

# Handelsrecht

Prof. Dr.jur. D. Klett

Stand: 1.4.2004

www.wirtschaftsrecht-online.info  
 PDF – Datei zum Herunterladen  
 Schrift: Times New Roman  
 Schriftgröße: 11  
 Zeilen: 2238  
 Wörter: 16 136  
 Größe: 464 896  
 Seiten: 42

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung.....</b>	<b>5</b>
1. Allgemeines .....	5
2. Wesensmerkmale des Handelsrechts .....	5
a. Schweigen von Kaufleuten .....	5
b. Schutzvorschriften.....	5
c. Beschleunigte Abwicklung und Rechtssicherheit .....	6
d. Prinzip der Entgeltlichkeit.....	6
<b>§ 1 Der Kaufmann (§§ 1 ff. HGB) .....</b>	<b>7</b>
<b>I. Die Kaufmannseigenschaft .....</b>	<b>7</b>
1. Allgemeines .....	7
2. Begriff des Kaufmanns .....	7
3. Fähigkeit zum Kaufmann.....	7
4. Begriff des Handelsgewerbes.....	8
a. Gewerbe.....	8
b. <i>H a n d e l s g e w e r b e</i> gem. § 1 Abs.2 HGB. ....	9
c. <i>Nicht-aber-teils-doch-Kaufleute</i> .....	9
d. <i>H a n d e l s g e w e r b e</i> kraft Handelsregistereintragung (§ 2 HGB).....	9
<b>II. Die Kaufleute im einzelnen.....</b>	<b>9</b>
1. Istkaufmann (§ 1 Abs.1 HGB).....	9
2. Kannkaufmann (§ 2 HGB) .....	10
3. Land und Forstwirtschaft; Kannkaufmann (§ 3 HGB). ....	10
4. Form-Kaufleute (§ 6 HGB) .....	11
5. Schein-Kaufleute (§ 5 HGB) .....	11
6. Kaufmann kraft allgemeinen Rechtsscheins .....	12
7. Übersicht über die K a u f l e u t e .....	12
<b>§ 2 Das Handelsregister (§§ 9 ff. HGB).....</b>	<b>13</b>
<b>I. Begriff.....</b>	<b>13</b>
<b>II. Zweck des Handelsregisters .....</b>	<b>13</b>
1. Allgemeine Publikationsfunktion (Öffentlichkeit § 9 HGB) .....	13
2. Schutzfunktion .....	13
3. Beweisfunktion .....	13

4. Kontrollfunktion .....	13
<b>III. Führung und Einrichtung des Handelsregisters.....</b>	<b>13</b>
<b>IV. Eintragungsverfahren .....</b>	<b>13</b>
<b>V. Die Handelsregistereintragungen .....</b>	<b>14</b>
1. Eintragungspflichtige, eintragungsmögliche und nicht eintragungsfähige Tatsachen.....	14
a. <i>Eintragungspflichtige Tatsachen</i> .....	14
b. <i>Eintragungsfähige Tatsachen</i> .....	14
c. <i>Nicht eintragungsfähige Tatsachen</i> .....	14
2. Deklaratorische oder konstitutive Wirkung .....	14
<b>VI. Die Publizitätswirkungen des Handelsregisters (§ 15 HGB).....</b>	<b>15</b>
1. § 15 Abs. 1 HGB (negative Publizität) .....	15
2. § 15 Abs. 2 HGB.....	16
3. § 15 Abs. 3 HGB (positive Publizität) .....	17
4. Übersicht über die Eintragungen im Handelsregister .....	19
5. Übersicht über die Publizität des Handelsregisters .....	19
 <b>§ 3 Die Firma (§§ 17 ff. HGB).....</b>	<b>20</b>
<b>I. Begriff der Firma.....</b>	<b>20</b>
<b>II. Die Entstehung der Firma .....</b>	<b>20</b>
<b>III. Die Übertragung der Firma.....</b>	<b>20</b>
<b>IV. Das Ende der Firma .....</b>	<b>21</b>
<b>V. Die Arten der Firma.....</b>	<b>21</b>
1. Einzel- oder Gesellschaftsfirmas .....	21
2. Personen- oder Sachfirmas .....	21
3. Einfache oder zusammengesetzte Firmas .....	21
4. Originäre oder derivative Firmas .....	21
<b>VI. Grundsätze des Firmenrechts.....</b>	<b>21</b>
1. Firmeneinheit .....	21
2. Firmenöffentlichkeit .....	22
3. Firmenausschließlichkeit .....	22
4. Firmenwahrheit .....	22
5. Firmenbeständigkeit.....	23
<b>VII. Die Firma bei einzelnen Unternehmensformen.....</b>	<b>24</b>
1. Die Firma des Einzelkaufmanns .....	24
2. Die Firma der Offenen Handelsgesellschaft .....	24
3. Die Firma der Kommanditgesellschaft .....	25
4. Die Firma der Aktiengesellschaft (§ 4 AktG).....	25
5. Die Firma der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.....	25
6. Die Firma der eingetragenen Genossenschaft.....	25
7. Die Firma der Kommanditgesellschaft auf Aktien .....	25
8. Die Firma der GmbH & Co. KG.....	26
9. Die Firma der stillen Gesellschaft.....	26
<b>VIII. Der Schutz der Firma.....</b>	<b>26</b>
1. § 37 Abs. 1 HGB (Firmenschutz durch das Registergericht).....	26
2. § 37 Abs. 2 HGB (Firmenschutz auf privater Grundlage) .....	26
3. § 823 BGB .....	26
4. §§ 5, 15 MarkenG .....	26

