

Tegen/Reul

Heidinger/Tersteegen

Unternehmens- recht

Handelsrecht

Gesellschaftsrecht

Umwandlungsrecht

Zum Inhalt:

Dieses Lehrbuch gibt einen Einblick in die Grundlagen und Strukturen des Unternehmensrechts. Die Kernthemen Handels-, Gesellschafts- und Umwandlungsrecht werden – unterstützt durch zahlreiche Schaubilder und Organigramme – anschaulich erläutert. So erkennen Sie schnell die Zusammenhänge dieser praxisrelevanten Rechtsmaterie. Effizienter lernen: Jedes Kapitel beginnt mit kurzen Zielvorgaben und enthält Übungen, die den Lernerfolg deutlich erhöhen. Die Lösungen finden Sie im Internet unter www.vahlen.de auf der entsprechenden Buchseite. Top aktuell: Das Bilanzmodernisierungsgesetz (BilMoG), das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) und das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) sind berücksichtigt.

Zu den Autoren:

Prof. Dr. Thomas Tegen ist Rechtsanwalt und Notar und lehrt an der FH Nordhausen. Dr. Adolf Reul ist Notar in Neu-Ulm. Dr. Andreas Heidinger ist Referatsleiter am Deutschen Notarsinstitut in Würzburg. Dr. Jens Tersteegen ist Notarsassessor beim Deutschen Notarsinstitut in Würzburg.

Unternehmensrecht

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Umwandlungsrecht

von

Prof. Dr. Thomas Tegen

Fachhochschule Nordhausen Thüringen

Dr. Adolf Reul

Notar in Neu-Ulm

Dr. Andreas Heidinger

Dr. Jens Tersteegen

Deutsches Notarinstitut Würzburg

Verlag Franz Vahlen München

VERLAG
VAHLEN
MÜNCHEN
www.vahlen.de

ISBN 978-3-8006-4448-3

© 2011 Franz Vahlen GmbH

Wilhelmstraße 9, 80801 München

Satz: Fotosatz H. Buck

Umschlaggestaltung: Bruno Schachtner, Dachau

eBook-Produktion: hgv publishing services

Dieser Titel ist auch als Printausgabe beim
Verlag und im Buchhandel erhältlich.

Vorwort

Juristische Lehrbücher gibt es in Hülle und Fülle. Auch viele fachlich durchaus exzellente und anspruchsvolle Werke, die heute längst und völlig zu Recht ihren festen Platz in der juristischen Ausbildungsliteratur gefunden haben. Gleichwohl gibt es immer noch kaum Lehrbücher zum Unternehmensrecht, die sich zuvörderst an Studierende wenden, die ohne fundierte Vorkenntnisse gerade erst damit beginnen, sich mit Themen, wie dem Handels – oder Gesellschaftsrecht, zu beschäftigen und sich zunächst einen Einblick in die Grundlagen und Strukturen dieses Rechtsgebietes verschaffen möchten. Deshalb wendet sich dieses Lehrbuch sowohl an Studierende wirtschaftswissenschaftlicher und wirtschaftsverbundener Studiengänge an Universitäten und Fachhochschulen, die Wirtschaftsrecht und vor allem Unternehmensrecht als Pflichtfach absolvieren müssen, als auch an Jura – Studenten, die sich das erste Mal mit Themen aus dem Bereich des Unternehmensrechts befassen und nicht nur einen ersten, aber kompakten Einstieg in diese Rechtsgebiete wünschen, sondern einmal den berühmten „roten“ Faden erkennen wollen.

Dabei beschreitet dieses Lehrbuch ganz bewusst einen neuen Weg. Es ist in Form einer geschriebenen Vorlesung konzipiert. Der Leser wird bewusst persönlich angesprochen, zum Mitdenken motiviert und eingeladen, die zahlreichen Fragen, Übungsfälle und Beispiele zunächst selbst zu lösen. Der arrivierte Praktiker mag über die vielen Schaubilder und Organigramme schmunzeln, sind sie dem klassischen juristischen Lehrbuch (und nicht zuletzt auch dem Juristen an sich) eher fremd. Doch ihre Verwendung, die Herausgeber gestehen es, geschah mit *dolus directus* 1. Grades. Ganz bewusst macht sich dieses Lehrbuch Lernstrukturen, die sich seit Jahren im Fernstudium bewährt haben, zu nutze. Dabei wurde auch bewusst auf rechtsdogmatische Fragen und umfangreiche Literaturhinweise, soweit dies vertretbar erschien, verzichtet. Ganz im Fokus der Herausgeber und Autoren stand der Studierende, der sich – freiwillig oder nicht – das erste Mal mit den Kernthemen des Unternehmensrechts, dem Handels-, dem Gesellschafts- und dem Umwandlungsrecht befassen muss. Dabei möchte und kann dieses Werk nicht in Konkurrenz zu den etablierten Standardwerken treten. Ziel dieses Buches ist es, dem Leser einen ersten fundierten Einstieg in die Kernthemen des Unternehmensrechts zu verschaffen und somit das rechtliche Fundament zu legen, auf das dann mit Hilfe der (großen) Standardwerke aufgebaut werden kann. Sollte dieses Werk gleichwohl seinen Platz in der juristischen Ausbildungsliteratur finden, haben die Herausgeber mehr als ihr Ziel erreicht.

Dieses Lehrbuch berücksichtigt Gesetzgebung und Rechtsprechung bis Ende Mai 2009. Es enthält bereits eine Einführung in die wesentlichen Ziele und Änderungen, die das Handelsrecht durch das Bilanzmodernisierungsgesetz (BilMoG) erfährt. Ferner ist im Teil Aktienrecht bereits das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) enthalten und berücksichtigt. Im Gesellschaftsrecht beschränkt sich die Darstellung auf einen Überblick über die für die Unternehmenspraxis relevanten Gesell-

schaftsformen. Auf eine Darstellung zum Verein, zum Versicherungsverein und zur Genossenschaft wurde daher verzichtet.

Und nun noch eine kleine Anleitung zum Arbeiten mit diesem Werk: Dieses Lehrbuch ist als Arbeitsbuch mit interaktivem Ansatz konzipiert. Sie sollten das Buch nicht nur durchlesen. Erfolg erzielen Sie nur, wenn Sie mit ihm arbeiten. Versuchen Sie die in dem Buch enthaltenen Fragen, Übungsfälle und Beispielfälle zunächst selbst zu beantworten, bevor Sie weiter lesen! Gleiches gilt für die Aufgaben zur Selbstüberprüfung, die Sie am Schluss eines jeden Kapitels finden! Die Lösungen zu den Übungsfällen und den Aufgaben zur Selbstüberprüfung finden Sie auf der Homepage des Vahlen Verlages unter www.vahlen.de unter Vahlens Online Materialien zu diesem Titel. Auch diese Lösungen sollten sie stets nachlesen. Sie enthalten häufig noch weiterführende Hinweise und Erläuterungen. Schließlich sollten Sie auch die zitierten Paragraphen in ihrem Gesetzestext nachlesen!

Die in diesem Buch enthaltenen Merksätze, Beispiele, Übungsfälle und Zusammenfassungen sind mit folgenden Symbolen markiert:

Merksätze:	
Beispiele:	
Übungsfälle:	
Zusammenfassungen:	

Konstruktive Kritik und Anregungen sind uns stets willkommen. Stets dankbar sind wir auch für Hinweise auf Fehler, die wir hoffen, vermieden zu haben. Unser aufrichtiger Dank gilt all jenen, die uns während der Erstellung dieses Werkes nicht nur entbehren, sondern auch ertragen mussten. Wir wünschen Ihnen nun viel Erfolg beim Arbeiten mit diesem Lehrbuch und vor allem auch viel Freude beim Durchdringen einer äußerst praxisrelevanten Rechtsmaterie!

Lucundi sunt acti labores
(Cicero)

Thomas Tegen, Adolf Reul, Andreas Heidinger, Jens Tersteegen

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Teil A Handelsrecht	1
Einleitung	3
A.1 Grundlagen	5
A.2 Der Kaufmannsbegriff	11
A.3 Die Handelsfirma	28
A.4 Das Handelsregister	41
A.5 Die Stellvertretung der Kaufleute	54
A.6 Die Hilfspersonen des Kaufmanns	65
A.7 Die Handelsbücher	76
A.8 Die Handelsgeschäfte	96
A.9 Die kaufmännischen Wertpapiere	118
Teil B Personengesellschaften	123
Einleitung	125
B.1 Grundlagen des Personengesellschaftsrechts	126
B.2 Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Begriff, Bedeutung und Entstehung . .	129
B.3 Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Innenverhältnis	139
B.4 Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Außenverhältnis	152
B.5 Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Gesellschafterwechsel und Beendi- gung	158
B.6 Offene Handelsgesellschaft – Begriff, Bedeutung und Entstehung	165
B.7 Offene Handelsgesellschaft – Innenverhältnis	171
B.8 Offene Handelsgesellschaft – Außenverhältnis	181
B.9 Offene Handelsgesellschaft – Gesellschafterwechsel und Beendigung	187
B.10 Kommanditgesellschaft – Begriff, Bedeutung, Entstehung	194
B.11 Kommanditgesellschaft – Innenverhältnis	199
B.12 Kommanditgesellschaft – Außenverhältnis	204
B.13 Kommanditgesellschaft – Gesellschafterwechsel und Beendigung	208
B.14 GmbH & Co KG	211
B.15 Partnerschaftsgesellschaft	220
B.16 Innengesellschaft	226
B.17 Stille Gesellschaft	228
Teil C Aktienrecht	233
Einleitung	235
C.1 Überblick über das Recht der Kapitalgesellschaften	236
C.2 Grundstrukturen des Aktienrechts im Gegensatz zur GmbH	239

C.3	Gründung	241
C.4	Nachgründung	261
C.5	Satzung	266
C.6	Hauptversammlung	289
C.7	Niederschrift über die Hauptversammlung	303
C.8	Rechtsschutzmöglichkeiten	307
C.9	Corporate Governance	317
C.10	Erwerb eigener Aktien	319
C.11	Entlastung	321
C.12	Satzungsänderungen	322
C.13	Auflösung, Liquidation	346
C.14	Insolvenz	349
C.15	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)	354
C.16	Die Europäische Aktiengesellschaft (SE)	563
Teil D GmbH-Recht		375
Einleitung		377
D.1	Wesensmerkmale der GmbH	378
D.2	Gründung	381
D.3	Satzungsgestaltung	403
D.4	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)	416
D.5	Geschäftsführung und Vertretung	424
D.6	Gesellschafterversammlung	434
D.7	Satzungsänderungen	444
D.8	Kapitalerhöhungen	451
D.9	Kapitalherabsetzung	466
D.10	Jahresabschluss	473
D.11	Erwerb eigener Geschäftsanteile	479
D.12	Persönliche Haftung der Gesellschafter	482
D.13	Veränderung und Veräußerung von Geschäftsanteilen	491
D.14	Liquidation, Insolvenz	502
Teil E Umwandlungsrecht		511
Einleitung		513
E.1	Allgemeine Informationen zum Umwandlungsrecht	515
E.2	Ablauf eines Umwandlungsverfahrens	524
E.3	Die Verschmelzung	527
E.4	Die Spaltung	559
E.5	Der Formwechsel	574
E.6	Prozessuale Besonderheiten	583
E.7	Europarechtliche Aspekte	586
Weiterführende Literatur		589
Die Herausgeber und Autoren		595
Stichwortverzeichnis		597

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Teil A Handelsrecht	1
Einleitung	3
A.1 Grundlagen	5
A.1.1 Entstehung	5
A.1.2 Aufbau	6
A.1.3 Geltungsbereich	7
Zusammenfassung	10
A.2 Der Kaufmannsbegriff	11
A.2.1 Die Person des Kaufmanns	12
A.2.1.1 Natürliche Personen	12
A.2.1.2 Juristische Personen	13
A.2.1.3 Personengesellschaften und sonstige Verbandsformen	14
A.2.2 Kaufmann kraft Rechtsform	15
A.2.2.1 Formkaufmann	15
A.2.2.2 Handelsgesellschaften	16
A.2.3 Kaufmann kraft Handelsgewerbe	18
A.2.3.1 Der Begriff des Handelsgewerbes	19
A.2.3.2 Der Betrieb des Handelsgewerbes	20
A.2.4 Kaufmann kraft Eintragung	22
A.2.4.1 Der Kannkaufmann	22
A.2.4.2 Der Fiktivkaufmann	24
A.2.5 Land- und Forstwirtschaft	25
A.2.6 Folgen der Kaufmannseigenschaft	25
A.2.6.1 Privilegien	26
A.2.6.2 Pflichten	26
Zusammenfassung	26
A.3 Die Handelsfirma	28
A.3.1 Der Begriff der Firma	28
A.3.2 Bildung der Firma	28
A.3.2.1 Kennzeichnungswirkung und Unterscheidungskraft	29
A.3.2.2 Irreführungsverbot	30
A.3.2.3 Rechtsformzusätze und gesetzlich vorgeschriebene Zusätze	31
A.3.2.4 Die Firmenbeständigkeit	32
A.3.2.5 Die Firmenausschließlichkeit	33

A.3.3	Der Schutz der Firma	34
A.3.4	Haftung bei Firmenfortführung	35
A.3.4.1	Die Haftung bei Erwerb eines Handelsgeschäftes.....	36
A.3.4.2	Die Haftung der Erben eines Handelsgeschäftes.....	38
A.3.4.3	Die Haftung bei Eintritt in das Geschäft eines Kaufmanns	39
	Zusammenfassung.....	40
A.4	Das Handelsregister.....	41
A.4.1	Aufgabe und Gegenstand des Handelsregisters	41
A.4.2	Funktionen des Handelsregisters	42
A.4.3	Eintragungspflichtige und eintragungsfähige Tatsachen	43
A.4.4	Deklaratorische und konstitutive Wirkung der Eintragung	44
A.4.5	Aufbau des Handelsregisters	45
A.4.6	Die Publizitätswirkungen des Handelsregisters	46
A.4.6.1	Der Normalfall	47
A.4.6.2	Negative Publizität	49
A.4.6.3	Positive Publizität	51
A.4.7	Das Unternehmensregister	52
A.4.7.1	Funktion	52
A.4.7.2	Abgrenzung zum Handelsregister	52
	Zusammenfassung.....	53
A.5	Die Stellvertretung der Kaufleute	54
A.5.1	Die Prokura	54
A.5.1.1	Die Erteilung der Prokura	55
A.5.1.2	Der Umfang und Sonderformen der Prokura	56
A.5.1.3	Das Erlöschen der Prokura.....	58
A.5.2	Handlungsvollmacht	60
A.5.2.1	Unterschied zur Prokura und Entstehung	60
A.5.2.2	Umfang und Arten der Handlungsvollmacht.....	60
A.5.2.3	Handlungsvollmacht im Außendienst	61
A.5.2.4	Erlöschen der Handlungsvollmacht	61
A.5.3	Stellvertretung durch Ladenangestellte	62
	Zusammenfassung.....	63
A.6	Die Hilfspersonen des Kaufmanns	65
A.6.1	Handlungsgehilfe und Handlungslehrling	66
A.6.1.1	Der Handlungsgehilfe.....	66
A.6.1.2	Der Handlungslehrling	67
A.6.2	Der Handelsvertreter.....	67
A.6.2.1	Begriff und Funktion	67
A.6.2.2	Abschluss- und Vermittlungsvertreter.....	69
A.6.2.3	Pflichten des Handelsvertreters	70
A.6.2.4	Rechte des Handelsvertreters	71
A.6.3	Der Handelsmakler	72
A.6.4	Sonstige Hilfspersonen	73
A.6.4.1	Der Kommissionsagent	73
A.6.4.2	Der Vertragshändler.....	74

A.6.4.3	Der Franchisenehmer	74
	Zusammenfassung	75
A.7	Die Handelsbücher	76
A.7.1	Begriff	76
A.7.2	Buchführungspflicht	76
A.7.3	Kaufmännische Rechnungslegung	78
A.7.3.1	Die Bilanz	80
A.7.3.2	Die Gewinn- und Verlustrechnung	81
A.7.3.3	Der Jahresabschluss	82
A.7.4	Offenlegung	84
A.7.5	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz	85
A.7.5.1	Konzernrechnungslegung und internationale Rechnungslegung ...	86
A.7.5.2	Die Ziele des BilMoG	87
A.7.5.3	Wesentliche Inhalte des BilMoG	88
A.7.5.4	Deregulierung	88
A.7.5.5	Ansätze und Bewertungen in der Handelsbilanz	90
A.7.5.6	Neuordnung der Maßgeblichkeit	93
	Zusammenfassung	94
A.8	Die Handelsgeschäfte	96
A.8.1	Begriff und Systematik	96
A.8.2	Arten von Handelsgeschäften	98
A.8.3	Allgemeine (Sonder-)Vorschriften für Handelsgeschäfte	99
A.8.3.1	Schweigen im Handelsverkehr	99
A.8.3.1.1	Schweigen des Kaufmanns auf Anträge	100
A.8.3.1.2	Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ...	100
A.8.3.2	Das Kontokorrent	102
A.8.3.3	Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht	103
A.8.3.4	Formfreiheit von Bürgschaften	104
A.8.3.5	Keine Einrede der Vorausklage	105
A.8.3.6	Gesetzlicher Zinssatz und Fälligkeit	105
A.8.3.7	Unwirksamkeit von Abtretungsverboten	105
A.8.3.8	Gutgläubiger Erwerb	106
A.8.4	Der Handelskauf	107
A.8.4.1	Begriff	107
A.8.4.2	Annahmeverzug	107
A.8.4.3	Bestimmungskauf	108
A.8.4.4	Fixhandelskauf	108
A.8.4.5	Haftung für Sachmängel	109
A.8.5	Das Kommissionsgeschäft	112
A.8.5.1	Begriff und Struktur	112
A.8.5.2	Pflichten des Kommissionärs	114
A.8.5.3	Rechte des Kommissionärs	115
A.8.5.4	Das Ausführungsgeschäft	115
	Zusammenfassung	117

A.9 Die kaufmännischen Wertpapiere	118
A.9.1 Begriff	118
A.9.2 Die kaufmännischen Orderpapiere	119
A.9.3 Die Traditionspapiere	120
Zusammenfassung	121
Schlussbetrachtung	122
Teil B Personengesellschaften	123
Einleitung	125
B.1 Grundlagen des Personengesellschaftsrechts	126
B.1.1 Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften	126
B.1.2 Personengesellschaftstypen	127
Zusammenfassung	127
B.2 Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Begriff, Bedeutung und Entstehung	129
B.2.1 Begriff	129
B.2.1.1 Gesellschaftsvertrag	130
B.2.1.2 Gemeinsamer Zweck	130
B.2.1.3 Förderpflicht	132
B.2.1.4 Personale Struktur	133
B.2.1.5 Dauer der Gesellschaft	133
B.2.2 Entstehung	133
B.2.2.1 Grundsatz	133
B.2.2.2 Entstehung durch Umwandlung	134
B.2.2.3 Fehlerhafte Gesellschaft	135
B.2.3 Bedeutung	136
Zusammenfassung	137
B.3 Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Innenverhältnis	139
B.3.1 Rechte und Pflichten der Gesellschafter	140
B.3.1.1 Förderpflicht	140
B.3.1.2 Treuepflicht	141
B.3.1.3 Wettbewerbsverbot	142
B.3.1.4 Mitverwaltungsrechte	143
B.3.1.5 Vermögensrechte	144
B.3.1.6 Abspaltungsverbot	144
B.3.2 Geschäftsführung	145
B.3.2.1 Begriff	145
B.3.2.2 Geschäftsführungsbefugnis bei der GbR	146
B.3.2.3 Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis	147
B.3.2.4 Verletzung der Geschäftsführungspflicht/Aufwendungsersatzanspruch	147
B.3.3 Gesellschaftsvermögen	147
B.3.4 Verteilung von Gewinn und Verlust	149
Zusammenfassung	150

