschaft (oHG bzw. KG) erfüllen.

³⁹ Nähere Einzelheiten dazu im Teil 2 des Skripts (Gesellschaftsrecht) S. 59 ff.

⁴⁰ Nähere Einzelheiten dazu im Teil 2 des Skripts (Gesellschaftsrecht) S. 64 ff.