<b>§ 4 Inhaberwechsel bei kaufmännischen Unternehmen und verwandte Fälle..</b>	<b>27</b>
<b>I. Inhaberwechsel unter Lebenden .....</b>	<b>27</b>
1. Forderungen des Unternehmens.....	27
2. Verpflichtungen des Unternehmens.....	27
3. Haftung des Erwerbers neben dem früheren Inhaber.....	28
<b>II. Inhaberwechsel von Todes wegen.....</b>	<b>28</b>
<b>III. Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns.....</b>	<b>28</b>
<b>IV. Eintritt in eine OHG oder KG.....</b>	<b>28</b>
<b>§ 5 Besondere Vollmachten im Handelsrecht .....</b>	<b>29</b>
<b>I. Prokura (§§ 48 bis 53 HGB) .....</b>	<b>29</b>
1. Begriff.....	29
2. Vertretungsumfang .....	29
3. Die Erteilung der Prokura .....	30
4. Die Zeichnung des Prokuristen .....	30
5. Das Erlöschen der Prokura.....	30
<b>II. Handlungsvollmacht.....</b>	<b>30</b>
1. Begriff.....	30
2. Erteilung.....	30
3. Umfang .....	30
4. Zeichnung .....	30
5. Erlöschen .....	31
6. Arten der Handlungsvollmacht .....	31
7. Sonderfälle .....	31
8. Übersicht über kaufmännische Vollmachten .....	31
<b>§ 6 Handelsgeschäfte .....</b>	<b>32</b>
<b>I. Begriff und Arten .....</b>	<b>32</b>
1. Begriff des Handelsgeschäfts (§ 343 HGB) .....	32
2. Arten .....	32
a. Einseitige Handelsgeschäfte (§ 345 HGB) .....	32
b. Beiderseitige Handelsgeschäfte.....	32
3. Vermutung für das Handelsgeschäft (§ 344 HGB).....	32
<b>II. Besondere Grundsätze für Handelsgeschäfte.....</b>	<b>32</b>
1. Der Handelsbrauch (§ 346 HGB).....	32
2. Sorgfaltspflicht (§ 347 HGB) .....	33
3. Das Schweigen im Handelsverkehr .....	33
a. Allgemeines.....	33
b. Zustandekommen des Handelsgeschäfts durch Schweigen (§ 362 HGB).....	33
c. Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben.....	33
4. Formvorschriften (§ 350 HGB) .....	34
5. Vertragsstrafen (§ 348 HGB, § 343 BGB) .....	34
6. Erweiterter gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen (§ 366 HGB).....	34
<b>III. Der Handelskauf (§§ 373 ff. HGB) .....</b>	<b>35</b>
1. Allgemeines .....	35
2. Untersuchungs- und Rügepflicht (§ 377 HGB) .....	35
3. Annahmeverzug (§§ 373, 374 HGB) .....	35
4. Der Fixhandelskauf (§ 376 HGB).....	35

---

§ 7 Der Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB).....	36
I. Begriff.....	36
II. Pflichten des Handelsvertreters.....	36
III. Rechte des Handelsvertreters.....	37
1. Der Anspruch auf Provision (§ 87 HGB). ....	37
2. Der Unternehmer .....	37
IV. Beendigung des Vertragsverhältnisses .....	37
1. Ordentliche Kündigung.....	37
2. Außerordentliche Kündigung (§ 89 a HGB).....	38
V. Ausgleichsanspruch (§ 89 b HGB) .....	38
§ 8 Der Handelsmakler (§ 93 HGB) .....	39
I. Begriff.....	39
II. Pflichten des Handelsmaklers.....	39
III. Rechte des Handelsmaklers .....	40
§ 9 Der Kommissionär (§ 383 HGB).....	41
I. Begriff.....	41
II. Rechte des Kommissionärs.....	41
III. Pflichten des Kommissionärs.....	41
§ 10 Industrie- und Handelskammern.....	42
I. Organisation.....	42
II. Aufgaben .....	42

## E i n f ü h r u n g

### 1. Allgemeines

Das Handelsrecht ist ein Sonderrechtsgebiet, das für Unternehmer gilt. Es baut auf dem bürgerlichen Recht auf und verhält sich zu ihm wie das Spezielle zum Allgemeinen. Auch in Handelssachen kommen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsrecht etwas anderes bestimmt wird. Ebenso wie das Bürgerliche Gesetzbuch ist das Handelsgesetzbuch in seinem Kern dem Privatrecht zuzuordnen.

Man spricht deshalb auch vom „**Sonderprivatrecht für Kaufleute**“.

Teilweise berühren sich seine Normen stark mit öffentlich-rechtlichen Normen, wie z.B. im Registerwesen.

Zentrales Gesetz für das Handelsrecht ist das Handelsgesetzbuch.

Das HGB gliedert sich in:

1. Buch: **Handelsstand**

Kaufleute  
Handelsregister  
Firma  
Handelsbücher  
Prokura  
Handlungsvollmacht  
Handlungsgehilfen  
Handlungslehrlinge  
Handelsvertreter  
Handelsmakler

2. Buch: **Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft**

Offene Handelsgesellschaft  
Kommanditgesellschaft  
Stille Gesellschaft

3. Buch: **Handelsbücher**

4. Buch: **Handelsgeschäfte**

Allgemeine Vorschriften  
Handelskauf  
Kommissionsgeschäft  
Speditionsgeschäft  
Lagergeschäft  
Frachtgeschäft  
Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs

5. Buch: **Seehandel mit Normierung des Seehandelsrechts.**

### 2. Wesensmerkmale des Handelsrechts

Das Handelsrecht ist in seiner Grundstruktur stärker auf die Bedürfnisse des Handels ausgerichtet als das bürgerliche Recht. Der Handelsverkehr ist durch das Erfordernis schneller Abwicklung gekennzeichnet. Der Handelsverkehr bedarf der Bewegungsfreiheit.

Daher trifft Kaufleute bei einem Handelskauf die Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung und Mängelrüge der gelieferten Waren (§§ 377 ff. HGB). Bei einem Verzug des Käufers mit der Annahme der Ware kann der Verkäufer die von ihm gelieferte Ware versteigern lassen (§ 373 HGB, Selbsthilfeverkauf).

#### a. Schweigen von Kaufleuten

Das **Schweigen von Kaufleuten** im rechtsgeschäftlichen Verkehr hat teilweise im Gegensatz zur Regelung im BGB Rechtswirkungen. So muß ein Kaufmann, wenn sein Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt oder wenn er sich gegenüber einem anderen zur Besorgung solcher Geschäfte erbietet, unverzüglich auf ein Angebot zur Besorgung solcher Geschäfte antworten. Schweigt er, dann gilt sein Schweigen (im Gegensatz zur Regelung des BGB) als Zustimmung (§ 362 HGB). Auch gilt unter Kaufleuten das Schweigen auf ein sog. **kaufmännisches Bestätigungsschreiben** (im Rechtssinne) über einen mündlich abgeschlossenen Vertrag als Zustimmung zu dessen Inhalt.

#### b. Schutzvorschriften

**Schutzvorschriften des BGB** werden teilweise außer Kraft gesetzt, weil sich das Handelsrecht an geschäftlich erfahrene Kaufleute wendet, die dieses Schutzes nicht bedürfen.

- Bürgschaften, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse sind nicht schriftformpflichtig, sofern es sich bei der Bürgschaft auf der Seite des Bürgen um ein Handelsgeschäft handelt (§ 350 HGB).

- Der Kaufmann hat als Bürge nicht die Einrede der Vorausklage (§ 349 HGB).
- Vertragsstrafen können vom Richter bei Kaufleuten nicht herabgesetzt werden, wenn sie unverhältnismäßig hoch sind (vgl. § 348 HGB in Verbindung mit § 343 BGB).
- Kaufleute unterliegen nicht dem Verbot von Gerichtsstandsvereinbarungen gem. § 38 Zivilprozeßordnung.