B.4 Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Außenverhältnis	152
B.4.1 Rechts- und Parteifähigkeit.	152
B.4.2 Vertretung	153
B.4.3 Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.	154
Zusammenfassung.	156
B.5 Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Gesellschafterwechsel und Beendigung	158
B.5.1 Eintritt eines neuen Gesellschafters	158
B.5.2 Ausscheiden eines Gesellschafters	159
B.5.2.1 Gründe	159
B.5.2.2 Haftung.	160
B.5.2.3 Abfindungsanspruch.	161
B.5.3 Beendigung der Gesellschaft	161
B.5.3.1 Auflösungsgründe	161
B.5.3.2 Auseinandersetzung	162
B.5.3.3 Fortsetzung	162
B.5.4. Tod eines Gesellschafters	163
Zusammenfassung	163
B.6 Offene Handelsgesellschaft – Begriff, Bedeutung und Entstehung	165
B.6.1 Begriff	165
B.6.1.1 Personengesellschaft.	165
B.6.1.2 Spezielle Begriffsmerkmale	165
B.6.1.3 Handelsgesellschaft/Gesamthandsgemeinschaft	166
B.6.2 Bedeutung	167
B.6.3 Entstehung	167
B.6.3.1 Abschluss des Gesellschaftsvertrages	167
B.6.3.2 Eintragung in das Handelsregister	168
B.6.3.3 Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns	168
B.6.3.4 Gesellschafter einer OHG.	169
B.6.3.5 Firma der OHG	169
Zusammenfassung.	170
B.7 Offene Handelsgesellschaft – Innenverhältnis	171
B.7.1 Rechte und Pflichten der Gesellschafter.	171
B.7.1.1 Grundsatz	171
B.7.1.2 Einzelne Rechte und Pflichten der Gesellschafter.	172
B.7.1.3 Geschäftsführung	173
B.7.1.4 Gesellschafterbeschlüsse	174
B.7.2 Gesellschaftsvermögen	175
B.7.3 Verteilung von Gewinn und Verlust	175
B.7.3.1 Kapitalanteil	175
B.7.3.2 Ergebnisverteilung	177
Zusammenfassung.	179
B.8 Offene Handelsgesellschaft – Außenverhältnis	181
B.8.1 Rechts- und Parteifähigkeit.	181
B.8.2 Vertretung	182

B.8.3	Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.	183
B.8.3.1	Grundsatz	183
B.8.3.2	Haftung der Gesellschafter.	184
B.8.3.3	Einwendungen	184
B.8.3.4	Verbindlichkeiten eines Gesellschafters	185
	Zusammenfassung.	185
B.9	Offene Handelsgesellschaft – Gesellschafterwechsel und Beendigung .	187
B.9.1	Eintritt eines neuen Gesellschafters	187
B.9.1.1	Vollzug des Eintritts.	187
B.9.1.2	Haftung des eintretenden Gesellschafters	188
B.9.2	Ausscheiden eines Gesellschafters	188
B.9.2.1	Gründe	188
B.9.2.2	Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters	189
B.9.2.3	Abfindungsanspruch.	190
B.9.3	Beendigung der Gesellschaft	190
B.9.3.1	Auflösungsgründe	190
B.9.3.2	Auseinandersetzung.	191
B.9.3.3	Haftung bei Auflösung.	191
	Zusammenfassung.	191
B.10	Kommanditgesellschaft – Begriff, Bedeutung, Entstehung	194
B.10.1	Begriff	194
B.10.2	Bedeutung	196
B.10.3	Entstehung.	196
B.10.3.1	Abschluss eines Gesellschaftsvertrages.	196
B.10.3.2	Vorhandensein von Kommanditisten.	196
B.10.3.3	Eintragung in das Handelsregister	196
B.10.3.4	Firma.	197
B.10.3.5	Umwandlung aus einer OHG	197
	Zusammenfassung.	197
B.11	Kommanditgesellschaft – Innenverhältnis	199
B.11.1	Rechtsstellung der Komplementäre	199
B.11.2	Rechtsstellung der Kommanditisten.	199
B.11.2.1	Ausschluss von der Geschäftsführung.	199
B.11.2.2	Kontrollrechte.	200
B.11.2.3	Beteiligung an Gewinn und Verlust.	201
B.11.2.3.1	Kapitalanteil.	201
B.11.2.3.2	Verteilung von Gewinn und Verlust	201
B.11.2.3.3	Entnahmerecht	202
B.11.2.4	Treuepflicht und Wettbewerbsverbot.	202
	Zusammenfassung.	203
B.12	Kommanditgesellschaft – Außenverhältnis	204
B.12.1	Vertretung	204
B.12.2	Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft.	204
B.12.2.1	Grundsatz	204

B.12.2.2 Haftung der Kommanditisten vor Eintragung in das Handelsregister	205
B.12.2.3 Haftungsausschluss durch Leistung der Einlage	205
B.12.2.4 Wiederaufleben der Haftung durch Einlagenrückgewähr	205
B.12.2.5 Wiederaufleben der Haftung durch Gewinnentnahme	206
B.12.2.6 Übersicht über die Haftung der Kommanditisten	206
Zusammenfassung	207
B.13 Kommanditgesellschaft – Gesellschafterwechsel und Beendigung	208
B.13.1 Beitritt eines neuen Gesellschafters	208
B.13.2 Ausscheiden eines Gesellschafters	208
B.13.3 Übertragung der Gesellschafterstellung	209
B.13.4 Tod eines Gesellschafters	209
B.13.5 Auflösung und Beendigung	210
Zusammenfassung	210
B.14 GmbH & Co KG	211
B.14.1 Begriff und Bedeutung	211
B.14.2 Anzuwendendes Recht	212
B.14.3 Firma	213
B.14.4 Geschäftsführung und Vertretung	214
B.14.4.1 Geschäftsführung	214
B.14.4.2 Vertretung	215
B.14.5 Haftung	215
B.14.5.1 Grundsatz	215
B.14.5.2 Besonderheiten der Haftung im Gründungsstadium	216
B.14.5.3 Kapitalaufbringung in der GmbH & Co. KG	217
B.14.5.4 Kapitalerhaltung	217
B.14.6 Wettbewerbsverbot	218
Zusammenfassung	218
B.15 Partnerschaftsgesellschaft	220
B.15.1 Begriff und Bedeutung	220
B.15.2 Anzuwendendes Recht	221
B.15.3 Gründung	221
B.15.4 Innenverhältnis	222
B.15.5 Vertretung	222
B.15.6 Haftung	223
Zusammenfassung	224
B.16 Innengesellschaft	226
B.16.1 Begriff und Bedeutung	226
B.16.2 Innenverhältnis	227
Zusammenfassung	227
Aufgaben zur Selbstüberprüfung	227
B.17 Stille Gesellschaft	228
B.17.1 Begriff	228
B.17.2 Bedeutung	229
B.17.3 Rechte und Pflichten des Stillen	230

C.3.3.1	Mischeinlage (auch gemischte Einlage)	249
C.3.3.2	Gemischte Sacheinlage	250
C.3.4	Verdeckte Sacheinlage	250
C.3.4.1	Voraussetzungen	250
C.3.4.2	Beispielsfälle	251
C.3.4.3	Rechtsfolgen	251
C.3.4.4	Heilung, Anrechnung nach dem ARUG	251
C.3.4.5	Ordnungsgemäßes Hin- und Herzahlen	252
C.3.4.6	Übergangsvorschrift	255
C.3.5	Vorratsgründung bzw. Mantelverwendung oder Mantelkauf	255
C.3.6	Haftung im Gründungsstadium	256
C.3.6.1	Haftung in der Vorgründungs-AG	256
C.3.6.2	Haftung der Gründer in der Vor-AG	256
C.3.6.2.1	Unterbilanzhaftung	257
C.3.6.2.2	Verlustdeckungshaftung	257
C.3.6.2.3	Differenzhaftung des Sacheinlegers	258
C.3.6.2.4	Sonstige Haftungsgefahren	258
C.3.6.3	Handelndenhaftung	258
C.3.6.4	Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat	258
C.3.6.5	Haftung von Gründungsprüfer und kontoführender Bank	258
Zusammenfassung		259
C.4	Nachgründung	261
C.4.1	Vertragspartner der AG	261
C.4.2	Vertragsgegenstand	261
C.4.3	Vergütung	262
C.4.4	Ausnahme	262
C.4.5	Rechtsfolgen	262
C.4.6	Verfahren/Nachgründungsbericht/Eintragung im Handelsregister	262
C.4.7	Heilung	263
C.4.8	Sachkapitalerhöhung als Nachgründung	263
C.4.9	Änderungen durch das ARUG	264
Zusammenfassung		264
C.5	Satzung	266
C.5.1	Satzungsstrenge/Mindestinhalt	266
C.5.2	Firma, Sitz, Sitzverlegung	267
C.5.3	Unternehmensgegenstand	268
C.5.4	Bekanntmachungen	268
C.5.5	Grundkapital/Aktien	268
C.5.5.1	Grundkapital	268
C.5.5.2	Zerlegung in Stück- bzw. Nennbetragsaktien	269
C.5.5.3	Aufgeld/Agio	269
C.5.5.4	Schuldrechtliches Agio, „investors agreement“	270
C.5.5.5	Verbriefung von Aktien	270
C.5.5.6	Namens- und/oder Inhaberaktien	270
C.5.5.7	Aktienregister	270
C.5.5.8	Vinkulierung	271

C.5.5.9	Übertragung von Aktien	271
C.5.5.10	Aktiengattungen	272
C.5.6	Vorstand	272
C.5.6.1	Rechtsstellung des Vorstandes	272
C.5.6.2	Geschäftsführung durch den Vorstand	273
C.5.6.3	Vertretung der Gesellschaft	273
C.5.6.4	Vergütung	274
C.5.6.5	Haftung	274
C.5.6.6	Persönliche Voraussetzungen	275
C.5.6.7	Bestellung und Abberufung des Vorstandes, Amtsniederlegung ...	276
C.5.6.8	Fehlerhafte Bestellung des Vorstandes	276
C.5.6.9	Anmeldung zum Handelsregister	276
C.5.6.10	Anstellungsvertrag	277
C.5.6.11	Zahl der Vorstandsmitglieder	277
C.5.6.12	Geschäftsordnung	277
C.5.7	Aufsichtsrat	277
C.5.7.1	Aufgaben des Aufsichtsrats	277
C.5.7.2	Aufgaben im Zusammenhang mit der Hauptversammlung	278
C.5.7.3	Mittel der Überwachung	278
C.5.7.4	Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand	279
C.5.7.5	Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern	279
C.5.7.6	Zusammensetzung	279
C.5.7.7	Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder	280
C.5.7.8	Persönliche Voraussetzungen der Aufsichtsratsmitglieder	280
C.5.7.9	Amtszeit	281
C.5.7.10	Sitzungen des Aufsichtsrats/Beschlussfassung/Beschlussfähigkeit	281
C.5.7.11	Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse	282
C.5.7.12	Vergütung des Aufsichtsrats	282
C.5.7.13	Haftung	282
C.5.8	Rechte und Pflichten der Aktionäre	282
C.5.8.1	Einlage, Nebenleistungspflichten	282
C.5.8.2	Persönliche Haftung	283
C.5.8.3	Bilanzgewinn, Verbot der Einlagenrückgewähr	283
C.5.8.4	Ausübung der Rechte in der Hauptversammlung	284
C.5.9	Hauptversammlung	285
C.5.10	Jahresabschluss/Sachdividende	286
C.5.11	Gründungsaufwand	286
	Zusammenfassung	287
C.6	Hauptversammlung	289
C.6.1	Ort	289
C.6.2	Einberufung	290
C.6.2.1	Einberufungsgründe	290
C.6.2.2	Zuständigkeit	290
C.6.2.3	Art und Weise der Einberufung	291
C.6.2.4	Inhalt der Einberufung/Bekanntmachung	291
C.6.2.5	Vertagung/Absetzung/Wiedereröffnung/Unterbrechung der Hauptversammlung	291

C.6.2.6	Absetzung/Wiederaufnahme von Tagesordnungspunkten	292
C.6.2.7	Einberufungsfrist	292
C.6.2.8	Neuerungen durch das ARUG	292
C.6.3	Beschlussfähigkeit.	293
C.6.4	Beschlussmehrheit.	293
C.6.5	Stimmverbote	294
C.6.6	Teilnahmerecht	295
C.6.6.1	Aktionäre	295
C.6.6.2	Vorstand/Aufsichtsrat/Notar.	295
C.6.6.3	Andere Personen.	295
C.6.7	Vorsitzender der Hauptversammlung/Versammlungsleiter	296
C.6.8	Rederecht/Auskunftsrecht.	297
C.6.9	Anträge zur Tagesordnung, Gegenanträge, Anträge zur Geschäftsordnung	298
C.6.10	Abstimmungsverfahren.	299
C.6.11	Teilnehmerverzeichnis	299
C.6.12	Folgen der Hauptversammlung	300
C.6.13	Sonderfälle.	300
C.6.13.1	Vollversammlung	300
C.6.13.2	Einmann-AG.	300
C.6.13.3	Virtuelle Hauptversammlung	300
Zusammenfassung.		301
C.7	Niederschrift über die Hauptversammlung	303
C.7.1	Notarielle Beurkundung	303
C.7.2	Art, Ergebnis und Feststellung des Vorsitzenden über die Beschluss- fassung	303
C.7.3	Minderheitsverlangen/Auskunftsverweigerung/Widersprüche	304
C.7.4	Zwingende zusätzliche Angaben im Protokoll.	304
C.7.5	Anlagen	305
C.7.6	Unterschrift des Notars	305
C.7.7	Mängel der notariellen Niederschrift und Fehlerfolge	305
Zusammenfassung.		306
C.8	Rechtsschutzmöglichkeiten.	307
C.8.1	Hauptversammlungsbeschlüsse	307
C.8.1.1	Nichtigkeit.	307
C.8.1.2	Anfechtbarkeit, insbes. wegen Verletzung von Informationspflichten	308
C.8.1.3	Rechtsfolgen für das Registergericht	309
C.8.1.4	Heilung und Bestätigung	310
C.8.1.5	Anfechtungsklage.	311
C.8.1.5.1	Anfechtungsbefugnis.	311
C.8.1.5.2	Anfechtungsfrist	311
C.8.1.5.3	Urteilswirkung.	311
C.8.1.6	Nichtigkeitsklage	311
C.8.1.7	Freigabeverfahren.	312
C.8.1.8	Aufsichtsratswahlen	312

C.8.1.9 Gewinnverwendungsbeschluss/Jahresabschluss	313
C.8.2 Spruchverfahren	313
C.8.3 Auskunftserzwingungsverfahren	313
C.8.4 Sonderprüfung	314
C.8.5 Geltendmachung von Ersatzansprüchen	315
Zusammenfassung	316
C.9 Corporate Governance	317
Zusammenfassung	318
C.10 Erwerb eigener Aktien	319
Zusammenfassung	320
C.11 Entlastung	321
Zusammenfassung	321
C.12 Satzungsänderungen	322
C.12.1 Allgemeines zur Satzungsänderung	322
C.12.1.1 Zuständigkeit/Beschlussmehrheit	322
C.12.1.2 Verfahren	322
C.12.1.3 Aufhebung/Änderung	322
C.12.1.4 Bedingungen/Befristungen	323
C.12.1.5 Satzungsdurchbrechung	323
C.12.2 Satzungsänderungen im Gründungsstadium	323
C.12.3 Kapitalerhöhung	324
C.12.3.1 Überblick	324
C.12.3.2 Kapitalerhöhung gegen Einlagen	324
C.12.3.2.1 Allgemeine Voraussetzungen	324
C.12.3.2.2 Kapitalerhöhungsbeschluss	325
C.12.3.2.3 Anmeldung und Eintragung des Kapitalerhöhungs-beschlusses	325
C.12.3.2.4 Zeichnung der Aktien	325
C.12.3.2.5 Zeitpunkt der Einzahlung/Voreinzahlung	326
C.12.3.2.6 Durchführung der Kapitalerhöhung	326
C.12.3.3 Bezugsrecht	327
C.12.3.4 Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen	327
C.12.3.5 Genehmigtes Kapital	328
C.12.3.5.1 Inhalt/Durchführung	329
C.12.3.5.2 Genehmigtes Kapital mit Bezugsrechtsausschluss	330
C.12.3.6 Bedingte Kapitalerhöhung	331
C.12.3.7 Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	333
C.12.3.7.1 Übersicht	333
C.12.3.7.2 Inhalt	333
C.12.4 Kapitalherabsetzung	335
C.12.4.1 Ordentliche Kapitalherabsetzung	335
C.12.4.1.1 Übersicht	335
C.12.4.1.2 Inhalt	335
C.12.4.2 Vereinfachte Kapitalherabsetzung	336
C. 12.4.2.1 Übersicht	336
C.12.4.3 Kapitalherabsetzung durch Einziehung	337

C.12.4.3.1 Übersicht	338
C.12.5 Strukturmaßnahmen	341
C.12.5.1 „Holzmüller-Beschlüsse“	341
C.12.5.2 „Delisting“	342
C.12.5.3 „Squeeze-Out“	343
C.12.5.4 Gesamtvermögensveräußerung	343
Zusammenfassung	344
C.13 Auflösung, Liquidation	346
Zusammenfassung	348
C.14 Insolvenz	349
C.14.1 Insolvenz der AG	349
C.14.1.1 Allgemeines	349
C.14.1.2 Besonderheiten bei AG	349
C.14.1.2.1 Insolvenzantragspflicht, Einberufung einer Hauptversammlung, Zahlungsverbot	349
C.14.1.2.2 Organe der Gesellschaft, Befugnisse des Insolvenzverwalters ..	350
C.14.1.2.3 Geltendmachung offener Einlageansprüche	351
C.14.1.2.4 Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen	351
C.14.1.2.5 Handelsregisteranmeldung	351
C.14.1.2.6 Fortsetzungsbeschluss	351
C.14.2 Insolvenz des Aktionärs	352
C.14.2.1 Beteiligung als Teil der Insolvenzmasse	352
C.14.2.2 Ausscheiden aus der Gesellschaft und Auflösung der Gesellschaft ..	352
C.14.2.3 Abfindungsklauseln	352
C.14.2.4 Vinkulierungsklauseln	352
C.14.2.5 Insolvenzschuldner als Vorstand	353
C.14.2.6 Fortbestehen der Einlagepflichten	353
Zusammenfassung	353
C.15 Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)	354
C.15.1 Rechtsnatur	354
C.15.2 Gründung/Kapital/Einlagen	355
C.15.2.1 Gründung	355
C.15.2.2 Aktien und Vermögenseinlagen	356
C.15.3 Rechtsverhältnisse der Komplementäre und Kommanditaktionäre. ...	357
C.15.3.1 Komplementäre	357
C.15.3.2 Kommanditaktionäre	357
C.15.4 Hauptversammlung	358
C.15.4.1 Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften	358
C.15.4.2 Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter	359
C.15.4.3 Form der Zustimmungserklärung	359
C.15.5 Aufsichtsrat	360
C.15.6 Satzungsänderung	360
Zusammenfassung	361
C.16 Die Europäische Aktiengesellschaft (SE)	363
C.16.1 Rechtsnatur, Grundzüge	363

C.16.2 SE-VO	364
C.16.2.1 Normenhierarchie	364
C.16.2.2 Gründung	364
C.16.2.2.1 Verschmelzung	365
C.16.2.2.2 Gründung einer Holding-SE	365
C.16.2.2.3 Gründung einer Tochter-SE	365
C.16.2.2.4 Formwechselnde Umwandlung	365
C.16.2.2.5 Gründung einer Tochter-SE durch eine SE	365
C.16.2.2.6 Beteiligung von Nicht-EU-Gesellschaften an der Gründung ..	366
C.16.2.2.7 Entstehung	366
C.16.2.3 Inhalt der Satzung	366
C.16.2.3.1 Sitz	366
C.16.2.3.2 Firma	366
C.16.2.3.3 Satzungsgestaltung	366
C.16.2.4 Organisationsverfassung	366
C.16.2.4.1 Systemwahl	366
C.16.2.4.2 Gemeinsame Vorschriften	367
C.16.2.5 Dualistisches System	367
C.16.2.5.1 Leitungsorgan (Vorstand)	367
C.16.2.5.2 Aufsichtsorgan (Aufsichtsrat)	367
C.16.2.5.3 Insbesondere Mitbestimmung	368
C.16.2.6 Monistisches System	368
C.16.2.6.1 Zahl/Zusammensetzung und Organisation	368
C.16.2.6.2 Aufgaben und Pflichten	368
C.16.2.7 Hauptversammlung	368
C.16.2.8 Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	369
C.16.2.9 Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der SE	369
C.16.2.10 Satzungsänderung, Kapitalmaßnahmen	369
C.16.3 SE-Ausführungsgesetz (SEAG)	369
C.16.3.1 Allgemeine Vorschriften des SEAG	369
C.16.3.2 Gründung	370
C.16.3.3 Sitz der SE im Ausland/Sitzverlegung	370
C.16.3.4 Organisationsverfassung	370
C.16.3.4.1 Dualistisches System	370
C.16.3.4.2 Monistisches System	371
C.16.3.5 Hauptversammlung/Satzungsänderung	371
C.16.4 SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)	371
Zusammenfassung	372
Schlussbetrachtung	373

Teil D GmbH-Recht 375

Einleitung 377

D.1 Wesensmerkmale der GmbH 378

Zusammenfassung

 379

D.3.2.7	Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen	412
D.3.2.8	Aufsichtsrat, Beirat	412
D.3.2.9	Bekanntmachungen, Kosten der Gründung, Geschäftsjahr	413
D.3.2.10	Schiedsvereinbarung, Mediation	414
	Zusammenfassung	414
D.4	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)	416
D.4.1	Allgemeines	416
D.4.2	Gründung	418
D.4.3	Firma	418
D.4.4	Stammkapital	418
D.4.4.1	Höhe des Stammkapitals	418
D.4.4.2	Kapitalaufbringung	419
D.4.4.3	Gesetzliche Rücklage	419
D.4.5	Einberufung der Gesellschafterversammlung	419
D.4.6	„Umwandlung“ einer UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH	420
D.4.7	Umwandlung der UG (haftungsbeschränkt) nach dem UmwG	421
D.4.8	Die Bedeutung der UG (haftungsbeschränkt) in der Praxis	421
	Zusammenfassung	422
D.5	Geschäftsführung und Vertretung	424
D.5.1	Organstellung des Geschäftsführers	424
D.5.2	Bestellung	425
D.5.3	Vertretung	425
D.5.3.1	Aktivvertretung	426
D.5.3.2	Passivvertretung	426
D.5.3.3	Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB	427
D.5.3.4	Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern	427
D.5.4	Handelsregisteranmeldung	428
D.5.5	Rechte und Pflichten des Geschäftsführers	428
D.5.6	Kreditgewährung	429
D.5.7	Haftung	429
D.5.8	Entlastung	430
D.5.9	Beendigung des Geschäftsführeramtes	431
D.5.10	Fehlerhafte Organstellung, faktischer Geschäftsführer	432
	Zusammenfassung	432
D.6	Gesellschafterversammlung	434
D.6.1	Einberufung der Gesellschafterversammlung	434
D.6.1.1	Einberufungsgründe	434
D.6.1.2	Zuständigkeit für die Einberufung	435
D.6.1.3	Form, Frist und Inhalt der Einberufung	436
D.6.1.4	Ladungsmängel, Verzicht, Vollversammlung	437
D.6.1.5	Vertagung/Absetzung von Tagesordnungspunkten	437
D.6.2	Teilnahmerecht/Stellvertretung	437
D.6.3	Beschlussfähigkeit	438
D.6.4	Stimmrecht, Stimmabgabe	438
D.6.5	Stimmverbote	439

D.6.6	Beschlussfassung	439
D.6.7	Beschlussmehrheit	440
D.6.8	Formerfordernisse, Notwendigkeit eines Versammlungsleiters	440
D.6.9	Aufhebung/Änderung von Beschlüssen	441
D.6.10	Fehlerhafte Beschlüsse	442
	Zusammenfassung	442
D.7	Satzungsänderungen	444
D.7.1	Begriff der Satzungsänderung	444
D.7.2	Verfahren	445
D.7.2.1	Qualifizierter Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung	445
D.7.2.2	Eintragung im Handelsregister	445
D.7.3	Prüfung durch das Registergericht	446
D.7.4	Bedingungen/Befristungen	446
D.7.5	Aufhebung/Änderung	447
D.7.6	Zustimmung aller bzw. bestimmter Gesellschafter	447
D.7.7	Satzungsdurchbrechung	447
	Zusammenfassung	449
D.8	Kapitalerhöhungen	451
D.8.1	Allgemeines	451
D.8.2	Barkapitalerhöhung	453
D.8.2.1	Kapitalerhöhungsbeschluss	453
D.8.2.2	Zulassung zur Übernahme	454
D.8.2.3	Übernahme	455
D.8.2.4	Zeitpunkt der Einlageleistung/Voreinzahlung/Mindesteinlage	455
D.8.2.5	Handelsregisteranmeldung	457
D.8.2.6	Mängel des Kapitalerhöhungsbeschlusses	458
D.8.3	Sachkapitalerhöhung	458
D.8.4	Genehmigtes Kapital	458
D.8.5	Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	459
D.8.6	Kapitalerhöhung im Wege des Schütt-aus-hol-zurück-Verfahrens	461
D.8.7	Sonstige gesellschaftsrechtliche Formen der Finanzierung	461
D.8.7.1	Wandelschuldverschreibungen/Gewinnschuldverschreibungen	461
D.8.7.2	Genussrechte	462
D.8.7.3	Stille Beteiligung	462
D.8.7.4	Sonstige Finanzierungsmöglichkeiten	463
D.8.8	Haftungsrisiken, Ausfallhaftung, Differenzhaftung	463
	Zusammenfassung	464
D.9	Kapitalherabsetzung	466
D.9.1	Allgemeines	466
D.9.2	Ordentliche Kapitalherabsetzung	468
D.9.3	Vereinfachte Kapitalherabsetzung	469
	Zusammenfassung	471
D.10	Jahresabschluss	473
D.10.1	Pflicht zur Aufstellung eines Jahresabschlusses	473
D.10.2	Inhalt	473

D.10.3	Prüfungspflicht	474
D.10.4	Offenlegung	474
D.10.5	Feststellung des Jahresabschlusses	474
D.10.6	Ergebnisverwendung, Gewinnanspruch	475
	Zusammenfassung	477
D.11	Erwerb eigener Geschäftsanteile	479
	Zusammenfassung	481
D.12	Persönliche Haftung der Gesellschafter	482
D.12.1	Rechtsgeschäftliche Haftung	482
D.12.2	Durchgriffshaftung	483
D.12.3	Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs	483
D.12.4	Materielle Unterkapitalisierung	485
D.12.5	Haftung auf Leistung der Einlagen, Ausfallhaftung	485
D.12.6	Kapitalerhaltung und Erstattung verbotener Rückzahlungen	487
	Zusammenfassung	489
D.13	Veränderung und Veräußerung von Geschäftsanteilen	491
D.13.1	Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen	491
D.13.2	Veräußerung von Geschäftsanteilen	492
D.13.2.1	Zulässigkeit der Veräußerung	492
D.13.2.2	Form	492
D.13.2.3	Beschränkungen, Ausschluss der Abtretung	493
D.13.2.4	Haftung des Erwerbers	494
D.13.2.5	Eintragung in die Gesellschafterliste	495
D.13.2.5.1	Bedeutung der Gesellschafterliste	495
D.13.2.5.2	Inhalt	496
D.13.2.5.3	Anlass für die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste ..	496
D.13.2.5.4	Verpflichtete Person	497
D.13.2.5.5	Sonderfälle	497
D.13.2.6	Gutgläubiger Erwerb	498
	Zusammenfassung	500
D.14	Liquidation, Insolvenz	502
D.14.1	Auflösung	502
D.14.1.1	Auflösungsgründe	503
D.14.1.2	Ablauf der Liquidation	504
D.14.1.3	Fortsetzung	505
D.14.2	Insolvenz	506
	Zusammenfassung	509
	Schlussbetrachtung	510
Teil E	Umwandlungsrecht	511
Einleitung	513
	Lernziel	513
	Übersicht über den Inhalt des Lehrbuchteiles zum Umwandlungsrecht ..	513

E.1 Allgemeine Informationen zum Umwandlungsrecht	515
E.1.1 Entstehungsgeschichte	516
E.1.2 Gesetzgeberische Ziele	515
E.1.3 Umwandlungsarten im Überblick	517
E.1.4 Umstrukturierung außerhalb des Umwandlungsgesetzes	518
E.1.5 Motive für Umwandlungen	519
E.1.5.1 Steuerliche Gründe	519
E.1.5.2 Vorweggenommene Erbfolge	520
E.1.5.3 Umstrukturierung	520
E.1.5.4 Haftungsvermeidung	521
E.1.6 Gesetzssystematik	521
Zusammenfassung	523
E.2 Ablauf eines Umwandlungsverfahrens	524
Zusammenfassung	526
E.3 Die Verschmelzung	527
E.3.1 Definition und Grundprinzipien	527
E.3.2 Verschmelzungsfähige Rechtsträger	529
E.3.3 Verschmelzungsvertrag	531
E.3.3.1 Rechtsnatur	531
E.3.3.2 Abschlusskompetenz	532
E.3.3.3 Inhalt	532
E.3.3.4 Stichtage	534
E.3.3.5 Form	535
E.3.3.6 Zuleitung an den Betriebsrat	535
E.3.3.7 Aufhebung und Änderung	536
E.3.4 Berichts- und Prüfungspflichten	537
E.3.4.1 Verschmelzungsbericht	537
E.3.4.2 Verschmelzungsprüfung	538
E.3.4.3 Prüfungsbericht	538
E.3.5 Zustimmungsbeschlüsse	538
E.3.5.1 Einberufung und Offenlegung	538
E.3.5.2 Beschlussfassung	539
E.3.5.3 Einzelzustimmungserklärungen	540
E.3.6 Anteilsgewährungspflicht	541
E.3.6.1 Allgemeines	541
E.3.6.2 Verzicht auf Anteilsgewährung	542
E.3.6.3 Anteilsgewährung bei Personengesellschaften	543
E.3.7 Kapitalerhöhung oder Neugründung	544
E.3.7.1 Kapitalerhöhung bei Verschmelzung zur Aufnahme	544
E.3.7.2 Kapitalaufbringung	545
E.3.7.3 Neugründung	546
E.3.8 Anmeldung	548
E.3.8.1 Anmeldebefugnis und Form	548
E.3.8.2 Anlagen und Kapitalerhöhung	549
E.3.8.3 Negativerklärung	549
E.3.8.4 Schlussbilanz und 8-Monatsfrist	550

E.3.9	Eintragung und Bestandskraft	550
E.3.10	Besondere Verschmelzungskonstellationen	551
E.3.10.1	Verschmelzung einer GmbH auf den Alleingesellschafter	552
E.3.10.2	Verschmelzung von Vereinen	552
E.3.10.3	Verschmelzung von Partnerschaftsgesellschaften	553
E.3.10.4	Verschmelzung von Genossenschaften	553
E.3.11	Haftungsgefahren	554
E.3.11.1	Haftungssystem des UmwG	555
E.3.11.2	Haftung nach dem jeweiligen Gesellschaftsrecht	555
Zusammenfassung		556
E.4	Die Spaltung	559
E.4.1	Definition und Grundprinzipien	559
E.4.1.1	Spaltungsarten	559
E.4.1.2	Ablauf einer Spaltung	562
E.4.2	Spaltungsfähige Rechtsträger	562
E.4.3	Spaltungsvertrag bzw. -plan	562
E.4.3.1	Allgemeiner Inhalt	562
E.4.3.2	Fakultativer Inhalt	562
E.4.3.3	Besonderheiten bei der Spaltung zur Neugründung	564
E.4.4	Zustimmungsbeschlüsse	564
E.4.4.1	Spaltungsbericht und -prüfung	565
E.4.4.2	Zuleitung an Betriebsrat	565
E.4.4.3	Beschlussanforderungen und Zustimmungsbedürftigkeit	565
E.4.5	Anmeldung	565
E.4.6	Eintragung und partielle Gesamtrechtsnachfolge	566
E.4.7	Besonderheiten gegenüber der Verschmelzung	567
E.4.7.1	Bestimmtheitsgrundsatz	567
E.4.7.2	Anteilsgewährungspflicht	567
E.4.7.3	Kapitalaufbringung und -erhaltung	568
E.4.7.4	Haftung	569
E.4.8	Ausgewählte Spaltungsvorgänge	570
E.4.8.1	Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns	570
E.4.8.2	Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gebietskörperschaft	571
Zusammenfassung		572
E.5	Der Formwechsel	574
E.5.1	Grundlagen	574
E.5.1.1	Motive für einen Formwechsel	574
E.5.1.2	Grundstruktur des Formwechsels	575
E.5.1.3	Identitätswahrung bei der GmbH & Co KG	576
E.5.2	Formwechselfähige Rechtsträger	577
E.5.3	Ablauf eines Formwechsels im Überblick	577
E.5.4	Formwechselbeschluss	578
E.5.4.1	Inhalt des Formwechselbeschlusses	578
E.5.4.2	Form und Durchführung des Umwandlungsbeschlusses	579
E.5.5	Umwandlungsbericht und -prüfung	580
E.5.6	Anmeldung	580

E.5.7	Eintragung.....	581
	Zusammenfassung.....	582
E.6	Prozessuale Besonderheiten	583
E.6.1	Grundsatz der Anfechtbarkeit.....	583
E.6.2	Einschränkung und Spruchverfahren.....	584
E.6.3	Einschränkung und Freigabeverfahren.....	584
	Zusammenfassung.....	585
E.7	Europarechtliche Aspekte	586
E.7.1	Europäische Aktiengesellschaft	586
E.7.2	Grenzüberschreitende Verschmelzung.....	586
E.7.3	Sonstige Entwicklungen und Regelungslücken	587
	Zusammenfassung.....	588
	Schlussbetrachtung	588
	Weiterführende Literatur	589
	Die Herausgeber und Autoren	595
	Stichwortverzeichnis	597

Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayer. Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BörsG	Börsengesetz
BörsZulV	Börsenzulassungsverordnung
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
DB	Der Betrieb
DepotG	Depotgesetz
DNotI-Report	Report des Deutschen Notarinstituts
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EWiv	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FSAP	Aktionsplan für Finanzdienstleistungen (Financial Services Action Plan)
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
Gem.	Gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
ICAM	International Capital Market Association
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
IPO	Initial Public Offering
KG	Kommanditgesellschaft
KWG	Kreditwesengesetz
MaKonV	Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report

NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
ProspVO	Prospektverordnung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
Rz.	Ranziffer
StGB	Strafgesetzbuch
UmwG	Umwandlungsgesetz
VerkProspG	Verkaufsprospektgesetz
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpPG	Wertpapierprospektgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Teil A

Handelsrecht

von

Dr. Thomas Tegen
Rechtsanwalt und Notar
Professor für Wirtschaftsrecht
an der FH Nordhausen

Einleitung

Das Handelsrecht ist das Recht der Kaufleute. Dieser kurze und prägnante Satz beinhaltet das Wesen des Handelsrechts. Handelsrecht ist das Recht, das im kaufmännischen Verkehr zu beachten ist. Nun ist im kaufmännischen Verkehr nicht nur das Handelsrecht zu beachten, sondern das Handelsrecht ist als Sonderprivatrecht zuvörderst zu beachten. Daneben gelten freilich das BGB und andere Gesetze des Wirtschaftsrechts, sofern sie einschlägig sind.

Für die Anwendung des Handelsrechts ist eine Eigenschaft wichtig, nämlich die Kaufmannseigenschaft. Das Handelsrecht gilt nur für Kaufleute im rechtlichen Sinne. Als Teil des Wirtschaftsprivatrechts ist das Handelsrecht folglich im unternehmerisch-kaufmännischen Bereich von besonderer Bedeutung und praktischer Relevanz.

Lernziele

Sie lernen in diesem ersten Teil des Buches Unternehmensrecht die rechtlichen Grundlagen des Handelsrechts kennen. Nach der Lektüre dieses Teils sollen Sie in der Lage sein, selbst zu erkennen, wann handelsrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen. Ferner sollen Sie die im unternehmerischen Bereich wichtigsten handelsrechtlichen Strukturen kennen. Sie sollen Funktion und Bedeutung des Handelsregisters kennen und erhalten einen Überblick über ausgewählte registerrechtliche Vorgänge im Unternehmensbereich. Darüber hinaus sollen Sie neben den allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen von Handelsgeschäften auch mit den Grundzügen des Handelskaufes und des Kommissionsgeschäftes vertraut gemacht werden. Das Transportrecht (Fracht-, Speditions- und Lagervertrag) ist zu einer Spezialmaterie geworden, die nicht Gegenstand dieses Lehrbuches ist.

Mit Hilfe dieses Buches werden Sie folglich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des Handelsstandes, der Handelsbücher und der Handelsgeschäfte, einschließlich des Handelskaufes und des Kommissionsgeschäftes, vertraut gemacht. Zugleich erhalten Sie einen Überblick über das kürzlich in Kraft getretene Bilanzmodernisierungsgesetz (BilMoG) und die daraus folgenden wichtigsten Änderungen der kaufmännischen Rechnungslegung.

Um die aufgezeigten Ziele zu erreichen, benötigen Sie im Grunde nicht viel: Neben diesem Lehrbuch ist es das Gesetz, das HGB und natürlich das BGB. Machen Sie es sich gleich zu Beginn zur Gewohnheit jede genannte Vorschrift im Gesetz nachzulesen. Auch wenn dies etwas mühsam erscheint, werden Sie schnell erfahren, dass sich diese Mühe lohnt. Sind Sie erst mit den einschlägigen Vorschriften vertraut, finden Sie den Zugang zu diesem interessanten und praxisnahen Rechtsgebiet umso leichter. Deshalb gilt hier im ersten Teil zum Handelsrecht das Gleiche wie in den folgenden Teilen zum Gesellschafts- und Umwandlungsrecht: lesen Sie jede im Buch genannte Vorschrift nach! Der Gesetzestext sollte stets neben diesem Buch liegen und Sie beim Durchar-

beiten begleiten. Machen Sie sich diese Vorgehensweise gleich zur Gewohnheit. Sie werden sehen, der Lernerfolg stellt sich dann ganz von selbst ein.

Und nun wünsche ich Ihnen Erfolg und auch Freude mit dem ersten Teil, dem Handelsrecht.

Ihr

Thomas Tegen

A.1 Grundlagen

In diesem Kapitel lernen Sie die Grundbegriffe und Rechtsquellen des Handelsrechts kennen. Die Grundlagen des Handelsrechts sollen Ihnen vermitteln, wie das HGB aufgebaut ist und welche Rechtsgeschäfte dem Handelsrecht unterliegen und welche Personen (Rechtssubjekte) es besonders zu beachten haben. Nach dem Durcharbeiten dieses Kapitels wissen Sie, wann Sie die Vorschriften des Handelsrechts beachten müssen und welche Bereiche diese Vorschriften regeln.