*c. Beschleunigte Abwicklung und Rechtssicherheit*

Die **beschleunigte Abwicklung vertraglicher Rechtsbeziehungen** erfordert andererseits in erhöhtem Maße Rechtssicherheit, die durch formalisierte Rechtsgebilde gefördert wird, wie z.B. durch das Handelsregister zur Förderung der Rechtsklarheit, durch Ausbildung besonderer Vollmachten mit typisiertem, zwingenden Inhalt (Prokura, Handlungsvollmacht) und durch einen erweiterten Vertrauensschutz beim gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen von nichtberechtigten Kaufleuten (§ 366 HGB).

Von größter Bedeutung sind die sog. Handelsbräuche:

§ 346 HGB:

**Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen."**

Handelsbräuche sind also bei der Auslegung von Rechtsgeschäften heranzuziehen. Sie gehen in der Regel dem nicht zwingenden Recht vor und gelten selbst dann, wenn sie den beteiligten Kaufleuten unbekannt waren.

*d. Prinzip der Entgeltlichkeit*

Das **Prinzip der Entgeltlichkeit** ist ein wichtiges Charakteristikum des Handelsrechts. Der Kaufmann betreibt ein Handelsgewerbe. Ein Gewerbe ist eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit. Demgemäß können Kaufleute auch ohne ausdrückliche vertragliche Abrede eine Provision verlangen, wenn sie in Ausübung ihres Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgen oder Dienste leisten (§ 354 HGB).

Kaufleute sind untereinander berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an 5% Zinsen zu fordern (§§ 353,352 HGB).

Darüber hinausgehende Verzugszinsen können nach § 288 BGB als Verzugsschaden geltend gemacht werden.

## § 1 Der Kaufmann (§§ 1 ff. HGB)

- I. Die Kaufmannseigenschaft
  - 1. Allgemeines
  - 2. Begriff und Arten des Kaufmanns
  - 3. Fähigkeit zum Kaufmann
  - 4. Begriff des Handelsgewerbes
- II. Die Kaufleute im einzelnen
  - 1. Istkaufmann kraft kaufmännisch einzurichtenden Geschäftsbetriebs (§ 1 HGB).
  - 2. Kannkaufmann kraft fakultativ eingetragenen gewerblichen Unternehmens (§ 2 HGB).
  - 3. Land- und forstwirtschaftlicher Kannkaufmann (§ 3 HGB).
  - 4. Scheinkaufmann kraft bloßer Eintragung (§ 5 HGB) - *praktisch bedeutungslos*
  - 5. Formkaufmann kraft Gesellschaftsform (§ 6 HGB).
  - 6. Kaufmann kraft allgemeinen Rechtsscheins

### I. Die Kaufmannseigenschaft

#### 1. Allgemeines

Das Handelsgesetzbuch enthält das Sonderrecht der Kaufleute. Es gilt also nicht allgemein für jede Person.

Eine Darstellung des Handelsrechts geht daher vom Rechtsbegriff des Kaufmanns aus.

#### 2. Begriff des Kaufmanns

Das HGB kennt mehrere Möglichkeiten, jemanden als Kaufmann zu qualifizieren.

Kaufmannsarten :

- 1. **Istkaufmann** kraft kaufmännisch einzurichtenden Geschäftsbetriebs (§ 1 HGB).
- 2. **Kannkaufmann** kraft fakultativ eingetragenen gewerblichen Unternehmens (§ 2 HGB).
- 3. **Land- und forstwirtschaftlicher Kannkaufmann** (§ 3 HGB).
- 4. **Scheinkaufmann** kraft bloßer Eintragung (§ 5 HGB) - *praktisch bedeutungslos*
- 5. **Formkaufmann** kraft Gesellschaftsform (§ 6 HGB).
- 6. **Kaufmann kraft allgemeinen Rechtsscheins**

Der rechtliche Begriff des Kaufmanns deckt sich nicht mit dem Begriff des Kaufmanns, wie er im allgemeinen Sprachgebrauch verwendet wird.

*Beispiel:*

Der „Bankkaufmann“ ist kein Kaufmann im handelsrechtlichen Sinn.

"Kaufmann" ist auch kein Titel - wie etwa der Dr.-Titel.

**„Kaufmann“ ist lediglich eine Bezeichnung für natürliche Personen mit einer bestimmten Tätigkeit, für bestimmte rechtsfähige Personengesellschaften und für bestimmte juristische Personen kraft Rechtsform.**

#### 3. Fähigkeit zum Kaufmann

"Kaufmann" kann jeder werden, der die Rechtsfähigkeit besitzt, also alle natürlichen und juristischen Personen. Hinzu kommen die rechtsfähigen Personengesellschaften: OHG und KG.

Im übrigen können nichtrechtsfähige Vereinigungen keine Kaufleute sein.

Keine Kaufleute sind demgemäß der nichtrechtsfähige Verein (§ 54 BGB), die BGB-Gesellschaft (§ 705 BGB) und die stille Gesellschaft (§ 230 HGB).

Auch Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige können Kaufleute sein, da es für die Kaufmannseigenschaft nur auf die Rechtsfähigkeit ankommt. Natürlich unterliegen diese Personen gewissen Sondervorschriften. So können sie nur durch ihre gesetzlichen Vertreter handeln. Allerdings kann auch der beschränkt Geschäftsfähige (Minderjährige im Alter von 7 - 18 Jahren) von seinen gesetzlichen Vertretern mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts "zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts" ermächtigt werden (§ 112 BGB). Er ist dann "für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt" (partielle Geschäftsfähigkeit). "Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf" (§ 112 Abs. 1, S. 2 BGB).

*Beispiele:*

Das Unterzeichnen von Wechsell und die Erteilung einer Prokura (§§ 1822, 1643 BGB)

#### 4. Begriff des Handelsgewerbes

Die Kaufmannseigenschaft hat das Betreiben eines "**Handelsgewerbes**" zur Grundlage.

##### a. Gewerbe

Dabei liegt dem Gesetz der Begriff des "Gewerbes" zugrunde, ohne daß dieser näher definiert wird.

Nach allgemeiner Ansicht verlangt der Begriff des "**Gewerbes**":

- eine rechtlich selbständige Tätigkeit, die
- planmäßig und auf Dauer angelegt ist (eine planmäßig fortgesetzte Tätigkeit), die
- auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist und die
- nach außen hin in Erscheinung tritt.

- **Selbständigkeit**

Es fehlt an dem Merkmal der Selbständigkeit bei Prokuristen, Handlungsgehilfen und Mitgliedern des Vorstandes einer Aktiengesellschaft.

- **Auf Dauer angelegt**

Es fehlt an dem Merkmal der "auf Dauer" angelegten Tätigkeit bei gelegentlichen Erwerbsgeschäften, bei denen nicht die Schaffung einer dauernden Einnahmequelle beabsichtigt ist.