A.1.1 Entstehung

“No nation was ever ruined by trade”

(Benjamin Franklin, 1705–1788, *Bartlett, J.*, Familiar Quotations)

Das Handelsrecht ist das Recht der Kaufleute. Kaufleute gibt es nun schon seit Jahrhunderten. Denken Sie nur an das Geschlecht der *Fugger* oder der *Medici*. Handelsrecht ist deshalb altes Recht. Es hat sich um das 16./17. Jahrhundert aus den Handelsbräuchen und den Rechtsinstituten der Handelsstände heraus entwickelt (zur Geschichte des Handelsrechts vgl. *Raisch*, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, 1965) und verlief sich zunächst gemäß der damaligen territorialen Zersplitterung in eine unübersehbare Vielzahl von einzelnen „Merkantilordnungen“ (Markt-, Börsen- oder Wechselverordnungen). Diese Ordnungen waren teils (so etwa in den westlichen Teilen Deutschlands) durch das französische Recht, nämlich den „Code de Commerce“ von 1807, geprägt.

Die erste allgemeine Kodifikation des Handelsrechts in Deutschland erscheint erst Mitte des 19. Jahrhunderts mit der Entstehung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861 (ADHGB). Auf diesem Werk fußt das HGB von 1897, das gemeinsam mit dem BGB am 01.01.1900 in Kraft getreten ist. Während das BGB ein komplett neu konzipiertes Gesetz war, hat sich das Handelsrecht also aus dem ADHGB und den Handelsbräuchen entwickelt. Deshalb ist auch noch heute das ADHGB von Bedeutung, da wesentliche Teile des HGB und auch des Aktienrechts auf das ADHGB zurückgehen.

Das Handelsrecht wurde durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.06.1998 (in Kraft seit dem 01.07.1998) grundlegend modernisiert. Dies betrifft insbesondere die Bestimmungen über Kaufleute und Firmen. Unser heute geltendes Handelsrecht im engeren Sinne umfasst neben dem HGB auch das Scheckgesetz und das Wechselgesetz. Im weiteren Sinne wird vom Handelsrecht daneben noch das Wertpapierrecht und das Bank- und Börsenrecht umfasst. In diesem Lehrbuch wird Handelsrecht im engeren Sinne verstanden.

A.1.2 Aufbau

Das Handelsrecht im engeren Sinne ist weitestgehend im HGB geregelt. Das HGB ist wie das BGB in fünf Bücher unterteilt. Um sich einen Überblick zu verschaffen, nehmen Sie Ihren HGB Gesetzestext zur Hand und schauen Sie sich das Inhaltsverzeichnis an. Im Mittelpunkt dieses Werkes stehen das erste, dritte und vierte Buch des HGB. Einen Gesamtüberblick verschafft Ihnen das nachfolgende Schaubild:

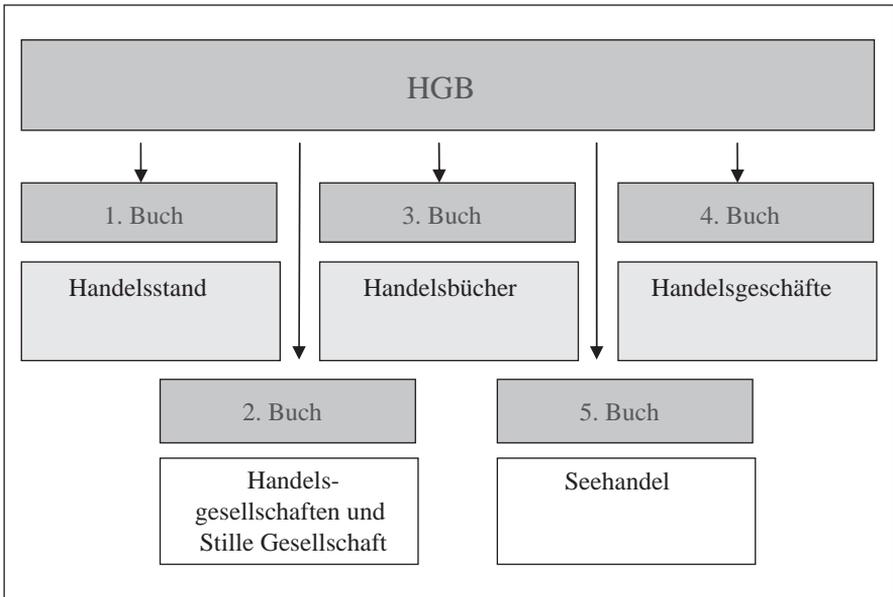


Abbildung A.1.2: Aufbau des HGB

Das erste Buch – der Handelsstand – beschäftigt sich zunächst mit der wichtigen Kaufmannseigenschaft. Sie werden sogleich im nächsten Kapitel erfahren, dass die Kaufmannseigenschaft quasi die Eintrittskarte in das Reich des HGB ist. Ferner werden die Bedeutung der Handelsfirma, des Handelsregisters und die Hilfspersonen des Kaufmanns behandelt. Das zweite Buch beschäftigt sich mit den Personenhandels-gesellschaften und der stillen Gesellschaft. Wie Sie schon bemerkt haben werden, liegt die Betonung auf Personenhandels-gesellschaften, mithin solche Personengesellschaften, die gerade ein Handelsgewerbe betreiben. Dieser kleine begriffliche Zusatz hat eine große Bedeutung; dies werden Sie selbst nun gleich feststellen.

Das dritte Buch bildet den Kern der deutschen Rechnungslegungsvorschriften (*Kirnberger*, in HK-HGB, E vor 238, Rz. 1). Es wurde durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19.12.1985 in das HGB eingefügt und erfährt gegenwärtig durch das Bilanzmodernisierungsgesetz, das am 28. Mai 2009 in Kraft getreten ist, eine umfangreiche Modernisierung, die vor allem für den Mittelstand von zentraler Bedeutung sein wird. Das vierte Buch schließlich behandelt allgemeine Regelungen, die für Rechtsgeschäfte des Kaufmanns gelten und beinhaltet sodann besondere Rechtsgeschäfte des Kauf-

manns, wie das Kommission-, das Transport- und das Lagergeschäft. Das im fünften Buch geregelte Seehandelsrecht ist zu einer Spezialmaterie (Seerecht) geworden, die aus Platzgründen hier nicht behandelt werden kann. In diesem ersten Teil des Buches zum Unternehmensrecht, beschränken wir uns auf die Grundlagen des Handelsrechts und somit insbesondere auf das erste, dritte und vierte Buch des Handelsrechts. Im dritten Buch, die Handelsbücher, stellen wir Ihnen aus aktuellem Anlass bereits die Grundlagen des Bilanzmodernisierungsgesetzes vor. Im vierten Buch beschränken wir uns auf die allgemeinen Vorschriften, den Handelskauf und das Kommissionsgeschäft. Abschließend erhalten Sie noch einen Überblick über die Handelspapiere des Kaufmanns. Das Fracht-, Speditions- und Lagergeschäft gehört zum Transportrecht und damit zu einer Spezialmaterie des Handelsrechts, die den Umfang dieses Grundlagenwerkes sprengen würde und deshalb nicht behandelt wird. Das zweite Buch des Handelsrechts wird Ihnen gleich im Anschluss, nämlich in dem Teil B, dem Recht der Personenhandelsgesellschaften, begegnen.

Bevor wir uns nun dem ersten Buch des HGB nähern, wollen wir uns noch kurz anschauen, für wen das HGB gilt und in welchem Verhältnis es zum BGB und zu anderen wichtigen Wirtschaftsgesetzen steht.

A.1.3 Geltungsbereich

Wir haben bereits festgestellt, dass das Handelsrecht ein Teil des Privatrechts ist.



Übung A.1.1

Kennen Sie noch die eingangs genannte Definition des Handelsrechts? (Bevor Sie nachschlagen, versuchen Sie es erst selbst!).

Deshalb ist die Frage, in welchem Verhältnis das Handelsrecht zum übrigen Privatrecht, allem voran zum BGB, steht, von besonderem Interesse. Wir haben bereits festgestellt – und Sie sicher richtig beantwortet –, dass Handelsrecht *Sonderprivatrecht* ist. Als Sonderprivatrecht gilt es folglich auch nur in besonderen Bereichen, hat also einen gesonderten Geltungsbereich. Dieser Geltungsbereich ist subjektiv bestimmt. Dieser wichtige Grundsatz bedeutet, dass Handelsrecht gerade (und nur) für einen bestimmten Personenkreis gilt. Dieser Personenkreis muss zudem bestimmte Kriterien erfüllen, damit Handelsrecht für und auch gegen ihn gilt. Deshalb wird in der handelsrechtlichen Literatur auch von dem subjektiven System des handelsrechtlichen Geltungskreises gesprochen (*K. Schmidt*, § 1 I 1 b).

Das Handelsrecht gilt nur für bestimmte Adressaten, nämlich nur für Kaufleute. Kaufleute wiederum sind nach dem gesetzlichen Modell nicht ausschließlich natürliche Personen, sondern sowohl natürliche Personen als auch Handelsgesellschaften (wie etwa die AG, die GmbH, die OHG, die KG oder die Genossenschaft).



Handelsrecht gilt als *Sonderprivatrecht* nur für eine *besondere* Gruppe von Normadressaten. Nämlich nur für *Kaufleute* im Sinne des HGB.

Diesen wichtigen Grundsatz sollten Sie sich unbedingt einprägen und merken, bevor Sie sich weiter mit dem Handelsrecht befassen. Ohne sein Verständnis lässt sich das Handelsrecht nicht begreifen; er bildet quasi das Axiom des Handelsrechts.

Die Frage, ob eine oder mehrere Parteien Kaufleute sind, ist also im Handelsrecht von zentraler Bedeutung. Dabei sollten Sie eines unbedingt beachten: in Klausuren wird die Kaufmannseigenschaft häufig zusammenhanglos am Anfang geprüft, ohne dass dem Leser klar wird, warum diese Eigenschaft für den zu lösenden Fall von Bedeutung ist. Derartige Lösungen offenbaren, dass Begriff und Bedeutung der Kaufmannseigenschaft nicht verstanden worden sind. Die Frage, ob Subjekte Kaufleute im Sinne des HGB sind, ist stets im Zusammenhang und im Zuge der Beantwortung einer weiteren Frage zu beantworten, nämlich der Frage, ob eine bestimmte handelsrechtliche Norm anwendbar ist oder nicht. Hierzu sogleich ein Beispiel:



Beispiel A.1.1

Holzhändler W bezieht sein Holz von dem Großhändler L, der in finanziellen Schwierigkeiten steckt, da er seine Kreditlinie bei der S-Bank überzogen hat. Die S-Bank verlangt als Sicherheit eine Bürgschaft, andernfalls werde sie den Kredit sofort fällig stellen. Für diesen Fall könnte L seine Lieferverpflichtungen gegenüber W nicht erfüllen. W ist deshalb bereit, gegenüber der S-Bank eine Bürgschaft zu übernehmen, da er dringend auf die Holzlieferung des L angewiesen ist, ohne die er selbst in Liefer-schwierigkeiten geraten würde. Die Bank faxt dem W ein Bürgschaftsformular zu, das W unterschrieben zurückfaxen soll. Können Sie die Frage, ob die Bürgschaft wirksam ist mit Hilfe des BGB beantworten? (Versuchen Sie es wie immer zunächst selbst).

Die Bürgschaft ist grundsätzlich an die Schriftform (§ 766 BGB) gebunden. Die Bürgschaft wäre allerdings auch ohne Beachtung dieser Form wirksam, wenn sie für W nach § 350 HGB ein Handelsgeschäft wäre. Nach § 343 HGB sind Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns. Damit wäre (erst) jetzt zu prüfen, ob W Kaufmann im Sinne des HGB ist und (wenn ja), ob die Erklärung der Bürgschaft in diesem Fall für W ein Handelsgeschäft ist. Laut Sachverhalt wäre dies wohl zu bejahen, da W die Bürgschaft nur erklärt, damit L seine Lieferverpflichtungen ihm gegenüber erfüllen kann und W dadurch wiederum seine Lieferverpflichtungen erfüllen kann.

Wie das Beispiel zeigt, ist die Frage der Kaufmannseigenschaft des W hier nicht etwa isoliert am Anfang der Lösung zu erörtern, sondern Bestandteil der Frage, ob die Bürgschaft formfrei erklärt werden konnte, m. a. W. ob § 350 HGB zur Anwendung kommt. Im Vordergrund stand folglich eine spezielle handelsrechtliche Norm (Sonderprivatrecht) und die Frage ihrer Anwendbarkeit auf den konkreten Fall.

Das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft ist also untrennbar mit der Frage verbunden, ob eine bestimmte handelsrechtliche Norm zur Anwendung kommt oder nicht, ja sie ist im Grunde Bestandteil dieser Frage.



Die Kaufmannseigenschaft einer Partei wird nicht isoliert geprüft; ihre Prüfung erfolgt im Zuge der Anwendbarkeit einer bestimmten handelsrechtlichen Norm.

Nachdem wir geklärt haben, wann handelsrechtliche Normen zur Anwendung kommen, wenden wir uns nun dem Verhältnis zwischen dem BGB und dem HGB zu.

Handelsrecht ist als Sonderprivatrecht zunächst stets im Zusammenhang mit dem BGB zu betrachten. Nur all zu oft neigen Studierende dazu beide Rechtsgebiete zu trennen. Es geht aber nicht um die Frage, ob BGB oder HGB anwendbar ist. Wie im vorstehenden Beispiel geht es stets darum, ob bestimmte Normen des HGB auf einen privatrechtlichen Fall anwendbar sind oder nicht. Deshalb ist es auch nicht zutreffend, dass Nichtkaufleute nur

das BGB, nicht aber das HGB zu beachten brauchen. Bei einseitigen Handelsgeschäften, bei denen also nur eine Partei Kaufmann und die andere Nichtkaufmann ist, kommen nach § 345 HGB (lesen!) die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt.

**Beispiel A.1.2**

A betreibt seit kurzem in dem Kurort K einen kleinen Fischhandel. Er liefert erst seit wenigen Tagen Frischfisch an das Hotel „Zur goldenen Gans“. Das Hotel hat jeweils Mittwoch geschlossen („Ruhetag“), was A noch nicht wusste. Andere Hotels haben jeweils Dienstag Ruhetag. A hatte sich gegenüber G, dem Inhaber der „Goldenen Gans“, verpflichtet, drei mal wöchentlich, um 07:30 Uhr, Frischfisch zu liefern. Als er am Mittwoch um 07:30 Uhr vor dem Hotel steht und keiner öffnet, lässt er seine Ware vor der Tür stehen. Am nächsten Tag ist die Ware verdorben. G besteht auf erneute Lieferung. A indessen meint, er habe das seinerseits Erforderliche getan und damit erfüllt.

Ob hier A oder G Kaufleute sind, ist in diesem Fall zunächst völlig unbeachtlich. Es geht allein um die Frage, ob A seine Leistungspflicht erfüllt hat oder diese Lieferung nachholen muss. Gemäß § 271 Abs. 1 BGB wäre A berechtigt, die Leistung jederzeit zu bewirken, sofern eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen erkennbar ist. Zwar war vereinbart, dass A drei Mal in der Woche liefern soll, allerdings war die genaue Leistungszeit nicht vereinbart. Der Sachverhalt macht keine Angaben zu Umständen, aus denen für A erkennbar war, dass das Hotel am Mittwoch Ruhetag hat. Damit wäre er berechtigt gewesen seine Ware am Mittwoch zu liefern und von seiner Leistungspflicht befreit. Anders wäre zu entscheiden, wenn A seine Leistung nach § 358 HGB (lesen!) nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirken kann. Dann nämlich hätte A seine Leistung nicht bewirkt und müsse nochmals liefern. Dies setzt aber voraus, dass § 358 HGB überhaupt zur Anwendung kommt. Erst hier – bei der konkreten Norm des § 358 HGB – taucht die Frage, wie sich BGB- und HGB-Vorschriften zueinander verhalten, auf. § 358 HGB wäre anwendbar, wenn ein einseitiges Handelsgeschäft nach § 345 HGB vorläge. Dann müsste das Rechtsgeschäft zumindest für eine der Parteien Handelsgeschäft sein. Handelsgeschäfte sind nach § 343 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns. Erst jetzt stellt sich die Frage, ob A oder G Kaufmann im Sinne des HGB sind. Hier könnte G Kaufmann sein, sofern der Sachverhalt hierzu nähere Angaben enthalten würde. Dann läge ein einseitiges Handelsgeschäft i. S. v. § 354 HGB vor und die Vorschriften über Handelsgeschäfte wären auch auf A anwendbar. Deshalb hätte A seine Leistung nach § 358 HGB nur zu den gewöhnlichen Geschäftszeiten, mithin nicht am Mittwoch bewirken können.

Sie sehen, dass auch für Nichtkaufleute (oben A) einzelne Vorschriften des HGB (hier § 358 HGB) von Bedeutung sein können. Der Fall sollte Ihnen nochmals vor Augen führen, dass die Frage, ob A oder G Kaufmann sind, nicht losgelöst vorab geprüft werden darf. Diese Frage spielt nur im Zusammenhang mit der konkreten handelsrechtlichen Norm eine Rolle und ist auch nur dort zu erörtern. Bitte merken Sie sich dies!

Das an dem Kaufmannsbegriff orientierte subjektive System des Handelsrechts wird teils als zu eng und überholt kritisiert und seine Ausdehnung auf alle Unternehmensträ-

ger gefordert (wegweisend insofern *K. Schmidt*, § 1 I 1 b, c und § 3 ff.). Diese Diskussion hängt eng mit dem rechtlichen Verständnis des Unternehmens als Unternehmensträger zusammen. Wer das Unternehmen selbst als Rechtssubjekt versteht, muss die geltenden Grenzen des Kaufmannsbegriffes überschreiten. Ob allerdings auch die klassischen freien Berufe von der Kaufmannseigenschaft erfasst werden sollen, scheint zumindest dann zweifelhaft, wenn sie damit im Ergebnis den Gewerbetreibenden gleichgestellt werden.

In diesem Lehrbuch soll jedoch dieser Frage nicht weiter nachgegangen werden. Vielmehr wollen wir uns im nächsten Kapitel nun dem zentralen Kaufmannsbegriff und seiner rechtlichen Bedeutung näher zuwenden.



Zusammenfassung

Wir können festhalten, dass das Handelsrecht als Sonderrecht der Kaufleute neben das Privatrecht tritt. Es gilt vor dem Privatrecht, soweit es zur Anwendung gelangt. Dann überlagern die handelsrechtlichen Normen das Privatrecht. Ob handelsrechtliche Normen anwendbar sind, hängt von der Kaufmannseigenschaft der Adressaten der handelsrechtlichen Normen ab. Die Frage, ob eine Partei Kaufmann ist oder nicht, wird jedoch nicht isoliert betrachtet, sondern stets im Zusammenhang mit der Prüfung der Anwendbarkeit einer konkreten handelsrechtlichen Norm.

Aufgaben zur Selbstüberprüfung

1. Nennen Sie die Bücher des HGB.
2. Im welchem Verhältnis stehen das BGB und das HGB?
3. Wovon hängt die Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Normen entscheidend ab?

A.2 Der Kaufmannsbegriff

Dieses Kapitel soll Sie befähigen, den Begriff des Kaufmanns und des Handelsgewerbes zu erläutern. Sie sollen selbst die verschiedenen Kaufmannsarten definieren können. Ferner sollen Sie wissen, wann die Eintragung der Firma des Kaufmanns in das Handelsregister konstitutiv oder deklaratorisch wirkt. Schließlich werden Sie mit der Kaufmannseigenschaft von Personengesellschaften vertraut gemacht und können den Fiktiv- vom Scheinkaufmann abgrenzen.

Der handelsrechtliche Kaufmannsbegriff ist in den §§ 1–6 HGB geregelt. Er deckt sich keinesfalls mit dem im gewöhnlichen Sprachgebrauch verwendeten Begriff eines „Kaufmanns“.