*Beispiel:*

Wer gelegentlich mit Wertpapieren spekuliert, ist kein Gewerbetreibender.

- **Absicht der Gewinnerzielung**

Es fehlt an dem Merkmal der Ausrichtung der Tätigkeit auf Gewinn, wenn die Tätigkeit nur die Selbstkosten decken soll.

*Beispiele:*

Die Unterhaltung einer Werkskantine, oder das Vertreiben von Skripten durch eine Studentenvertretung zu Selbstkosten.

Allerdings ist das Erzielen von Gewinn nicht begriffsnotwendig. Auch wer mit Verlust arbeitet, kann Gewerbetreibender sein. Erforderlich ist lediglich die **Absicht der Gewinnerzielung**.

- **Nach außen hin in Erscheinung treten**

Es fehlt an dem Merkmal des "nach außen hin in Erscheinung tretens" bei einer Versorgung lediglich eines bestimmten Personenkreises.

*Beispiel:*

Bezug von Wein in größeren Mengen und Abgabe an Bekannte, um in den Genuß des günstigeren Einkaufspreises zu gelangen.

#### Freie Berufe

Darüber hinaus wird nach allgemeiner sozialer Anschauung der künstlerische oder wissenschaftliche Beruf nicht zum Gewerbe gerechnet: Rechtsanwalt, Steuerberater, Arzt, Architekt, Sportler, Wissenschaftler usw...

Die Ausgrenzung der freien Berufe einschließlich der künstlerischen und wissenschaftlichen Tätigkeiten beruht in erster Linie auf der **Tradition**, die diese Tätigkeiten vom Kaufmannsstand abgrenzt. Weitere sachliche Rechtfertigungen für die Ausgrenzung, wie etwa der Hinweis auf idealistische Zielsetzungen, sind umstritten. Diese Personen können zwar Unternehmer sein, betreiben jedoch kein Gewerbe. Die Betroffenen können sich allerdings der GmbH bedienen und haben dann insoweit die Kaufmannseigenschaft kraft Rechtsform.

#### Land- und Forstwirtschaftsbetriebe

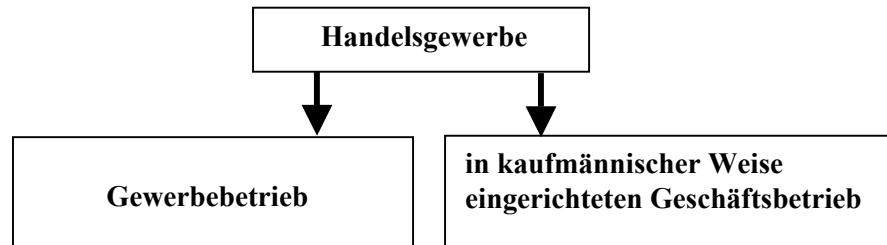
Ausgenommen sind ferner die Land- und Forstwirtschaftsbetriebe (§ 3 HGB).



*b. Handelsgewerbe* gem. § 1 Abs.2 HGB.

Nach der gesetzlichen Regelung gem. § 1 Abs.2 HGB sind für ein Handelsgewerbe **zwei** Voraussetzungen erforderlich:

1. Handelsgewerbe ist *jeder* **Gewerbebetrieb**. *Jedes* Gewerbe kann ein Handelsgewerbe werden.
2. Der Gewerbebetrieb muß nach Art und Umfang einen **in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb** erfordern.



Maßgeblich für den Begriff des **Handelsgewerbes** ist das **Größenmerkmal**.

Betreibt ein **Kleinunternehmer** ein Gewerbe, so ist er überhaupt **kein Kaufmann**.

Allerdings gibt es für einzelne kleingewerblichen Kaufmannstypen **Sonderregelungen**:

#### c. Nicht-aber-teils-doch-Kaufleute

Für den Handelsvertreter in § 84 Abs.4 HGB, für den Handelsmakler in § 93 Abs.3 HGB, für den Kommissionär in § 383 Abs.2 HGB und für den Frachtführer in § 407 Abs.2 HGB findet das entsprechende Handelsrecht kraft ausdrücklicher Regelung **auch dann** Anwendung, wenn ihre Unternehmen einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb **nicht erfordern**.

Diese Kleingewerbetreibenden sind „**Nicht-aber-teils-doch-Kaufleute**“.

#### d. Handelsgewerbe kraft Handelsregistereintragung (§ 2 HGB)

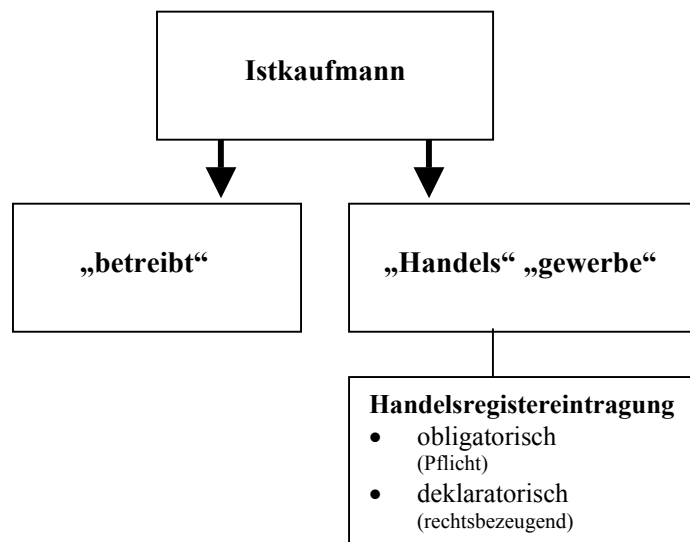
Ein gewerbliches Unternehmen, das einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb **nicht** erfordert, „**g i l t**“ auch dann **als Handelsgewerbe**, wenn die Firma des Unternehmens in das **Handelsregister eingetragen** ist.

## II. Die Kaufleute im einzelnen

### 1. Istkaufmann (§ 1 Abs.1 HGB)

Kaufmann ist, wer ein **Handelsgewerbe** betreibt (§ 1 Abs. 1 HGB).

Für den „**Ist**“ **Kaufmannsbegriff** sind demgemäß zwei Voraussetzungen erforderlich:



## 2. Kannkaufmann (§ 2 HGB)

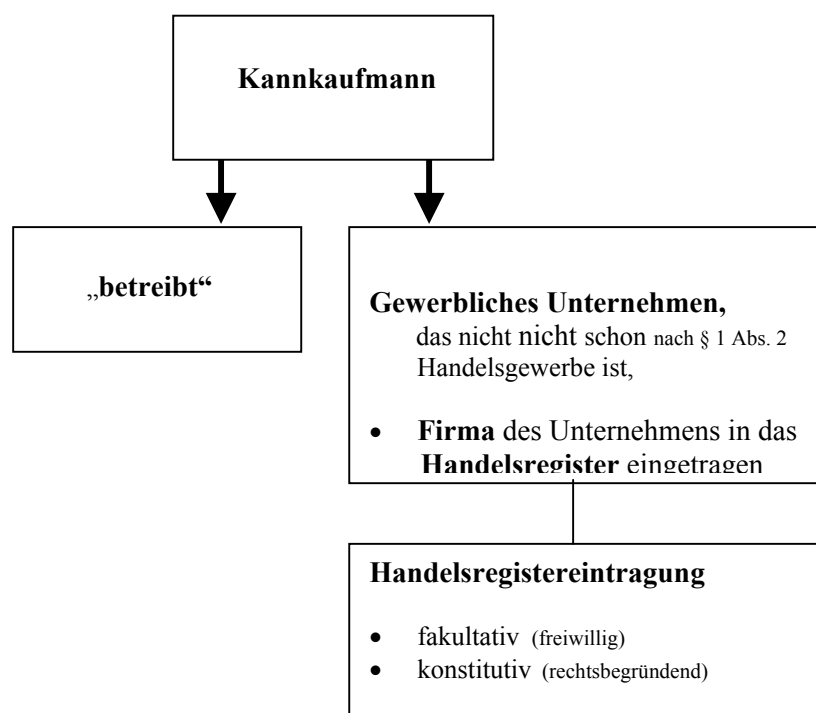
Ein gewerbliches Unternehmen (- soweit es nicht nach § 1 Abs.2 HGB Handelsgewerbe ist) „gilt“ auch dann als **Handelsgewerbe**, wenn die Firma des Unternehmens in das **Handelsregister eingetragen** ist.

§ 2 HGB betrifft Unternehmer, deren Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen **in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb** **n i c h t** erfordert. Diese Gewerbetreibende **k ö n n e n** durch eine Eintragung ihrer Firma in das Handelsregister ihr Kleingewerbe zu einem Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB machen und sind dann Kaufleute.

Es liegt im Belieben eines **kleinen** Gewerbetreibenden, auf diesem Wege Kaufmann zu werden und diese Eigenschaft auch wieder aufzugeben. Ein Kleingewerbetreibende kann jedoch nur den vollen Status als Kaufmann oder als Nichtkaufmann wählen. Eine Abschwächung des Kaufmann-Status als eine Art „Minderkaufmann“ gibt es entgegen der früheren Rechtslage nicht mehr.

Für die Eintragung sind keine weiteren Voraussetzungen erforderlich.

**Ohne Wahrnehmung der Option** nach § 2 HGB bleibt **jeder Kleinunternehmer** Nichtkaufmann.



## 3. Land und Forstwirtschaft; Kannkaufmann (§ 3 HGB).

Auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft finden die Vorschriften des § 1 HGB **keine Anwendung** (§ 3 Abs.1 HGB).

Fraglich ist, ob diese Betriebe überhaupt ein „Gewerbe“ in dem oben genannten Sinn betreiben. Auf jeden Fall passen viele der Vorschriften des Sonderprivatrechts für Kaufleute für die land- und forstwirtschaftlichen Unternehmer **n i c h t**. Daher sollen grundsätzlich die in der Regel schärferen handelsrechtlichen Vorschriften im land- und forstwirtschaftlichen Bereich nicht zur Anwendung kommen (z.B. wären Landwirte vielfach mit der dann notwendigen kaufmännischen Buchführung überfordert).

Lediglich den **größeren** land- und forstwirtschaftlichen Betrieben wird fakultativ der Zugang zum Handelsrecht eröffnet, insbesondere um ihnen die Wahl der besonderen Rechtsformen des Handelsgesellschaftsrechts zu ermöglichen und dadurch die Kooperation zu erleichtern. Auch die Aufnahme stiller Gesellschafter, die Beschränkung der Haftung bei Kommanditisten als Gesellschafter einer KG und das Recht zur Firmenführung ist möglich. Freiwillig kann sich derjenige, der ein land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen betreibt, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, die Eintragung in das Handelsregister bewirken und ist dann **Kannkaufmann**.

Grundsätzlich erstreckt sich die Eintragung auf den landwirtschaftlichen Hauptbetrieb und eventuelle Nebenbetriebe, z.B. Brauereien, Sägewerke, Zuckerfabriken, Kies- und Sandgruben, Mühlen, Ziegeleien, fleischverarbeitende Betriebe. Die Eintragung kann aber auch nur auf den Nebenbetrieb beschränkt werden (Nebenbetriebs-Kann-Kaufmann). Der **Nebenbetriebs-Kann-Kaufmann** bleibt für den Bereich des Hauptbetriebes Nicht-Kaufmann mit folgenden Konsequenzen:

- Beteiligung an einer Handelsgesellschaft ist nur für den Bereich des Nebengewerbes zulässig,
- Prokura oder Handlungsvollmacht sind auf das Nebengewerbe beschränkt,
- die Vorschriften über die Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) gelten ausschließlich für Geschäfte im Bereich des Nebengewerbes.

*Beispiel:*

So würde also beispielsweise der Einkauf von Saatgut nach den Vorschriften des BGB beurteilt, während der Verkauf der Molkerei den strenger Vorschriften des HGB (Handelskauf) unterläge.

#### 4. Form-Kaufleute (§ 6 HGB)

Die Vorschriften für Kaufleute gelten auch für alle Handelsgesellschaften. Handelsgesellschaften und damit Form-Kaufleute sind:

##### Personengesellschaften

- offene Handelsgesellschaft (§§ 105 ff. HGB)
- Kommanditgesellschaft (§§ 161 ff. HGB)

##### Kapitalgesellschaften und Kapitalvereine

- Aktiengesellschaft (§§ 1 ff. AktG)
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§§ 1 ff. GmbHG)
- Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 278 ff. AktG)

Bei den rechtsfähigen Personengesellschaften werden die Gesellschaften als solche als Kaufleute behandelt - auch wenn diese Gesellschaften keine juristischen Personen sind.

Bei den **Gesellschaftern** selbst ist zu unterscheiden:

Die Gesellschafter der OHG und die Komplementäre der KG sind Kaufleute (§ 1 HGB), denn sie betreiben ein Handelsgewerbe) - dagegen sind die Kommanditisten einer KG keine Kaufleute.

Die Kapitalgesellschaften und -vereine brauchen kein Handelsgewerbe zu betreiben, sie sind dennoch stets kraft ihrer Rechtsform Kaufleute, unabhängig davon welchen Zweck sie verfolgen (daher der Begriff "Formkaufmann").

*Beispiele:*

"Städtische Theaterbetriebs GmbH"; caritative Unternehmen, die als Kapitalgesellschaften organisiert sind.