Dies können Sie selbst leicht feststellen. Hierzu gleich ein Beispiel:



Beispiel A.2.1

Vielleicht haben Sie bereits eine kaufmännische Ausbildung, etwa zum Bank- oder Groß- und Einzelhandelskaufmann absolviert. Sie haben Ihre Prüfung vor der Handelskammer erfolgreich abgelegt und ein Freund fragt Sie, ob Sie denn nun ein Kaufmann seien. Was werden Sie antworten? Versuchen Sie es zunächst (wie stets) selbst.

Sie werden vielleicht entgegenen, dass Sie nun ein Bankkaufmann oder Groß- und Einzelhandelskaufmann sind. Tatsächlich erhalten Sie mit der bestandenen Prüfung den Kaufmanngehilfenbrief, sind aber kein Kaufmann, sondern sein ausgebildeter Gehilfe. Auch wenn Sie sich im gewöhnlichen Sprachgebrauch als „Kaufmann“ bezeichnen oder als solcher bezeichnet werden, ob Sie es tatsächlich und rechtlich sind, ist eine andere Sache. Der Begriff des „Kaufmanns“ im gewöhnlichen Sprachgebrauch ist also weit gefasst. Deutlich enger ist dagegen der Begriff des Kaufmanns im Sinne des HGB. Dies soll Ihnen die folgende Übung verdeutlichen, die Sie bitte anhand von § 1 HGB versuchen zu lösen.



Übung A.2.1

Ferdinand betreibt in Wiesbaden ein Feinkostgeschäft bereits in der dritten Generation. Eines Tages fragen Sie Ferdinand anlässlich eines Einkaufes, ob er eigentlich Kaufmann sei. Ferdinand reagiert mit Unverständnis und meint, natürlich sei er „Kaufmann“. Er sei doch einer der klassischen Einzelhandelskaufleute. Versuchen Sie einmal selbst herauszufinden, ob Ferdinand Kaufmann ist. Wie müsste wohl die richtige Antwort lauten?

Der handelsrechtliche Kaufmannsbegriff ist in den §§ 1–6 HGB definiert; dort ist geregelt, wer Kaufmann im Sinne des Handelsrechts ist. Nur für diejenigen, die Kaufmann im Sinne des Handelsrechts sind, gelten die Vorschriften des Handelsrechts. Damit kommt dem Kaufmannsbegriff eine zentrale Rolle zu. Er bestimmt, wer Kaufmann im Sinne des Handelsrechts ist. Nur der Kaufmann ist folglich der Adressat des Handelsrechts.



Nur für den, der Kaufmann im Sinne des Handelsrechts ist, gelten die gesamten handelsrechtlichen Vorschriften.

Für die Frage, ob Handelsrecht zur Anwendung kommt, ist also einzig entscheidend, ob eine Person (oder ein Unternehmen) Kaufmann im Sinne des Handelsrechts ist. Wie sich jemand bezeichnet, ob als Kaufmann oder nicht, ist für die Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Vorschriften unerheblich. Wir wollen uns nun anschauen, was einen Kaufmann im Sinne des Handelsrechts ausmacht. Hierzu betrachten wir zunächst die Personen und Personenvereinigungen, die überhaupt als Kaufleute in Betracht kommen. Wir gehen folglich der Frage nach, wer Kaufmann sein kann.

A.2.1 Die Person des Kaufmanns

Das HGB bestimmt in den §§ 1–6 HGB wer Kaufmann ist, regelt aber nicht, welche Personen als Kaufmann überhaupt in Frage kommen. Die *Kaufmannsfähigkeit* (so *K. Schmidt*, § 9 II) ist damit nicht ausdrücklich geregelt. Auch § 1 Abs. 1 HGB bestimmt zwar, dass Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt, knüpft indessen keine besonderen Voraussetzungen an die Person, die ein Handelsgewerbe betreibt. Damit kommen als Kaufleute im Sinne des Handelsrechts sowohl natürliche als auch juristische Personen in Betracht.

A.2.1.1 Natürliche Personen

Die Fähigkeit Kaufmann zu sein haben grundsätzlich alle natürlichen Personen. Um aber tatsächlich Kaufmann zu sein, müssen natürliche Personen nach § 1 Abs. 1 HGB (lesen!) jedoch ein Handelsgewerbe betreiben. Betreiben eines Handelsgewerbes bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die natürliche Person zwar nicht persönlich tätig zu sein braucht, aber durch die Rechtsgeschäfte, die im laufenden Betrieb des Handelsgewerbes geschlossen werden, unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Betreiber eines Handelsgeschäftes ist folglich, wer das betriebliche Risiko aus dem Geschäftsbetrieb unmittelbar trägt.



Beispiel A.2.2

Ausgehend von unserer Übung A.2.1 braucht Ferdinand also nicht täglich selbst in seinem Feinkostgeschäft zu stehen und kann die tägliche Arbeit durch Angestellte verrichten lassen. Entscheidend für die Anwendbarkeit des Handelsrechts und damit die Frage, ob Ferdinand Kaufmann im Sinne des Handelsrechts ist, ist zunächst, ob Ferdinand selbst aus den im laufenden Betrieb seines Feinkostgeschäftes getätigten Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet wird, mithin ob er das betriebliche Risiko unmittelbar trägt.



Übung A.2.2

Ist der Vorstandsvorsitzende einer börsennotierten Aktiengesellschaft Kaufmann im Sinne des HGB? Wie muss die richtige Antwort lauten?

Vertreter scheiden folglich als Kaufmann im Sinne des HGB aus. Bereits aus § 164 Abs. 1 BGB (lesen!) folgt, dass der Vertretene und nicht der Vertreter durch eine Willenserklärung, die der Vertreter im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Dies gilt auch für gesetzliche Vertreter, wie etwa Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstände einer AG (hierzu BGH NJW 1997, 399). Der Vorstandsvorsitzende ist zwar eine natürliche Person, allein seine Organstellung reicht indessen nicht aus, um die Kaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 1 HGB zu begründen. Er kann zwar die Aktiengesellschaft nach außen wirksam vertreten, berechtigt und verpflichtet wird aus diesem Handeln jedoch allein die Aktiengesellschaft als juristische Person selbst (siehe hierzu auch unter Kapitel C1 im Teil C Aktienrecht).

Bestimmte Berufsgruppen sind jedoch von der Kaufmannseigenschaft von vorn herein ausgenommen. Dies sind die Angehörigen der wissenschaftlichen, künstlerischen und freien Berufe. Was versteht man unter einem freien Beruf und warum sind die Freiberufler keine Kaufleute? (Versuchen Sie doch die Antwort einmal selbst zu formulieren, bevor Sie weiterlesen).

Freie Berufe oder auch Freiberufler sind dadurch gekennzeichnet, dass sie kein Gewerbe ausüben. Sie unterliegen weder der Gewerbe- noch der Körperschaftsteuer. Ihnen gemein ist, dass ihre Angehörigen zwangsweise Mitglied einer berufsständischen Kammer sind (etwa die Rechtsanwaltskammer, die Ärztekammer, die Notarkammer, die Architektenkammer). Zu den Freiberuflern gehören Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Architekten, Ärzte, Zahnärzte und Notare. Sie alle sind in ihrer beruflichen Funktion keine Kaufleute. Der Grund dafür liegt in dem Standesrecht dieser Berufe.

Können auch Minderjährige Kaufmann im Sinne von § 1 Abs. 1 HGB sein? Auch beschränkt Geschäftsfähige können Kaufmann im Sinne von § 1 Abs. 1 HGB sein. Nehmen wir an, eine Siebzehnjährige erbt von ihren Großeltern einen Friseursalon. Nicht sie selbst, sondern ihre Eltern betreiben den Salon im Namen der Tochter. Damit wird die Minderjährige selbst aus allen Rechtsgeschäften, die die Eltern in ihrem Namen schließen, berechtigt und verpflichtet. Grundsätzlich ist sie also fähig Kaufmann i. S. v. § 1 Abs. 1 HGB zu sein.

Kann ein Minderjähriger auch selbst ein Handelsgeschäft betreiben? Nach § 112 BGB (lesen!) kann ein Minderjähriger auch selbst ein Erwerbsgeschäft betreiben, sofern ihn der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dazu ermächtigt.

A.2.1.2 Juristische Personen

Neben den natürlichen Personen können auch Vereinigungen von Personen Kaufmann i. S. der §§ 1 ff. HGB sein. Als solche kommen juristische Personen des privaten Rechts und juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie die Personengesellschaften in Betracht.

Die juristischen Personen des privaten Rechts sind bereits allein kraft ihrer Rechtsform Kaufmann im Sinne des Handelsrechts. Mit ihrer Entstehung und Begründung der Rechtsform sind sie automatisch Kaufmann und werden deshalb auch als Formkaufmann bezeichnet. Wir widmen uns diesen Formkaufleuten gleich unter Punkt A.2.2.

Auf die juristischen Personen des öffentlichen Rechts trifft dies nicht zu. Für sie gilt quasi der „Normalfall“, d. h. sie können Kaufmann nach § 1 Abs. 1 HGB sein, sofern

sie ein Handelsgewerbe betreiben. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, die ebenfalls als Träger der Kaufmannseigenschaft in Betracht kommen, sofern sie eben ein Handelsgewerbe betreiben. Dies betrifft etwa Universitäten, Fachhochschulen oder öffentliche Krankenhäuser. Nicht dagegen kommen die sog. Gebietskörperschaften, also Gemeinden, Bezirke, Länder oder der Bund als Kaufmann in Betracht.

A.2.1.3 Personengesellschaften und sonstige Verbandsformen

Wir greifen hier dem Personengesellschaftsrecht und damit Teil B etwas vor. Unter Personengesellschaften versteht man Gesellschaften, die von der Individualität ihrer Gesellschafter abhängig sind (*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 3 I 2). Bei einer Personengesellschaft steht folglich die persönliche Mitwirkung des Gesellschafters im täglichen Geschäftsbetrieb ganz im Vordergrund. In der Praxis häufig anzutreffende Personengesellschaften sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Kommanditgesellschaft. Zu den Personengesellschaften zählen daneben die Offene Handelsgesellschaft, die stille Gesellschaft, die freiberufliche Partnerschaft und die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung sowie Mischformen, wie die GmbH & Co. KG.

Begrifflich unterscheidet man zwischen Personengesellschaften und Personenhandels-gesellschaften. Der Begriff Personengesellschaften ist dabei als Oberbegriff zu verstehen, während als Personenhandels-gesellschaften die Handelsgesellschaften des HGB bezeichnet werden.

Bei einer Personengesellschaft verbinden sich mindestens zwei natürliche Personen zu einem Verband und wollen künftig mittels des Verbandes (der Gesellschaft) einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Unternehmensträger ist also nicht mehr der einzelne Gesellschafter, sondern die Gesellschaft selbst. Deshalb kann die Personengesellschaft selbst die Fähigkeit haben Kaufmann zu sein. Ist sie Kaufmann im Sinne des Handelsrechts, dann gelten für sie die handelsrechtlichen Bestimmungen. Neben der Personengesellschaft können freilich auch ihre Gesellschafter Kaufleute sein. Dabei ist aber zu beachten, dass bei der Prüfung, ob die Gesellschafter Kaufleute sind, nicht auf den Betrieb des Unternehmens abgestellt werden darf, den die Gesellschaft betreibt.

Personengesellschaften sind Zweckgebilde (*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 4 I 1). Ihr Wesensmerkmal ist die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Dem gemeinsamen Zweck kommt bei der Frage, ob die Personengesellschaft Kaufmann ist oder nicht, eine ganz entscheidende Bedeutung zu. Der gemeinsame Zweck, der mit der Gesellschaft verfolgt wird, kann betrieblicher Art oder nicht betrieblicher Art sein. Ist er aber auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet, ist die Personengesellschaft eine Handelsgesellschaft und als solche Kaufmann. Ist der gemeinsame Zweck nicht betrieblicher Art, so kann die Gesellschaft gleichwohl den Kaufmannsstatus erlangen. Dafür ist dann allerdings die Eintragung der Gesellschaft als Handelsgesellschaft in das Handelsregister erforderlich (dazu gleich ausführlich unter Punkt A.2.2.2).



Personengesellschaften können grundsätzlich Kaufmann im Sinne des Handelsrechts sein. Sind sie es, so gelten für sie die gesamten handelsrechtlichen Vorschriften.

Bei der stillen Gesellschaft nach § 230 HGB (lesen!) beteiligt sich jemand dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage. Das Gesetz setzt hier voraus, dass das Gewerbe, an dem sich beteiligt wird, ein Handelsgewerbe ist. Hier ist nur derjenige, an dessen Gewerbebetrieb sich ein anderer, der stille Gesellschafter, beteiligt, Kaufmann. Der stille Gesellschafter wird durch die Begründung der stillen Gesellschaft nicht zum Kaufmann.

Die Partnerschaftsgesellschaft, die mit dem Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften insbesondere für Freiberufler geschaffen wurde, ist kein Kaufmann im Sinne des HGB. Können Sie begründen warum?

Zwar wird die Partnerschaftsgesellschaft in ein Register (Partnerschaftsregister) eingetragen, gleichwohl ist sie kein Kaufmann, da sie nicht auf den Betrieb eines Gewerbes gerichtet ist.

A.2.2 Kaufmann kraft Rechtsform

A.2.2.1 Formkaufmann

Wir haben bereits unter Punkt A.2.1.2 festgestellt, dass juristische Personen des privaten Rechts nicht nur die Fähigkeit besitzen Kaufmann zu sein, sondern schon allein kraft ihrer Rechtsform bereits Kaufmann im Sinne des HGB sind. Sie werden deshalb als **Formkaufleute** bezeichnet. Sie unterliegen damit den gesamten handelsrechtlichen Vorschriften. Ob der Gegenstand ihres Unternehmens auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, ist für sie unerheblich. Sie sind auch Kaufmann wenn sie kein Handelsgewerbe betreiben. Diese Gesellschaften werden nämlich bereits aufgrund des sie regelnden Gesetzes zu Kaufleuten erklärt, ohne Rücksicht auf die tatsächlich ausgeübte Unternehmenstätigkeit. So bestimmt etwa § 13 Abs. 3 GmbHG (lesen!), dass die GmbH als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches gilt. Entsprechende Vorschriften finden sich für die Aktiengesellschaft (§ 3 Abs. 1 AktG – lesen!) und die Genossenschaft (§ 17 Abs. 2 GenG – lesen!). Entscheidend ist allerdings, dass diese Gesellschaften in das Handelsregister bzw. Genossenschaftsregister eingetragen sind.

Die GmbH, die AG und die Genossenschaft sind also schon – und allein – deshalb Kaufmann, weil ein Gesetz dies für diese Rechtsformen so vorsieht. Sie werden deshalb auch als Formkaufleute bezeichnet. Taucht in handelsrechtlichen Klausuren eine juristische Person des privaten Rechts auf und geht es um die Frage, ob die handelsrechtliche Vorschriften auf sie anwendbar sind, brauchen Sie also nicht zu prüfen, ob ihr Unternehmensgegenstand auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Das gesamte Handelsrecht ist allein deshalb anwendbar, weil sie bereits wegen ihrer Rechtsform Kaufmann ist. In diesem Fall ist die Prüfung also einfach.



Juristische Personen des privaten Rechts sind auch bei fehlendem Handelsgewerbe Kaufmann allein kraft ihrer Rechtsform. Sie werden als **Formkaufleute** bezeichnet. Sie unterliegen damit dem gesamten Handelsrecht.

Zu den juristischen Personen des privaten Rechts zählt auch noch die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

A.2.2.2 Handelsgesellschaften

Neben Kapitalgesellschaften können auch Personengesellschaften grundsätzlich die Fähigkeit besitzen, Kaufleute zu sein. In § 6 Abs. 1 HGB (lesen!) ist bestimmt, dass die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung finden. Mit Handelsgesellschaften sind Personengesellschaften gemeint, die ein Handelsgewerbe betreiben. Man spricht deshalb auch von Personen**handels**gesellschaften. Die Handelsgesellschaften sind im zweiten Buch des HGB geregelt. Insbesondere sind dies die OHG, die KG und die stille Gesellschaft. Damit stellt § 6 Abs. 1 HGB lediglich klar, dass die §§ 1 ff. HGB, die für Kaufleute gelten, auch auf Handelsgesellschaften Anwendung finden. Findet § 6 Abs. 1 HGB auch auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Anwendung? Versuchen Sie es zunächst wieder selbst.

Bereits dem Wortlaut nach bezieht sich § 6 Abs. 1 HGB nur auf die Handelsgesellschaften. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist zwar eine Personengesellschaft, aber keine Personen**handels**gesellschaft. Damit ist klargestellt, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht von § 6 Abs. 1 HGB erfasst ist. Nur wenn die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Handelsgewerbe betreibt und damit quasi automatisch zu einer OHG wird, fällt diese Gesellschaft unter den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 HGB (zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts und zur OHG siehe Kapitel B 2 und B 6 im Teil B Recht der Personengesellschaften). Ist durch § 6 Abs. 1 HGB geregelt, dass die Handelsgesellschaften Kaufmann im Sinne des HGB sind?

§ 6 Abs. 1 HGB regelt nur, dass die „*in betreff auf die Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung finden*“. Daraus folgt, dass über § 6 Abs. 1 HGB der § 1 Abs. 1 HGB auf Handelsgesellschaften anwendbar ist. Damit ist nicht gesagt, dass die Handelsgesellschaften grundsätzlich Kaufleute sind. Zunächst einmal muss es sich um eine Handelsgesellschaft handeln. Nur wenn eine Handelsgesellschaft vorliegt, gilt für sie über § 6 Abs. 1 HGB der § 1 Abs. 1 HGB, wonach der Betreiber eines Handelsgewerbes kraft dieser Tätigkeit Kaufmann ist. Wir können zunächst festhalten, dass eine Personengesellschaft dann Kaufmann ist, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Zweck der Gesellschaft.

Entsprechend sehen die §§ 105 Abs. 1 und 161 Abs. 1 HGB (lesen!) für die OHG und die KG vor, dass sowohl der Zweck einer OHG als auch der einer KG auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet sein muss. Ist dies der Fall, ist die Gesellschaft allein deshalb Handelsgesellschaft, auch wenn sie noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist. Und weil sie Handelsgesellschaft ist, gilt für sie über § 6 Abs. 1 HGB der § 1 Abs. 1 HGB, wonach sie Kaufmann ist, weil ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Sie kann also Kaufmann allein deshalb sein, weil ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Zwar sind die OHG und die KG nach den §§ 106 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB (lesen!) zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Eintragung in das Handelsregister ist für die Frage nach der Kaufmannseigenschaft aber unerheblich, sofern der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und die Gesellschaft allein schon deshalb Handelsgesellschaft und über die §§ 6 Abs. 1, 1 Abs. 1 HGB Kaufmann ist.

Ist der Zweck der Personengesellschaft indessen nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, so kann sie gleichwohl eine Handelsgesellschaft und damit Kaufmann

werden. Ist der Betrieb einer Personengesellschaft etwa ausschließlich auf die Verwaltung eigenen Vermögens gerichtet (reine Besitzgesellschaften), ist sie deshalb keine Handelsgesellschaft. Seit der Handelsrechtsreform von 1998 kann diese Gesellschaft gleichwohl nach § 105 Abs. 2 HGB (lesen!) Handelsgesellschaft und damit auch Kaufmann werden, sofern die Firma ihres Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. In diesem Fall begründet also erst die Eintragung der Firma der Gesellschaft in das Handelsregister die Kaufmannseigenschaft, ohne dass es auf die Gewerblichkeit ihrer Tätigkeit ankommt.