Im übrigen bestimmt § 6 Abs. 2 HGB, daß alle Vereine, denen vom Gesetz die Eigenschaft eines Kaufmanns beigelegt wird, den **handelsrechtlichen Vorschriften** unterliegen, unabhängig davon, ob ihr Gewerbe einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Das sind nach § 6 Abs. 1 HGB

- die AG, die GmbH und KGaA (**Handelsgesellschaften**),
- darüber hinaus eingetragene Genossenschaften (§ 17 Abs. 2 GenG) und
- Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§ 16 und § 53 VersicherungsaufsichtG).

#### 5. Schein-Kaufleute (§ 5 HGB)

Die Regelung in § 5 HGB betrifft den Kaufmann kraft bloßer Eintragung.

Praktisch ist die Bestimmung des § 5 HGB bedeutungslos. Soweit die Firma eines Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist, ist der Unternehmer bereits nach § 2 HGB Kaufmann. Eine Eintragung nach § 2 HGB ist in das Belieben eines Unternehmers gestellt - sie kann daher **nicht materiell zu Unrecht** erfolgen. Ob und inwieweit die Bestimmung des § 5 HGB überhaupt noch eine eigenständige praktische Bedeutung hat, ist umstritten. Die Frage kann hier dahinstehen.

## 6. Kaufmann kraft allgemeinen Rechtsscheins

Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, ohne es zu sein, muß sich nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen von Treu und Glauben gegenüber dem vertrauenden Dritten nach dem Maß des Rechtsscheins behandeln lassen, den er erweckt hat.

### Voraussetzungen:

- der Scheinkaufmann selbst hat den **Rechtsschein gesetzt**, er sei Kaufmann;
- der Rechtsschein muß dem Scheinkaufmann **zurechenbar** sein;
- der Dritte vertraut **gutgläubig**;
- der Rechtsschein ist für die Handlung des Dritten **ursächlich**.

### Rechtsfolge:

Der Scheinkaufmann muß sich zu Gunsten des gutgläubigen Dritten wie ein Kaufmann behandeln lassen.

#### Beispiel:

A gibt sich wahrheitswidrig als Kaufmann und verbürgt sich mündlich. Die Bürgschaft von Kaufleuten ist mündlich wirksam. A kann sich später nicht darauf berufen, daß er in Wahrheit gar kein Kaufmann sei. Er haftet als Bürge.

Der Rechtsschein wirkt jedoch **nicht zu Lasten** des Dritten.

#### Beispiel:

A gibt sich wahrheitswidrig als Kaufmann aus. Gegenüber B macht er Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB geltend. B kann sich darauf berufen, daß A gar kein Kaufmann ist und muß **keine Fälligkeitszinsen** zahlen.

## 7. Übersicht über die Kaufleute



## § 2 Das Handelsregister (§§ 9 ff. HGB)

### I. Begriff

Das Handelsregister ist ein öffentliches Verzeichnis bestimmter Tatsachen, die im kaufmännischen Rechts- und Geschäftsverkehr von Bedeutung sind.

Eine Eintragung kann nur erfolgen, wenn sie durch Gesetz vorgesehen ist. Der Kreis der eintragungsfähigen Tatsachen ist gesetzlich eng begrenzt.

### II. Zweck des Handelsregisters

#### 1. Allgemeine Publikationsfunktion (Öffentlichkeit § 9 HGB)

Das Handelsregister dient der Offenlegung der wichtigsten Rechtsverhältnisse des Kaufmanns, an deren Kenntnis der Rechtsverkehr interessiert ist. Diese Publikationsfunktion wird beim Handelsregister dadurch besonders weitgehend erfüllt, daß die Einsicht in das Register jedem gestattet ist, ohne daß er im Unterschied zur Regelung beim Grundbuch ein "berechtigtes" oder "rechtliches" Interesse nachweisen muß (§ 9 HGB). Der neugierige Interessent kann sich deshalb ebenso informieren wie der angehende Geschäftspartner.

#### 2. Schutzfunktion

Das Handelsregister hat eine Schutzfunktion für den Rechtsverkehr insofern, als man sich grundsätzlich auf die Eintragungen verlassen kann. Allerdings ist der Vertrauensschutz bei Handelsregistereinträgen gem. § 15 HGB enger als bei Grundbucheinträgen. Dabei muß zwischen der sog. positiven und der negativen Publizität unterschieden werden, je nachdem, ob eine bestimmte Tatsache eingetragen ist oder nicht.

#### 3. Beweisfunktion

Kaufleute können den Nachweis bestimmter Rechtsverhältnisse einfach durch einen Handelsregisterauszug führen; z.B. gegenüber Behörden, Gerichten und Privaten

Gemäß § 9 Abs. 2 HGB kann von den Eintragungen und den zum Handelsregister eingereichten Schriftstücken eine Abschrift gefordert werden, die von der Geschäftsstelle auf Wunsch zu beglaubigen ist. Darüber hinaus muß das Handelsregistergericht auf Verlangen bescheinigen, ob weitere Eintragungen erfolgt sind oder nicht.

#### 4. Kontrollfunktion

Das Handelsregister ermöglicht die Kontrolle wichtiger kaufmännischer Vorgänge insofern, als gem. § 126 FGG (Freiwillige Gerichtsbarkeit) die Industrie- und Handelskammern verpflichtet sind, die Registergerichte zu unterstützen. Darüber hinaus sind sie auch berechtigt, Anträge bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen der Registergerichte Beschwerde einzulegen.

### III. Führung und Einrichtung des Handelsregisters

Die Führung des Handelsregisters obliegt den Amtsgerichten (§§ 8 HGB, 125 FGG) und zwar für jeden örtlichen Bezirk ein gesondertes Register. Es gibt kein Zentralregister für die Bundesrepublik.

Die Landesregierungen sind ermächtigt, die Führung des Handelsregisters mittels EDV zuzulassen (§ 8 a HGB). Davon ist in manchen Bundesländern Gebrauch gemacht worden.

Das Handelsregister gliedert sich in die zwei Abteilungen:

Abt. A: Eintragungen für Einzelkaufleute, OHG, KG, EWIV und die in § 33 HGB genannten jur. Personen.

Abt. B: Eintragungen für die AG, KGaA, GmbH, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Genossenschaften werden nicht in das Handelsregister, sondern in das Genossenschaftsregister eingetragen (§ 10 GenG).

Die Partnerschaft wird in das Partnerschaftsregister eingetragen (§ 4 PartGG).

### IV. Eintragungsverfahren

Die Eintragung erfolgt entweder auf Antrag des zur Anmeldung (z.B. nach § 29 HGB) Verpflichteten, der durch ein Zwangsgeld dazu angehalten werden kann (§ 14 HGB) oder des Anmeldeberechtigten oder von

Amts wegen.