Wir können damit festhalten, dass den Personengesellschaften zwei Wege offen stehen, um Kaufmann zu sein oder zu werden:

- entweder sind sie bereits deshalb Handelsgesellschaft, weil ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. In diesem Fall gilt für sie über § 6 Abs. 1 der § 1 Abs. 1 HGB, wonach sie allein deshalb (weil ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist) Kaufmann sind;
- oder sie werden ohne Rücksicht auf ihre gewerbliche Tätigkeit erst durch Eintragung ihrer Firma in das Handelsregister zu einer Handelsgesellschaft und sind in diesem Fall den Formkaufleuten gleich (*K. Schmidt*, bezeichnet sie für diesen Fall auch als Formkaufleute; a. A. *Ruß* in HK-HGB, § 6 Rz. 2).

Im ersten Fall hat die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister im Hinblick auf die Kaufmannseigenschaft nur deklaratorische Wirkung. Im zweiten Fall hat die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister bezüglich der Kaufmannseigenschaft wie bei den Formkaufleuten eine konstitutive Wirkung. Die folgende Abbildung A.2.2.2 mag dies verdeutlichen:

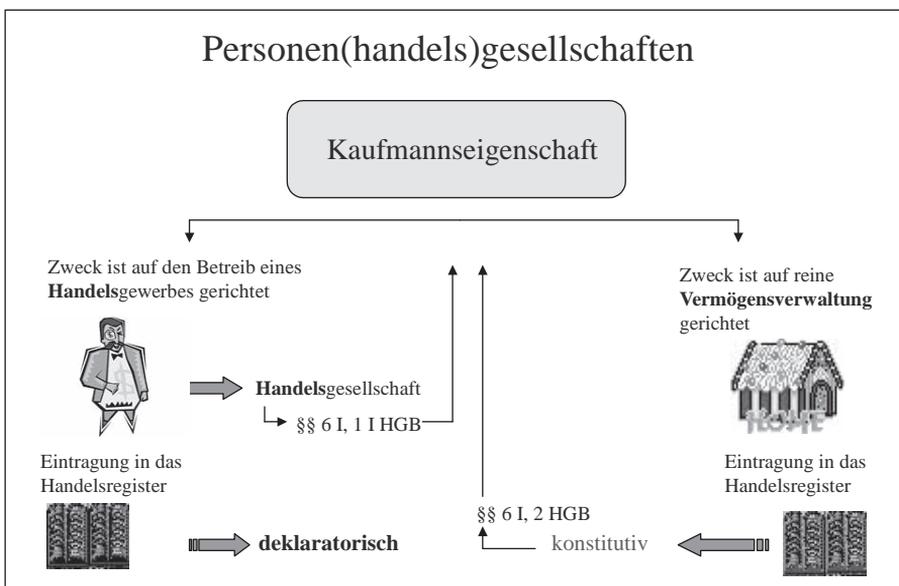


Abbildung A.2.2.2: Personen(handels)gesellschaften
(Clipart –Quelle: www.123gif.de).

Für die Mischform der GmbH & Co. KG (hierzu Kapitel B 14 im Teil B Recht der Personengesellschaften) gilt, dass die Kaufmannseigenschaft der Komplementär-GmbH, die bereits wegen ihrer Rechtsform kraft Gesetz (§ 13 Abs. 3 GmbHG) Kaufmann ist, nicht ausreicht, um die Kaufmannseigenschaft der KG zu begründen (BayObLG NJW 1995, 982). Die KG ist ja regelmäßig Träger des Unternehmens, das infolge dessen auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein muss.

A.2.3 Kaufmann kraft Handelsgewerbe

In § 1 Abs. 1 HGB ist bestimmt, dass die Personen, die grundsätzlich als Kaufleute in Betracht kommen, ein Handelsgewerbe betreiben müssen, damit sie Kaufmann im Sinne des HGB sind. Damit kommt dem Begriff des Handelsgewerbes eine zentrale Funktion zu. Nur wer ein Handelsgewerbe betreibt ist Kaufmann! Mehr ist aber auch nicht erforderlich. Zwar ist nach § 29 HGB (lesen!) jeder Kaufmann verpflichtet, seine Firma und den Sitz seiner Handelsniederlassung in das Handelsregister einzutragen. Die Eintragung ist nach § 1 HGB jedoch nicht erforderlich, um die Kaufmannseigenschaft zu begründen; sie wirkt nur deklaratorisch.



Jeder Kaufmann ist nach § 29 HGB verpflichtet, seine Firma und den Sitz seiner Handelsniederlassung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der zentrale Begriff in § 1 Abs. 1 HGB ist der des Handelsgewerbes. Allein der Betrieb eines Handelsgewerbes begründet nach § 1 Abs. 1 HGB die Kaufmannseigenschaft. Die nachfolgende Übersicht soll dies verdeutlichen:

Kaufmann i.S.v. § 1 HGB



- Jeder, der ein Handelsgewerbe betreibt
- Handelsgewerbe:
 - Jeder Gewerbebetrieb
 - der nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert

Abbildung A.2.3: Kaufmann i. S. v. § 1 HGB, (Clipart – Quelle: www.123gif.de).

Damit knüpft § 1 Abs. 1 HGB an die Tätigkeit an. Wer nach § 1 Abs. 1 HGB bereits Kaufmann ist, ist es ohne Rücksicht auf die Eintragung in das Handelsregister. Er ist bereits Kaufmann kraft seiner Tätigkeit. Deshalb trägt § 1 HGB auch die Überschrift „Istkaufmann“.



Der Istkaufmann ist Kaufmann kraft seiner Tätigkeit. Eines weiteren Aktes, nämlich der Eintragung in das Handelsregister, bedarf es zur Begründung der Kaufmannseigenschaft nicht.

Da dem Handelsgewerbe zentrale Bedeutung zukommt, ist zu klären, was darunter zu verstehen ist. Dies ist in § 1 Abs. 2 HGB (lesen!) bestimmt. Diese Vorschrift wollen wir uns nun näher anschauen.

A.2.3.1 Der Begriff des Handelsgewerbes

§ 1 Abs. 2 HGB setzt zunächst einen Gewerbebetrieb voraus. Welche Berufsgruppen fallen nicht unter den Gewerbebegriff? Nach der herrschenden Auffassung wird Gewerbe als „*berufsmäßige und selbstständige – aber nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche – von der Absicht dauernder Gewinnerzielung getragene Tätigkeit*“ bezeichnet (K. Schmidt, § 9 IV 2 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Damit scheidet die künstlerischen, wissenschaftlichen und freien Berufen bereits aus.

Ganz entscheidend kommt es auf die Selbstständigkeit an. Damit ist klargestellt, dass Arbeitnehmer nicht von dem Gewerbebegriff erfasst werden. Entscheidend ist, wer Träger des Unternehmens ist. Nur der Träger des Unternehmens kann Gewerbebetreibender sein. Deshalb ist es ganz entscheidend zu erkennen, wer Unternehmensträger ist (hierzu bereits oben unter Punkt A.2.1.3). Die Tätigkeit muss ferner von der Absicht getragen sein, Gewinne zu erzielen, mithin Einnahmen, die über die Kostendeckung hinausgehen. Ob tatsächlich Gewinne erzielt werden, ist unerheblich. Es kommt allein auf die Absicht an. Die Gewinnerzielungsabsicht fehlt bei rein karikativen Tätigkeiten. In § 1 Abs. 2 HGB ist weiter bestimmt, dass der Gewerbebetrieb *nicht* kaufmännisch ist, wenn das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb *nicht* erfordert. Der Gesetzgeber arbeitet hier sprachlich nicht besonders geglückt mit einer doppelten Verneinung. Das macht es auf den ersten Blick schwer diesen Satz zu verstehen.



Übung A.2.3

Versuchen Sie selbst diesen Satz positiv zu formulieren, also die Frage zu beantworten, wann ein Gewerbebetrieb kaufmännisch ist.

Ein Gewerbebetrieb ist kaufmännisch, wenn das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Wichtig ist dabei, dass Sie die Art und den Umfang des Geschäftsbetriebes auseinanderhalten und beachten, dass sowohl die Art als auch der Umfang vorliegen müssen, beides also kumulativ zu verstehen ist (Baumbach/Hopt, § 1, Rz. 23). Wann aber ist ein Geschäftsbetrieb nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtet? Hierbei ist zwischen Art und Umfang zu unterscheiden.

Nach der Art bedeutet nach der inneren Struktur und Organisation des Betriebes. Danach soll ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb kaufmännische Einrichtungen, wie kaufmännische Buchführung, Inventarisierung und Rechnungslegung erfordern, wogegen die schlichte Dokumentation von Einnahmen und Ausgaben nicht ausreicht (Schmidt, in MünchKommHGB, § 1 Rn 71, 72). Ferner soll die Zahlungsweise eine Indizwirkung haben. Bei einem ausschließlich bargeldlosen Zahlungsverkehr, der über mehrere Konten

und Kreditinstitute abgewickelt wird, spricht einiges für die kaufmännische Einrichtung. Dagegen spricht es gegen eine kaufmännische Einrichtung, wenn der Zahlungsverkehr ausschließlich bar über den Tresen (etwa bei einer Boutique) abgewickelt wird. Weitere Indizien sind mehrere Zweigniederlassungen, die nennenswerte Inanspruchnahme von Krediten und Teilzahlungen und die Komplexität der Geschäftsvorgänge.

Hinsichtlich des Umfanges wird häufig auf die Größe des Betriebes, den Umsatz, die Anzahl der Mitarbeiter und Niederlassungen (Geschäftslokale) abgestellt. So soll ein Jahresumsatz von €500.000 und mehr ein Indiz für das Vorliegen eines Handelsgewerbes sein, ohne dass noch weitere Kriterien heranzuziehen sind (*Ruß* in HK-HGB, § 1, Rz. 43). Das nachfolgende Schaubild gibt einen Überblick:

Kaufmännischer Geschäftsbetrieb	
<ul style="list-style-type: none"> • Art <ul style="list-style-type: none"> – Bargeldloser Zahlungsverkehr – Bilanzierung – Inanspruchnahme von Krediten – Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge – Eigene Lohnbuchhaltung 	<ul style="list-style-type: none"> • Umfang <ul style="list-style-type: none"> – Umsatz > €500 000 – Größe und Anzahl der Betriebsstätten (Niederlassungen) – Anzahl der Beschäftigten

Abbildung A.2.3.1: Kaufmännischer Geschäftsbetrieb

Die folgenden Beispiele aus der Rechtsprechung mögen Ihnen verdeutlichen, wie schwierig die Abgrenzung im Einzelnen sein kann und wie unterschiedlich die Kasuistik ist.



Beispiel A.2.3

Ein nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb wurde verneint, bei einer Bundeswehrkantine mit einem Umsatz von DM 500.000 (OLG Celle, BB 1963, 324) sowie bei einer ländlichen Zimmerei mit über DM 500.000 Umsatz, fünf Fachkräften und einer eigenen Steuerbuchführung (OLG Celle, MDR 1974, 235). Bejaht wurde er dagegen bei Handelsvertretern und Grundstücksmaklern ab DM 200.000 Umsatz (OLG Frankfurt, BB 1983, 335) sowie bei einem Optiker mit komplizierter Abrechnung, aber nur geringem Umsatz (OLG Hamm, DB 1969, 386).

Entscheidend ist das Gesamtbild des Unternehmens. Ist der Betrieb in der Lage, in Spitzenzeiten Aufträge erheblichen Umfangs auszuführen, spricht dies für die Kaufmannseigenschaft (OLG Dresden, NJW-RR 2002, 33).

A.2.3.2 Der Betrieb des Handelsgewerbes

Schließlich ist nach § 1 Abs. 2 HGB erforderlich, dass der vermeintliche Kaufmann das Handelsgewerbe **selbst** betreibt. Hierzu haben wir unter Kapitel A.2.1.1 ausgeführt, dass die im Rahmen seines Handelsgewerbes geschlossenen Geschäfte in seinem Namen und

für seine Rechnung geschlossen werden müssen. Stellvertretung reicht nicht aus. Die geschlossenen Rechtsgeschäfte müssen für und gegen den Kaufmann wirken; er muss also unmittelbar aus ihnen berechtigt und verpflichtet werden. Erinnern Sie sich noch: Ist der Geschäftsführer einer GmbH wegen seiner Organstellung als Geschäftsführer Kaufmann?

Organe von juristischen Personen sind folglich allein kraft ihrer Organstellung nicht Kaufmann nach § 1 HGB. Und wann ist der Geschäftsführer einer GmbH Kaufmann? Überlegen Sie gut, bevor Sie (zu schnell) antworten. Der Geschäftsführer einer GmbH ist Kaufmann, wenn er nach § 1 Abs. 1 HGB ein Handelsgewerbe betreibt. Ob er ein Handelsgewerbe betreibt, richtet sich wiederum nach § 1 Abs. 2 HGB. Das von dem Geschäftsführer betriebene Unternehmen muss also nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Auf welches Unternehmen müssen Sie jetzt abstellen?

Das Unternehmen, das die GmbH selbst betreibt, wird ja eben gerade von der GmbH als juristische Person betrieben und nicht von dem Geschäftsführer der GmbH. Er ist lediglich Organ der GmbH, indessen nicht aber der Träger des Unternehmens der GmbH. Insofern müsste der Geschäftsführer selbst, quasi neben seiner Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer ein Unternehmen betreiben. Hier ist es folglich wichtig, genau zu prüfen, wer Träger des Unternehmens ist, mithin das Unternehmen betreibt. Hierzu sogleich noch ein Übungsfall.



Übung A.2.4

Dr. David ist plastischer Chirurg. Seine Praxis befindet sich in bester Lage der Hamburger Innenstadt. Er beschäftigt zwölf Mitarbeiter, worunter sich zwei weitere angestellte Ärzte befinden. Auf die Frage einer Patientin, ob er eigentlich ein Unternehmer sei, antwortet Dr. David, natürlich sei er ein Unternehmer, er führe doch schließlich ein kaufmännisches Unternehmen. Trifft dies zu? (Versuchen Sie die Lösung wie immer zunächst selbst zu erarbeiten).

Wer Unternehmer ist, steht in § 14 BGB. Die Unternehmereigenschaft zieht aber keinesfalls zwangsläufig die Kaufmannseigenschaft nach sich. Umgekehrt wird ein Kaufmann aber regelmäßig Unternehmer im Sinne von § 14 BGB sein. Wie steht es denn nun mit der Kaufmannseigenschaft von Dr. David – wie muss hier wieder die richtige Antwort lauten? Dr. David müsste ein Handelsgewerbe betreiben. Er betreibt immerhin ein Unternehmen. Damit sein Unternehmen ein Handelsgewerbe ist, müsste er ein Gewerbe betreiben. Als Arzt gehört er den freien Berufen an und betreibt kein Gewerbe. Dr. David ist somit kein Kaufmann im Sinne des HGB, wohl aber Unternehmer.



Auch wenn jemand selbst ein Unternehmen betreibt und Unternehmer ist, muss stets gesondert geprüft werden, ob sein Unternehmen ein Handelsgewerbe nach § 1 HGB ist. Nur dann ist er auch Kaufmann.

Ist der Insolvenzverwalter Kaufmann?

Wird über das Vermögen des Inhabers und Betreibers eines Handelsgeschäftes (eines Einzelkaufmannes oder etwa einer GmbH) das Insolvenzverfahren eröffnet, so verliert der Inhaber zwar die Verfügungsbefugnis, bleibt aber weiterhin Kaufmann, so dass er auch weiterhin aus Rechtsgeschäften, die nun der Insolvenzverwalter schließt, unmittel-

bar berechtigt und verpflichtet wird. Der Insolvenzverwalter selbst ist aufgrund seiner Tätigkeit nicht Kaufmann, sondern handelt kraft Amtes für den Gemeinschuldner.

A.2.4 Kaufmann kraft Eintragung

Wir haben uns bisher mit den Formkaufleuten, die ja bereits kraft ihrer Rechtsform Kaufmann sind, und dem Istkaufmann nach § 1 HGB, der kraft seiner Tätigkeit bereits Kaufmann ist, beschäftigt. Das HGB eröffnet auch solchen Personen die Möglichkeit Kaufmann zu werden, die weder Formkaufmann noch kraft Betreiben eines Handelsgewerbes bereits Kaufmann sind. Sie merken schon, diese Personen sind nicht bereits Kaufleute, sondern können es werden, sofern sie es wünschen. Erforderlich hierzu ist allerdings ein besonderer förmlicher Akt, nämlich die Eintragung in das Handelsregister.

Ferner können Istkaufleute, die ihrer Eintragungspflicht nach § 29 HGB nachgekommen und im Handelsregister eingetragen sind, nachträglich ihre Kaufmannseigenschaft verlieren, da ihr Unternehmen nicht mehr, etwa wegen Entlassung von Beschäftigten und Schließung von Betriebsteilen, einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb aufweisen. Sofern sie aber weiter im Handelsregister stehen, fragt sich, ob sie auch weiter Kaufleute sind. Beiden Aspekten werden wir im Folgenden nachgehen.

A.2.4.1 Der Kannkaufmann

In § 2 HGB (lesen!) ist geregelt, dass ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist, als Handelsgewerbe *gilt*, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Derartige Unternehmen werden auch als kleingewerbliche Unternehmen bezeichnet. Der Kleingewerbebetreibende ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen. Es steht ihm somit frei, ob er die Kaufmannseigenschaft kraft Eintragung erlangen möchte oder nicht. Ist er einmal eingetragen, so kann er seine Firma auf Antrag auch wieder aus dem Register löschen lassen, womit er wiederum die Kaufmannseigenschaft verliert. Deshalb wird dieser Typ des Kaufmannes auch als „*Kaufmann mit Rückfahrchein*“ bezeichnet. Aber auch § 2 HGB setzt voraus, dass es sich um ein gewerbliches Unternehmen handelt.

Kann ein Steuerberater, der ein Steuerberatungsbüro mit 50 Beschäftigten und vier Niederlassungen betreibt, ausschließlich bargeldlosem Zahlungsverkehr, einer ausgliederten Lohnbuchhaltung sowie einem jährlichen Umsatz von €5 Mio. durch Eintragung in das Handelsregister zum Kaufmann werden?

Voraussetzung zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft ist nach § 2 HGB der Betrieb eines Gewerbes. Folglich fallen alle Freiberufler, wie etwa Steuerberater, nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. Dies wird im Rahmen der Kritik am Kaufmannsbegriff teils als zu eng empfunden, weshalb gefordert wird, an Stelle des Kaufmannsbegriffs den Unternehmensbegriff zu setzen und somit den Adressatenkreis der handelsrechtlichen Vorschriften zu erweitern (*K. Schmidt*, § 3 II ff.). In unserem Beispiel mit dem Steuerberater stellt sich in der Tat die Frage, weshalb auf einen der-

artigen Betrieb, der ja gemessen an § 1 Abs.2 HGB nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, die für Kaufleute geltenden Vorschriften nicht anwendbar sein sollten. Hier allein auf standesrechtliche Erwägungen abzustellen, geht an der Rechtswirklichkeit vorbei.

Wir können festhalten, dass der Kannkaufmann, wie ihn § 2 HGB selbst bezeichnet, erst durch die Eintragung seiner Firma in das Handelsregister zum Kaufmann wird.

? Übung A.2.5

Nach § 2 HGB ist ein gewerbliches Unternehmen Kaufmann, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen wird. Dagegen bestimmt § 29 HGB, dass jeder Kaufmann verpflichtet ist, die Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Erläutern Sie, wie die Registereintragung in beiden Fällen wirkt.