Der Regelfall ist die Eintragung auf Antrag. Anmeldungen zur Eintragung müssen in öffentlich beglaubigter Form eingereicht werden. Die Erklärung muß unterschrieben und die Unterschrift muß von einem Notar beglaubigt werden (§ 129 BGB). Entsprechendes gilt für Vollmachten (§ 12 Abs. 2 HGB). Das Gericht hat dafür zu sorgen, daß die gesetzlich vorgeschriebenen Eintragungen auch veranlaßt werden. Es kann die Betroffenen mit Fristsetzung und Strafandrohung zur Anmeldung auffordern.

Eine Eintragung von Amts wegen erfolgt beispielsweise bei Insolvenzeröffnung (§ 32 HGB), Löschung einer unzulässigen Eintragung (§ 142 FGG), bei gerichtlicher Bestellung von Liquidatoren (§ 148 HGB), bei Erlöschen einer Firma, wenn die Anmeldung der Löschung durch den Verpflichteten selbst nicht herbeigeführt werden kann (§ 31 HGB).

Handelsregistereintragungen sind im Bundesanzeiger und mindestens in einem anderen Blatt bekanntzumachen (§ 10 HGB), welches das Registergericht bestimmt (§ 11 HGB), wobei es sich meist um die **regionale Tageszeitung** handelt. Die Bekanntmachung gilt als erfolgt: mit Ablauf des Tages, an welchem das letzte der bekanntmachenden Blätter erschienen ist.

**Löschungen:**

**Löschungen** im Handelsregister erfolgen nicht durch Entfernen, sondern **durch Unterstreichungen**. **Unterstrichene Eintragungen** sind also nicht besonders wichtige, sondern **gelöschte Tatsachen**.

## V. Die Handelsregistereintragungen

### 1. Eintragungspflichtige, eintragungsmögliche und nicht eintragungsfähige Tatsachen

Welche Tatsachen in das Handelsregister einzutragen sind, wird durch die gesetzlichen Vorschriften bestimmt.

#### a. Eintragungspflichtige Tatsachen

Zu den eintragungsfähigen Tatsachen gehören alle *eintragungspflichtigen* Tatsachen, d.h. alle diejenigen, deren Eintragung das Gesetz vorschreibt.

*Beispiele* für **eintragungspflichtige** Tatsachen:

Die Firma des Kaufmanns (§ 29 HGB); die Erteilung und das Erlöschen der Prokura (§ 53 HGB).

#### b. Eintragungsfähige Tatsachen

Darüber hinaus gehören weiterhin zu den eintragungsfähigen Tatsachen alle diejenigen Tatsachen, deren Eintragung gesetzlich nicht vorgeschrieben, jedoch ausdrücklich erlaubt ist (= sog. *bloß eintragungsfähige* oder *eintragungsmögliche* Tatsachen).

*Beispiele* für bloß **eintragungsfähige** Tatsachen:

Sonderevereinbarungen beim Erwerb eines Handelsgeschäfts (§ 25 Abs. 2 HGB).

#### c. Nicht eintragungsfähige Tatsachen

Nicht eintragungsfähig sind grundsätzlich alle Tatsachen, für deren Eintragung im Gesetz keine ausdrückliche Regelung vorgesehen ist. Das kann aus den unterschiedlichsten Gründen der Fall sein. So kann die Zügigkeit des kaufmännischen Verkehrs unter der Eintragungspflicht leiden oder der mit der Eintragung verbundene Vertrauensschutz scheint überflüssig.

### 2. Deklaratorische oder konstitutive Wirkung

Bei Eintragungen in das Handelsregister ist zu unterscheiden, ob es sich um Tatsachen oder Rechtsverhältnisse handelt, die schon unabhängig von der Eintragung bestehen oder um solche, die erst durch die Eintragung begründet werden.

Von **konstitutiven** (rechtsbegründenden) Eintragungen spricht man, wenn eine bestimmte Rechtsfolge die Eintragung in das Handelsregister voraussetzt.

*Beispiele:*

Eintragung des Kann-Kaufmanns (§ 2 HGB), Eintragung der Formkaufleute (§ 6 HGB z.B.: AG, GmbH).

In diesen Fällen wird die Kaufmannseigenschaft oder die juristische Person der Formkaufleute durch die Eintragung überhaupt erst begründet.

Von einer **deklaratorischen** (bescheinigenden, beurkundenden, rechtsbekundenden) Wirkung spricht man, wenn das Handelsregister eine Tatsache sichtbar macht, die **auch unabhängig von der Eintragung rechtswirksam** ist.

*Beispiele:*

Beginn und Ende der Eigenschaft als Ist-Kaufmann, Erteilung oder Widerruf einer Prokura, Auflösung einer Personengesellschaft aus einer derartigen Gesellschaft.

Diese Vorgänge und Rechtsgeschäfte sind auch dann wirksam, wenn eine Eintragung im Handelsregister nicht erfolgt ist.

## VI. Die Publizitätswirkungen des Handelsregisters (§ 15 HGB)

Eintragungen im Handelsregister, sowie auch "Nicht-Eintragungen" haben Auswirkungen unterschiedlichster Art, die nicht generell einheitlich erfaßt werden können. Im einzelnen ist zu unterscheiden

- zwischen deklaratorischer oder konstitutiver Wirkung,
- zwischen richtigen oder unrichtigen Eintragungen oder Bekanntmachungen und
- zwischen positiver oder negativer Publizität des Handelsregisters.

Die Rechtslage ist verwickelt - jedoch von großer praktischer Bedeutung. Generell ist vorab allerdings festzustellen, daß dem Handelsregister nicht in dem gleichen Umfang öffentlicher Glaube zukommt, wie es bei Eintragungen im Grundbuch gem. § 892 BGB der Fall ist.

Für den rechtsgeschäftlichen Verkehr ist es von besonderer Bedeutung, in welchem Umfang "man sich auf die Eintragungen im Handelsregister und die Bekanntmachungen verlassen kann", d.h. in welchem Umfang das Vertrauen auf den Inhalt des Handelsregisters geschützt wird, inwieweit es öffentlichen Glauben genießt.

Die gesetzliche Regelung findet sich in § 15 HGB:

### § 15 Publizität des Handelsregisters

1. Solange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.
2. Ist die Tatsache eingetragen und bekanntgemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen. Dies gilt nicht bei Rechtshandlungen, die innerhalb von fünfzehn Tagen nach der Bekanntmachung vorgenommen werden, sofern der Dritte beweist, daß er die Tatsache weder kannte noch kennen mußte.
3. Ist eine einzutragende Tatsache unrichtig bekanntgemacht, so kann sich ein Dritter demjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, auf die bekanntgemachte Tatsache berufen, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kannte.
4. Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend. Für Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz im Inland gilt dies nur für die in § 13 Abs. 6 angeführten Tatsachen.