Die Eintragung, die nach § 2 HGB gefordert wird, begründet erst die Kaufmannseigenschaft. Erst durch die Eintragung wird der Kannkaufmann nach § 2 HGB zum Kaufmann. Dagegen setzt § 29 HGB schon voraus, dass jemand Kaufmann ist. Deshalb knüpft § 29 HGB im Grunde an § 1 HGB an. Der Istkaufmann, der ja schon Kaufmann ist, weil er ein Handelsgewerbe betreibt, ist nach § 29 HGB verpflichtet, die Registereintragung vorzunehmen. Die Eintragung selbst begründet in diesem Fall aber nicht die Kaufmannseigenschaft. Man spricht deshalb im Falle des § 2 HGB von der *konstitutiven* Wirkung der Registereintragung, während die Eintragung im Falle des Istkaufmannes nur *deklaratorische* Funktion hat. Das folgende Schaubild soll Ihnen dies nochmals verdeutlichen:

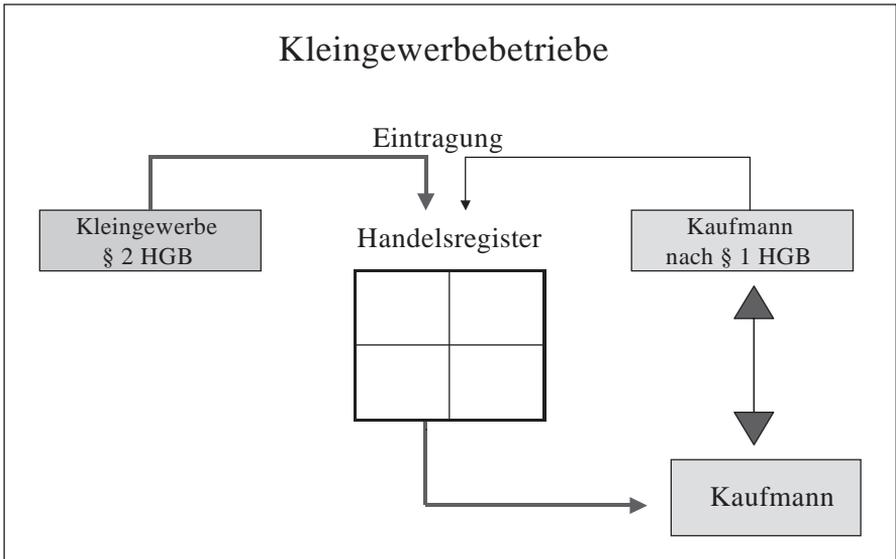


Abbildung A.2.4.1: Kleingewerbebetriebe

Sind die Kleingewerbebetreibenden eingetragen, so gelten für sie die gesamten handelsrechtlichen Bestimmungen. Wir werden gleich noch sehen, welche Folgen die Geltung der handelsrechtlichen Vorschriften für den Unternehmensträger haben. Es sei schon

jetzt verraten, dass nur der Kaufmann Prokura erteilen und eine Firma führen darf. Lässt sich der Kleinbetrieb folglich eintragen, ist er fortan berechtigt Prokura zu erteilen und eine Firma zu führen.

A.2.4.2 Der Fiktivkaufmann

§ 5 HGB ist nicht leicht zu verstehen. Er regelt den Fiktivkaufmann oder auch den Kaufmann kraft formalen Rechts. Er ist nicht mit dem Scheinkaufmann zu verwechseln. § 5 HGB enthält auch nicht etwa eine Fiktion. Der Kaufmann wird hier nicht fingiert. Im Gegenteil, § 5 bestimmt, dass jemand solange Kaufmann bleibt, wie er im Handelsregister als solcher eingetragen ist. Die Vorschrift ist insbesondere im Zusammenhang mit dem Istkaufmann zu verstehen. Während die §§ 1, 29 HGB bestimmen, dass sich der Istkaufmann in das Handelsregister eintragen lassen muss, bestimmt § 5, dass der auf diese Weise einmal eingetragene Kaufmann auch Kaufmann bleibt, wenn sein Unternehmen keinen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (mehr) erfordert. Damit stellt § 5 HGB lediglich klar, dass es auf den Betrieb eines Handelsgewerbes nicht mehr ankommt, wenn der Kaufmann (im Grunde der Istkaufmann) erst einmal im Handelsregister eingetragen ist. Dann nämlich ist es dem Kaufmann nach § 5 HGB versagt, sich auf das tatsächlich fehlende Handelsgewerbe zu berufen, selbst wenn dies zutrifft. Allein die Tatsache, dass die Eintragung fortbesteht begründet die rechtliche Folge, dass die Kaufmannseigenschaft andauert. Deshalb braucht es auch keiner Fiktion. Allerdings verlangt die höchstrichterliche Rechtsprechung, dass zumindest ein Gewerbe betrieben werden muss (BGH, NJW 1982, 45; kritisch hierzu zurecht K. Schmidt, § 10 III 2). Auch § 5 HGB kann darüber nicht hinweghelfen.

Nicht zu verwechseln ist der Fiktivkaufmann mit dem Scheinkaufmann. Der wesentliche Unterschied besteht eben darin, dass der Scheinkaufmann gerade kein Kaufmann ist, weder einer kraft Gewerbebetriebes noch einer kraft Eintragung. Der Scheinkaufmann ist gerade *nicht* im Handelsregister eingetragen. Die Lehre vom Scheinkaufmann besagt, dass wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, ohne es nach den §§ 1–6 HGB zu sein, auch als Kaufmann gilt. Der Scheinkaufmann muss durch zurechenbares Verhalten den Anschein erweckt oder unterhalten haben, er sei Kaufmann. Damit wird er also im Verhältnis zu einem gutgläubigen Dritten, der ihn für einen Kaufmann gehalten hat, auch als solcher behandelt. Allerdings gelten die handelsrechtlichen Vorschriften nur zu seinen Lasten, nicht zugunsten des Scheinkaufmanns. Die eigentliche Problematik des Scheinkaufmannes besteht darin, wann ein solcher Rechtsschein vorliegt. Reicht es hierzu bereits aus, dass auf Visitenkarten der Begriff Kaufmann gedruckt ist? Genügt allein schon auf einer Homepage im Internet die Verwendung von *Geschäftsbedingungen* durch einen Nichtkaufmann? Dies deutet alles eher auf einen Unternehmer hin. Es gibt aber noch nicht Anlass, auf einen Kaufmann zu schließen. Hier ist also eher Zurückhaltung geboten. Wer allerdings Rechtsformzusätze, wie etwa „& Co. KG“ verwendet, ohne sein Unternehmen in der entsprechenden Rechtsform zu betreiben und als solche eingetragen zu sein, unterliegt dem Rechtsscheintatbestand eines Scheinkaufmannes.

A.2.5 Land- und Forstwirtschaft

Auf Betriebe der Land- und Forstwirtschaft finden nach § 3 Abs. 1 HGB (lesen!) die Vorschriften des § 1 HGB keine Anwendung. Nach § 3 Abs. 2 HGB (lesen!) kann der Unternehmer die Eintragung in das Handelsregister und damit auch die Kaufmannseigenschaft bewirken, wenn sein land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Wie wirkt die Eintragung in diesem Fall?

Die Eintragung in das Handelsregister wirkt dann konstitutiv. Anders als beim Kankaufmann steht es dem land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmer zwar frei, ob er die Eintragung bewirkt. Hat er sich jedoch eintragen lassen, so kann er nicht mehr zurück und ist hieran gebunden (§ 3 Abs. 2 HGB: „... mit der Maßgabe, dass nach Eintragung in das Handelsregister eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften stattfindet“). Einen Rückfahrchein hat dieser Kaufmann nicht.

Der nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtete Geschäftsbetrieb ist allerdings nur erforderlich, um eine Eintragung nach § 3 HGB zu bewirken. Erfordert das land- oder forstwirtschaftliche Unternehmen keinen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, so kommt die Erlangung des Kaufmannsstatus über § 2 HGB in Betracht.

A.2.6 Folgen der Kaufmannseigenschaft

Nachdem wir nun festgestellt haben, wer alles Kaufmann ist und werden kann, ist es an der Zeit sich zu fragen, welche Privilegien einerseits und welche Pflichten andererseits mit der Kaufmannseigenschaft verbunden sind. Weshalb kann es für den Kleingewerbebetrieb von Interesse sein Kaufmann sein zu wollen und, wenn er die Eintragung in das Handelsregister bewirkt, welche Pflichten treffen ihn. Dieser Frage wollen wir nun nachgehen.

A.2.6.1 Privilegien

Nur der Kaufmann führt eine Firma. Der Kleingewerbebetreibende, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, kann keine Firma, sondern nur eine Geschäftsbezeichnung führen. Wir werden noch sehen, dass die Firma des Kaufmanns im Handelsrecht besonders geschützt ist (§ 37 HGB). Diesen handelsrechtlichen Schutz genießt die Geschäftsbezeichnung nicht. Der Kaufmann kann nach § 17 Abs. 2 HGB (lesen!) unter seiner Firma klagen und verklagt werden. Ferner kann nur der Kaufmann Prokura oder Handlungsvollmacht nach § 54 HGB (lesen!) erteilen. Der Kaufmann kann Zweigniederlassungen errichten und hat sie zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 13 Abs. 1 HGB). Der Kleingewerbebetrieb kann keine Zweigniederlassungen errichten, sondern begnügt sich mit nicht eintragungsfähigen Geschäftsstellen. Schließlich können Kaufleute einen anderen als den gesetzlich bestimmten Gerichtsstand vereinbaren. Eine Vereinbarung über den Gerichtsstand ist unter Kaufleuten zulässig (§ 38 Abs. 1 ZPO).

Unter Kaufleuten beträgt der gesetzliche Zinssatz 5 Prozent und Zinsen können bereits ab Fälligkeit erhoben werden.

A.2.6.2 Pflichten

Die Kaufmannseigenschaft hat allerdings nicht nur Vorteile, sondern bringt auch Nachteile mit sich. Nach § 238 HGB a. F. war jeder Kaufmann verpflichtet, Bücher zu führen (Buchhaltungspflicht). Von dieser Pflicht werden durch das BilMoG künftig Einzelkaufleute größenabhängig befreit (siehe hierzu Kapitel A.7.5.4). Ferner haben wir schon gelernt, dass Kaufleute nach § 29 HGB verpflichtet sind, die Firma und den Ort ihrer Handelsniederlassung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, kann das Registergericht sie dazu unter Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 14 HGB (lesen!) anhalten. Sofern Kaufleute eine Bürgschaft erklären und die Bürgschaft für sie Handelsgeschäft ist, steht ihnen nach § 349 HGB (lesen!) die Einrede der Vorausklage nicht zu. Schließlich haben Kaufleute im Falle eines beiderseitigen Handelsgeschäfts die Ware unverzüglich zu untersuchen und etwaige Mängel unverzüglich anzuzeigen. Unterlässt der Kaufmann dies, so gilt die Ware nach § 377 Abs. 2 HGB (lesen!) als genehmigt.

Vor- und Nachteile der Kaufmannseigenschaft

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Vorteile – Gründung von Zweigniederlassungen – Erteilung von Prokura – Gesetzlicher Zinssatz 5 % – Zinsen bereits ab Fälligkeit – Antrag auf Verweisung an die Kammer für Handelssachen – Kann unter der Firma klagen und verklagt werden – Führung einer Firma – Handelsrechtlicher Firmenschutz | <ul style="list-style-type: none"> • Nachteile – Pflicht zur Führung von Handelsbüchern, § 238 HGB (nach dem BilMoG aber eingeschränkt) – Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister, § 29 HGB – Keine Einrede der Vorausklage, § 349 HGB – Kurze Rüge- und Untersuchungspflichten, § 377 HGB |
|---|---|

Abbildung A.2.6.2: Vor- und Nachteile der Kaufmannseigenschaft



Zusammenfassung

In diesem Kapitel haben Sie den Kaufmannsbegriff und seine Bedeutung kennengelernt. Sie wissen nicht nur, wer im Grunde fähig ist Kaufmann zu sein, sondern wer nach den §§ 1–6 HGB Kaufmann im Sinne des Handelsrechts ist. Dabei liegt es in der Praxis nahe, zunächst zu prüfen, ob ein Formkaufmann vorliegt. Formkaufleute sind bereits deshalb Kaufmann, weil ein Gesetz dies so bestimmt. Bei ihnen kommt es auf die Art und den Gegenstand der Unternehmung nicht an. Auch Personenge-

sellschaften können Kaufmann sein, sofern ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Ist dies nicht der Fall, können sie dennoch zum Kaufmann werden, indem sie sich als Handelsgesellschaft (OHG oder KG) ins Handelsregister eintragen lassen. Auf diese Weise ist es nun auch reinen Besitzgesellschaften, Holdinggesellschaften oder rein vermögensverwaltenden Gesellschaften möglich, Adressat der handelsrechtlichen Vorschriften zu werden. Die Registereintragung wirkt im letzteren Fall konstitutiv im Hinblick auf die Kaufmannseigenschaft. § 1 HGB regelt den Kaufmann kraft Handelsgewerbes. Entscheidend ist hier der Betrieb eines Handelsgewerbes. Auf die Eintragung in das Handelsregister kommt es hier nicht an. Zwar ist der Istkaufmann nach § 29 HGB zur Eintragung verpflichtet, diese wirkt bezüglich der Kaufmannseigenschaft aber nur deklaratorisch. Anders verhält sich dies bei den Kleinunternehmern nach § 2 HGB. Ihr Unternehmen erfordert keinen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb. Gleichwohl können sie Kaufmann werden, sofern sie ihre Firma ins Handelsregister eintragen lassen. In diesem Fall wirkt die Registereintragung wiederum konstitutiv. Ob sie die Eintragung bewirken, ist ihnen freigestellt. Auch nach erfolgter Eintragung können sie sich mittels Antrag wieder löschen lassen und so den Kaufmannsstatus verlieren. Für land- und forstwirtschaftliche Betriebe gilt § 1 HGB nicht. Auch diese Unternehmen können entweder über § 3 HGB mittels Eintragung in das Handelsregister Kaufmannsstatus erlangen, sofern ihr Unternehmen einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Andernfalls können sie über § 2 HGB Kaufmannsstatus erlangen.

Aufgaben zur Selbstüberprüfung

1. Welche Konsequenzen hat die Eintragung eines Kleingewerbetreibenden in das Handelsregister?
2. Welche Konsequenzen hat die Eintragung einer Handelsgesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, in das Handelsregister?
3. Wann ist der Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft Kaufmann?
4. Erläutern Sie den Unterschied zwischen einem Unternehmer und einem Kaufmann im Sinne des HGB.
5. Erläutern Sie kurz den wesentlichen Unterschied zwischen einem Fiktivkaufmann und einem Scheinkaufmann.
6. Ist ein Prokurist ein Kaufmann?
7. Wer ist Kaufmann im Sinne des HGB und was ist hierfür erforderlich?
8. Kann ein Minderjähriger Kaufmann sein?
9. Ist eine überregionale Rechtsanwaltskanzlei mit einem Jahresumsatz vom €10 Mio. und Standorten in München, Frankfurt, Hamburg, Berlin, Leipzig, Bremen, Düsseldorf und Stuttgart Kaufmann und wenn nicht, wie kann sie es werden?

A.3 Die Handelsfirma

In diesem Kapitel lernen Sie, die Wahlmöglichkeiten bei der Firmenbildung zu erläutern und die Firmengrundsätze zu erklären. Ferner sollen Sie die unterschiedlichen Möglichkeiten des Erwerbes eines Handelsgeschäftes aufzeigen und erläutern können. Darüber hinaus machen wir Sie mit in der Praxis wichtigen Haftungsfragen bei Ein- und Austritt bzw. Erwerb eines Handelsgeschäftes und Firmenfortführung vertraut.

A.3.1 Der Begriff der Firma

Die Firma ist nach § 17 HGB (lesen!) der Name, unter dem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift zeichnet. Sie kennen den Begriff der „Firma“ sicher aus dem allgemeinen Sprachgebrauch. Dort bezeichnet der Begriff „Firma“ zumeist das Unternehmen selbst. Der juristische Laie spricht von „Firma“, meint aber das Unternehmen (man spricht etwa davon, dass jemandem die „Firma“ gehört, das jemand in die „Firma“ geht). Handelsrechtlich verstehen wir unter der Firma nur den Namen, den der Kaufmann im Handelsverkehr verwendet. Dieser muss bei natürlichen Personen als Kaufmann nicht mit dem bürgerlichen Namen identisch sein.



Die Firma ist der Name, unter dem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift zeichnet.

Nur der Kaufmann darf eine Firma führen. Von der Firma zu unterscheiden sind Geschäftsbezeichnungen. Während die Firma der Name des Kaufmanns ist und als solcher den Unternehmensträger identifizieren soll, kennzeichnen Geschäftsbezeichnungen die Art des Betriebes oder Geschäftes (etwa: Holzland, Möbelparadies, Fitness-Club, Hotel Erfurter Hof). Geschäftsbezeichnungen können aber Bestandteil der Firma sein, diese aber nicht ersetzen. Wir haben bereits gesehen (oben unter Punkt A.2.6.1), dass der nicht im Handelsregister eingetragene Kleingewerbebetrieb keine Firma, sondern eine Geschäftsbezeichnung führen kann (teils wird in diesem Fall auch von *Minderfirma* gesprochen, *K. Schmidt*, § 12 I 2 a. bb).

A.3.2 Bildung der Firma

Der Kaufmann, der sich eine Firma gibt, hat dabei zu bedenken, ob er gewisse Beschränkungen zu beachten hat. Während das Handelsrecht vor seiner Reform im Jahre 1998 noch ein strenges und vor allem enges Firmenrecht kannte, ist der Kaufmann nach heutigem Recht bei der Gestaltung seiner Firma weitgehend frei. Er kann zwischen einer Personenfirma, Sachfirma oder auch Phantasiefirma sowie Mischtypen wählen. Hierzu ein Beispiel:

**Beispiel A.3.1**

Billy Bord betreibt einen Handel mit dänischen Möbeln. Als Kaufmann könnte er wie folgt firmieren: *Billy Bord e. K.* (Personenfirma); *Dänische Möbel e. K.* (Sachfirma); *Mellesund e.K.* (Phantasiefirma); *Mellesund Bord e.K.* (Mischform); *Billy's Mellesund Danske Möbel e.K.* (Mischform).

Bei der Bildung der Firma sind jedoch auch nach der aktuellen Rechtslage einige Grundsätze zu beachten, die der Freiheit gewisse Grenzen setzen. Das folgende Schaubild verdeutlicht dies:

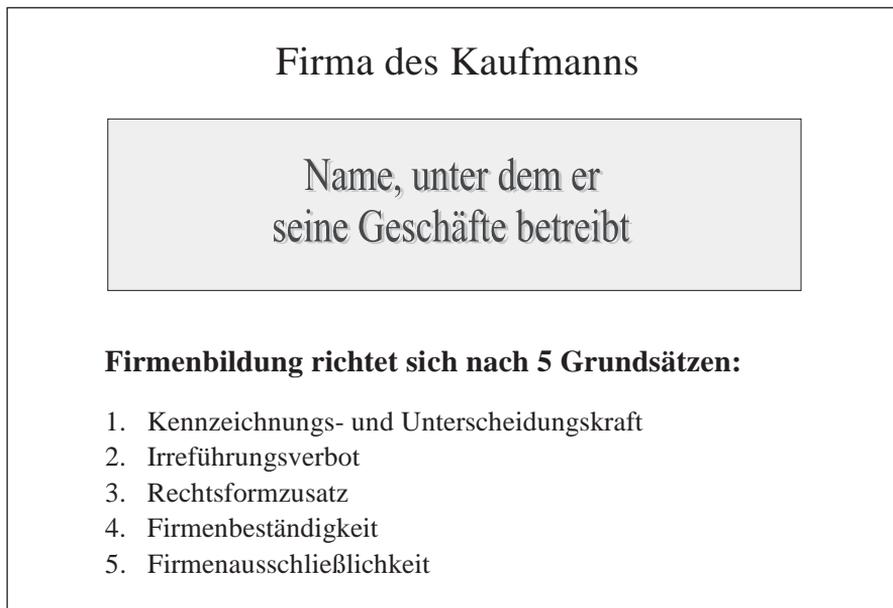


Abbildung A.3.2: Firma des Kaufmanns

A.3.2.1 Kennzeichnungswirkung und Unterscheidungskraft

Das Firmenrecht in seiner alten Fassung vor der Handelsrechtsreform enthielt die Grundsätze der Firmenwahrheit, Firmenunterscheidbarkeit, Firmenbeständigkeit, Firmeneinheit und Firmenöffentlichkeit. Diese Grundsätze haben ihre Bedeutung heute zwar nicht verloren, sind aber im Lichte des neuen Rechts, namentlich der Liberalisierung des Firmenrechts zu betrachten. Deshalb wird hier ausschließlich den neuen Begrifflichkeiten gefolgt und auf die herkömmliche Einteilung der Grundsätze, wie sie noch immer in vielen Lehrbüchern zu finden ist, bewusst verzichtet.

Nach § 18 HGB muss die Firma zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Wir haben schon festgestellt, dass sowohl Personenfir- men, Sachfirmen, Phantasiefirmen und Mischformen zulässig sind. Zulässig ist auch die Zufügung von geografischen Bezeichnungen. Die Firma muss aber ihre eigentliche Funktion erfüllen. Sie muss daher geeignet sein, den Unternehmensträger zu individu-

alisieren. Reine Tätigkeitsbezeichnungen reichen hierfür nicht aus. Auch hierzu einige Beispiele:

➔ Beispiel A.3.2

Holz GmbH, Consulting OHG, Bäder KG, Bauträger sind Bezeichnungen, die nicht zur Individualisierung ausreichen und daher für sich allein keine Kennzeichnungswirkung haben.

Zulässig, weil mit Kennzeichnungswirkung versehen, dagegen: *Holzland Schmidt, Fliesen Harry, Weinquelle*.

Immer wieder wird in der Praxis versucht, das @-Zeichen als Firmenbestandteil zu verwenden. Eintragungsfähig ist dies indessen selbst dann nicht, wenn dieses Zeichen als sprechbare Wortkombination verwendet wird (etwa: *N@tt & Friends pc-Consulting*). Derartige Symbole sind bislang nicht eintragungsfähig (siehe BayObLG NJW 2001, 2337 „eine Firma, die das „@“ enthält, kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden.“; OLG Celle DB 1999, 40). Gerade im Hinblick auf die rasante Verbreitung des Internets erscheint dies fragwürdig. Das @-Zeichen dürfte heute bereits derart allgemein bekannt sein, dass eine Kennzeichnungswirkung nicht mehr bezweifelt werden kann. Buchstabenkombinationen sind dagegen zulässig, sofern sie artikulierbar sind (OLG Hamm, RNotZ 2008, 232 für die Firma Higa M & A GmbH & Co. KG)

Neben der Kennzeichnungswirkung braucht die Firma ferner Unterscheidungskraft. Sie muss also geeignet sein, eine Unterscheidung des Unternehmensträgers von anderen zu ermöglichen. Dabei ist auf den ersten Blick der Unterschied zwischen Kennzeichnungswirkung und Unterscheidungskraft nicht einfach auszumachen. Das wesentliche Kriterium der Unterscheidungskraft ist denn auch die Verwechslungsgefahr mit anderen Firmen. Maßgeblich ist dabei die Verkehrsauffassung des angesprochenen Publikums. Ähnlichkeit und gleichlautendes Klangbild sind hier wichtige Anhaltspunkte zur Abgrenzung. Unterscheidbarkeit kann durch Zusätze hergestellt werden (etwa: *RoomReich* für ein Unternehmen, das mit Einrichtungsgegenständen handelt und *Ruhmreich* für eine Personalcoaching Agentur. Hier kann die Unterscheidungskraft durch Hinzufügen eines individualisierenden Zusatzes hergestellt werden (etwa *RoomReich Interieur and More*).

A.3.2.2 Irreführungsverbot

In § 18 Abs. 2 HGB (lesen!) ist das Irreführungsverbot enthalten. Danach darf die Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführen. Entscheidend ist also die Perspektive der angesprochenen Verkehrskreise. Als problematisch erweisen sich hier insbesondere Firmenzusätze.

Das Irreführungsverbot ist Ausdruck des Grundsatzes der Firmenwahrheit. Die Kasuistik, die sich zum Irreführungsverbot findet, ist denn auch bunt und teils widersprüchlich. Einige Beispiele aus der Rechtsprechung mögen dies veranschaulichen:



Beispiel A.3.3

Der Firmenzusatz *Interbau* oder *Intermedia* weist auf internationale Geschäftsbeziehungen hin und wirkt täuschend, wenn diese fehlen – BayObLG, BB 1973, 305; OLG Stuttgart, BB 1986, 1393 –; *Hamburger Kaffeelager* täuscht Größe vor und ist unzulässig bei einem einfachen Genussmittelgeschäft – BGH, BB 1968, 972 – (zitiert nach K. Schmidt, § 12 III 1 b. bb. mit zahlreichen weiteren Entscheidungen). Der Zusatz „*Werk*“ steht grundsätzlich für einen großindustriellen Betrieb oder eine überdurchschnittliche Größe innerhalb einer Branche (*Ruß* in HK-HGB, § 18 Rz. 21 mit Hinweis auf OLG Stuttgart BB 1981, 1670). Der Zusatz „*Dr.*“ weist auf einen Akademiker als Unternehmensinhaber hin. Wird ein Maklergeschäft eines promovierten Inhabers von einem nicht promovierten Nachfolger fortgeführt, so bedarf es eines Nachfolgezusatzes (BGH DB 1998, 512). Eine Zweigniederlassung eines Kreditinstitutes, das nicht zu der Organisation der Raiffeisenbanken gehört, darf sich nicht *Volks- und Raiffeisenbank* nennen (OLG Frankfurt, NJW-RR 1989, 843; zahlreiche weitere Beispiele aus der Rechtsprechung nach Fallgruppen sortiert bei *Heidinger* in MünchKommHGB, § 18, Rz. 106–183).

Die umfangreiche Rechtsprechung, die hierzu ergangen ist, betrifft ganz verschiedene Einzelfälle. Die Entscheidungen sind teils recht alt. Da das allein entscheidende Kriterium die Verkehrsanschauung der angesprochenen Verkehrskreise ist und sich die Anschauung der Verkehrskreise mit der Zeit ändert, kann eine zunächst zulässige Firma unzulässig und eine unzulässige Firma (etwa mit dem @-Zusatz) später zulässig werden.

A.3.2.3 Rechtsformzusätze und gesetzlich vorgeschriebene Zusätze

Bis zur Handelsrechtsreform war ein Rechtsformzusatz nur bei Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Personengesellschaften ohne natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter vorgeschrieben. Nunmehr regelt der neue § 19 Abs. 1 HGB (lesen!), dass die Firma der Einzelkaufleute und Handelsgesellschaften einen Rechtsformzusatz enthalten muss (*e. K* oder *e. Kfm.* oder *e. Kfr.* bei Einzelkaufleuten und *OHG* bei einer Offenen Handelsgesellschaft und *KG* bei einer Kommanditgesellschaft). Ein Verstoß gegen das Gebot der Rechtsformzusätze macht die Firma unzulässig.

Welchen Zusatz muss demnach eine Kommanditgesellschaft, deren einziger persönlich haftender Gesellschafter (Komplementär) eine GmbH ist, der Firma zufügen?

Eine OHG oder eine KG, bei der keine natürliche Person haftet, muss nach § 19 Abs. 2 HGB (lesen!) auf die Haftungsbeschränkung hinweisen. Der zutreffende Rechtsformzusatz lautet in diesem Fall *GmbH & Co. KG* oder im Falle der OHG *GmbH & Co. OHG*.

Neben dem § 19 HGB sehen auch andere Gesetze außerhalb des HGB besondere Zusätze der Firmierung zwingend vor bzw. begrenzen ihre Verwendung auf bestimmte Branchen. Nach § 39 Abs. 2 KWG dürfen die Bezeichnung „Volksbank“ oder eine Bezeichnung, in der das Wort „Volksbank“ enthalten ist, nur Kreditinstitute neu aufnehmen, die in der Rechtsform einer eingetragenen Genossenschaft betrieben werden und einem Prüfungsverband angehören. Nach § 53 StBerG ist eine Steuerberatungsgesellschaft verpflichtet, die Bezeichnung „Steuerberatungsgesellschaft“ in die Firma oder den

Namen aufzunehmen. Nach § 59 k Abs. 1 BRAO muss die Firma einer Rechtsanwalts-gesellschaft den Namen wenigstens eines Gesellschafters, der Rechtsanwalt ist, und die Bezeichnung „Rechtsanwalts-gesellschaft“ enthalten.

Die Rechtsformzusätze dürfen nicht mit den Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen gleichgestellt oder verwechselt werden. Seit der Handelsrechtsreform ist durch den neu eingefügten § 37a HGB (lesen!) geregelt, welche Angaben auf Geschäftsbriefen enthalten sein müssen. Dazu zählt unter anderem der Rechtsformzusatz. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass als Geschäftsbriefe auch E-Mail-Nachrichten gelten. Entsprechend sind die sog. „Abbinder“, die zumeist nach der Grußformel einer E-Mail erscheinen, im kaufmännischen Verkehr nach den Vorgaben des § 37a HGB zu formulieren, andernfalls kann ein Zwangsgeld drohen (§ 37a Abs. 4 HGB).

A.3.2.4 Die Firmenbeständigkeit

Der Grundsatz der Firmenbeständigkeit wird aus den §§ 21 bis 24 HGB abgeleitet. In seinem Kern besagt er, dass die Firma nicht bei jeder Veränderung des Unternehmens-trägers oder seines Namens wechseln muss. Damit steht dieser Grundsatz in einem gewissen Widerspruch zum Irreführungsverbot und zu dem dieses Verbot enthaltenen Grundsatz der Firmenwahrheit und setzt letzterem Grenzen. Die Firmenbeständigkeit erfasst insbesondere folgende Fälle:

- Firmenfortführung auch bei einer Änderung von Namen oder Identität des Inhabers, § 21 HGB (lesen!)
- Firmenfortführung bei Erwerb eines Handelsgeschäftes von Todes wegen oder unter Lebenden; mithin bei Inhaberwechsel nach § 22 HGB (lesen!)
- Firmenfortführung bei einer Änderung des Gesellschafterbestandes nach § 24 HGB (lesen!).

Das nachfolgende Beispiel soll das Gebot der Firmenbeständigkeit verdeutlichen:



Beispiel A.3.4

Ochs betreibt nun schon in der dritten Generation in Braunlage eine Metzgerei. Er verfügt über weitere Geschäfte in Bad Harzburg, Quedlinburg, Erfurt und Halle. Vor einigen Jahren hat er seinen Sohn Öxi als Gesellschafter mit in das Geschäft aufgenommen und zu diesem Zweck eine OHG gegründet, die unter dem Namen „*Ochs Metzgerei OHG*“ firmiert. Ochs scheidet Ende April 2009 aus Altersgründen aus dem Betrieb aus und hat den gesamten Betrieb mit Wirkung zum 1. Mai 2009 auf Öxi übertragen. Ochs hat jedoch aus Familientradition Wert darauf gelegt, dass Öxi den Betrieb unter derselben Firma – „*Ochs Metzgerei OHG*“ – fortführt. Porki, der jüngere Bruder von Öxi, der Wirtschaftsrecht studiert, meint, Öxi könne nicht unter „*Ochs Metzgerei OHG*“ firmieren. Trifft seine Meinung zu?

Versuchen Sie die Lösung zunächst – wie stets – selbst zu erarbeiten und denken Sie daran: *ein Blick in das Gesetz erleichtert die Rechtsfindung!*

Wir wollen uns den Fall nun gemeinsam ansehen.

Zunächst ist zu bemerken, dass nach der Aufnahme des Öxi in das Geschäft nach § 24 Abs. 1 HGB der bisherige Firmenname Ochs Metzgerei fortgeführt werden konnte. Allerdings musste nun nach § 19 Abs. 1 Ziffer 2 HGB der Zusatz OHG Bestandteil der

Firma sein, da mit Aufnahme des Öxi in den Betrieb dieser künftig in der Rechtsform einer OHG geführt wurde. Nach dem Grundsatz der Firmenbeständigkeit, der in den §§ 22 bis 24 HGB verankert ist, könnte Öxi auch nach dem Ausscheiden von Ochs die Firma fortführen, sofern nach § 24 Abs. 3 HGB Ochs damit einverstanden ist. Laut Sachverhalt legt Ochs gerade besonderen Wert auf die Firmenfortführung, womit sein Einverständnis vorliegt. Allerdings sind die gesetzlich verlangten Rechtsformzusätze auch neben dem Gebot der Firmenbeständigkeit zu beachten. Insofern darf Öxi nach dem Ausscheiden von Ochs nicht mehr mit dem Rechtsformzusatz „OHG“ firmieren, da mit dem Ausscheiden des Ochs der einzige verbleibende Gesellschafter Öxi Einzelunternehmer und die OHG als Gesellschaft aufgelöst wird. Öxi müsste nun § 19 Abs. 1 Ziffer 1 HGB beachten und mit „Ochs Metzgerei e.K.“ firmieren. Eines Nachfolgezusatzes (etwa „*Ochs Metzgerei Nachf. E.K.*“) bedarf es nach § 22 Abs. 1 HGB nicht.

Die Firma kann nach dem Grundsatz der Firmenbeständigkeit zwar auch bei Identitätswechsel des Unternehmensträgers fortgeführt werden, jedoch ist der Rechtsformzusatz stets zu beachten. Er muss nach § 19 HGB so gewählt sein, dass er den gegenwärtigen Rechtszustand zutreffend wiedergibt. Nach § 22 Abs. 1 HGB darf der Erwerber die Firma unverändert fortführen und ihr nur einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen. Eine darüber hinausgehende Änderung der Firma ist nicht durch § 22 Abs. 1 HGB gedeckt (OLG Düsseldorf, FG Prax 2007, 277).

In der Praxis ist § 23 HGB immer wieder von Bedeutung, auch wenn diese Vorschrift im Grunde nicht zum Grundsatz der Firmenbeständigkeit, sondern konsequent dem Irreführungsverbot folgt. Die Firma hängt quasi am Handelsgeschäft, dessen Unternehmensträger sie benennt. Sie kann nicht ohne das Handelsgeschäft veräußert werden. Damit soll vermieden werden, dass der Rechtsverkehr über das, was hinter der Firma steckt, irreführt wird. Ein Handel mit Firmen ist somit nicht möglich. Dies dürfen Sie nicht mit Marken verwechseln. Eine Marke ist ein Ursprungszeichen zur Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen. Eine Marke kann zur Firmenbildung verwendet werden (etwa *UHU GmbH* für Klebstoff) und im Gegensatz zur Firma auch übertragen werden (§ 27 MarkG).

A.3.2.5 Die Firmenausschließlichkeit

Wir sind nun bei dem letzten Grundsatz des Firmenrechts angelangt, der Firmenausschließlichkeit. Dieser Grundsatz ist in § 30 HGB (lesen!) geregelt. § 30 HGB fordert, dass sich jede neue Firma von den am gleichen Ort bestehenden Firmen deutlich unterscheidet. Hierzu ein Beispiel:



Beispiel A.3.5

Hat nach § 30 Abs. 2 HGB (lesen!) ein Kaufmann namens Heinrich Meier, der einen Autohandel betreibt, den gleichlautenden Vor- und Nachnamen mit einem bereits im Handelsregister eingetragenen Kaufmann, der eine Spedition betreibt, (etwa *Heinrich Meier e. Kfm.*) und will er sich auch dieses Namens als Firma bedienen, so muss er der Firma einen Zusatz zufügen, durch den sie sich von der bereits eingetragenen deutlich unterscheidet.

Wie könnte in dem Beispiel der „spätere“ Heinrich Meier firmieren?

Der Heinrich Meier, der einen Autohandel betreibt, könnte mit „*Autohandel Heinrich Meier e. Kfm.*“ firmieren. Die Firmenausschließlichkeit ist nach § 30 Abs. 1 HGB auf den Ort und die Gemeinde beschränkt. Ist in unserem Beispiel für den „Auto Meier“ ein anderes Handelsregister (Amtsgericht – dazu gleich mehr) zuständig, weil Heinrich Meier seinen Autohandel in einer anderen Stadt betreibt, so greift § 30 HGB nicht. Möchte der „*Auto Meier*“ dagegen die Eintragung in derselben Stadt bewirken, so kann er selbst dann nicht eingetragen werden, wenn der „*Spedition Meier*“ ausdrücklich sein Einverständnis erklärt. Daraus ist zu entnehmen, dass die Firmenausschließlichkeit nicht den bereits eingetragenen gleichnamigen Kaufmann schützen soll, sondern den (lokalen) Rechtsverkehr, der durch die identische Verwendung der Firmen getäuscht werden kann.

§ 30 HGB ist im Zusammenhang mit § 29 HGB zu verstehen. Hinter § 29 HGB verbirgt sich der Grundsatz der Firmenöffentlichkeit, letztlich also die schon erwähnte Pflicht des Kaufmannes, seine Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Diese Pflicht stellt sicher, dass das Registergericht nach § 30 HGB überprüfen kann, ob Unterscheidbarkeit der Firma von bereits eingetragenen Firmen besteht und die Eintragung bewirkt werden kann oder nicht.

A.3.3 Der Schutz der Firma

Das HGB schützt die Firma nicht ausdrücklich, sondern sanktioniert vielmehr in § 37 HGB (lesen!) den unzulässigen Gebrauch einer Firma. § 37 HGB wird auch als handelsrechtlicher Firmenschutz bezeichnet, was indiziert, dass es daneben noch einen anderen Firmenschutz gibt. Und in der Tat gibt es diesen zivilrechtlichen Schutz durch die §§ 12, 823, 1004 BGB (lesen!). Hier wird jedoch ausschließlich der handelsrechtliche Schutz des § 37 HGB behandelt. Dieser Schutz besteht auf zwei unterschiedlichen Ebenen. Lesen Sie § 37 Abs. 1 und Abs. 2 HGB sorgfältig und versuchen Sie zunächst selbst den wesentlichen Unterschied herauszufinden.

§ 37 Abs. 1 HGB regelt den öffentlich-rechtlichen Firmenschutz. Wer eine nach dem Firmenrecht des HGB ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ist vom Registergericht durch Festsetzung von Ordnungsgeld zur Unterlassung anzuhalten. Das Registergericht wird hier also selbst tätig. Dabei richtet sich diese Norm nicht nur an Kaufleute, sondern auch an Nichtkaufleute, mithin Kleingewerbebetreibende und auch an Freiberufler, die eine unzulässige Firma führen.

Dagegen enthält § 37 Abs. 2 HGB einen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch, auf den sich derjenige stützen kann, dessen Firma durch unzulässigen Gebrauch verletzt wird. Hat allerdings der Betroffene den unzulässigen Gebrauch gestattet, fehlt es an einer Rechtsverletzung. Davon unberührt bleibt aber die Ahndung nach § 37 Abs. 1 HGB, da diese Vorschrift nicht zur Disposition der Parteien steht. Der in § 37 Abs. 2 HGB enthaltene Unterlassungsanspruch verjährt in drei Jahren (§ 195 BGB), wobei die Verjährungsfrist mit jeder Verletzung erneut in Lauf gesetzt wird. Wie § 37 Abs. 1 HGB richtet sich auch § 37 Abs. 2 HGB nicht nur an Kaufleute, sondern auch an Nichtkaufleute. Neben § 37 Abs. 2 HGB stehen dem Betroffenen weitere privatrechtliche Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz offen.