### 1. § 15 Abs. 1 HGB (negative Publizität)

Solange eine in das Handelsregister **einzutragende Tatsache** nicht eingetragen und bekannt gemacht worden ist, solange kann diese Tatsache gem. § 15 Abs. 1 von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem gutgläubigen Dritten "nicht entgegengehalten werden".

Der gutgläubige Dritte kann davon ausgehen, daß keine Veränderungen eingetreten sind.

Das Gesetz stellt nicht „positiv“ auf vorhandene Eintragungen, sondern „negativ“ auf gerade **nicht** vorhandene Eintragungen ab.

### *Negative Publizität:*

Auf das Schweigen des Handelsregisters kann man sich verlassen.

*Beispiele für § 15 Abs. 1:*

Ein Gesellschafter scheidet aus einer OHG aus. Das Ausscheiden wird nicht eingetragen, obgleich es sich um eine einzutragende Tatsache handelt (§ 143 Abs. 2 HGB). Ein Dritter kann im Vertrauen darauf den ausgeschiedenen Gesellschafter nach wie vor für neue Verbindlichkeiten in Anspruch nehmen, wenn er von dem Ausscheiden keine Kenntnis hatte.

*Weiteres Beispiel:*

Ein Kaufmann K erteilt dem P Prokura. Diese Tatsache wird eingetragen und bekannt gemacht. Später widerruft K die Prokura, ohne diese Tatsache eintragen und bekannt machen zu lassen. Ungeachtet des Widerrufs schließt der P mit einem gutgläubigen Dritten einen Kaufvertrag im Namen des K.

Die Prokura des P ist durch den Widerruf des K erloschen. Obgleich der P keine Vertretungsmacht mehr hatte, kann sich der K, in dessen Angelegenheit der Wegfall der Vertretungsmacht "Prokura" hätte eingetragen und bekannt gemacht werden müssen, gegenüber dem gutgläubigen Dritten nicht auf den Widerruf der Vertretungsmacht berufen.

*Weiteres Beispiel:*

A scheidet aus einer OHG aus. Diese Tatsache wird nicht eingetragen und nicht bekannt gemacht. Ungeachtet des Ausscheidens nimmt A bei einer gutgläubigen Bank im Namen der OHG einen Kredit auf und läßt zur Kreditsicherung eine erstrangige Hypothek auf einem Grundstück der OHG eintragen.

Die im Rang nachfolgenden Hypothekengläubiger können gegenüber der Bank nicht geltend machen, daß der A gar nicht mehr Gesellschafter gewesen und demgemäß zur Vertretung nicht befugt gewesen sei, und daß demzufolge die Hypothekenforderung der Bank gar nicht bestehe.

Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 im einzelnen:

Es muß sich um eine *"einzutragende Tatsache"* handeln. Einzutragen sind die sog. *eintragungspflichtigen Tatsachen*.

*Beispiel:*

Erteilen und Erlöschen der Prokura (§ 53 HGB)

Dabei ist es unerheblich, ob sich aus dem Handelsregister ein sinnvoller Zusammenhang zwischen den eingetragenen und nicht eingetragenen Tatsachen ergibt, wie etwa folgendes Beispiel zeigt:

*Beispiel:*

Der Kaufmann K erteilt dem P Prokura, ohne daß diese Tatsache im Handelsregister eingetragen wird. Dann stellt der K seinen Geschäftsfreunden den neuen Prokuristen vor und dieser vertritt den K bei zahlreichen Geschäftsabschlüssen. Später widerruft K die Prokura, ohne den Widerruf im Handelsregister eintragen oder sonst bekannt machen zu lassen. Auch benachrichtigt er seine Geschäftsfreunde nicht.

Zu diesem Zeitpunkt ist das Handelsregister korrekt. Der P hat keine Prokura und eine solche ist auch nicht eingetragen.

Wenn jetzt der P ohne Prokura im Namen des K Geschäfte abschließt, dann kann sich der gutgläubige Dritte auf die **Nichteintragung des Erlöschens** der Prokura gem. § 15 Abs. 1 HGB berufen.

Der Kaufmann K hätte also **das Erlöschen** der Prokura **eintragen** lassen müssen, auch wenn **die Erteilung** der Prokura **nicht** aus dem Handelsregister **ersichtlich** war.

Weiterhin darf die einzutragende Tatsache *nicht eingetragen oder nicht bekanntgemacht* worden sein. Selbst wenn eine Eintragung erfolgte, die **Bekanntmachung** jedoch **unterblieben** ist, greift § 15 Abs. 1 HGB ein.

Der Dritte muß *gutgläubig* ein Rechtsgeschäft vornehmen.

Gutgläubigkeit liegt nur dann nicht vor, wenn er die nicht eingetragene Tatsache **positiv kennt**. Fahrlässigkeit (wie beispielsweise in § 932 BGB oder § 15 Abs. 2 HGB) **schadet dem Dritten** in den Fällen des § 15 Abs. 1 **nicht**.

## 2. § 15 Abs. 2 HGB

§ 15 Abs. 2 HGB behandelt den umgekehrten Fall von § 15 Abs. 1 HGB.

Eine Tatsache ist eingetragen und bekanntgemacht worden. Wenn eine Tatsache eingetragen und bekanntgemacht worden ist, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen. Der Dritte kann sich also nicht darauf berufen, daß er nichts gewußt habe.

Nach § 15 Abs. 1 wird eine nicht eingetragene und nicht bekanntgemachte Tatsache als **unbekannt vermutet** nach § 15 Abs. 2 wird eine eingetragene und bekanntgemachte Tatsache **als bekannt vorausgesetzt**.

*Beispiel:*

Kaufmann A entläßt den Prokuristen. Das Erlöschen der Prokura wird ordnungsgemäß im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht. Der Prokurist schließt dennoch für den A mit einem gutgläubigen Dritten einen Vertrag.

Der Dritte kann den A **nicht** in Anspruch nehmen (§ 15 Abs. 2 HGB).

Diese Regelung gilt allerdings innerhalb der ersten 15 Tage nach der Bekanntmachung noch nicht, wenn der Dritte beweist, daß er diese Tatsache weder kannte noch kennen mußte.

Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 im einzelnen:

Die Tatsache muß *eintragungsfähig* und richtig sein. Im Unterschied zur Regelung des § 15 Abs. 1 gehören zu den eintragungsfähigen Tatsachen gem. § 15 Abs. 2 auch die sog. *bloß eintragungsfähigen* = *eintragungsmöglichen* Tatsachen (umstr.).



*Beispiel:*

Der Verkäufer eines Handelsgeschäfts vereinbart mit dem Käufer eine von der gesetzlichen Rechtslage des § 25 HGB abweichende Regelung. Diese Tatsache kann, aber muß nicht ins Handelsregister eingetragen werden. Wenn die Tatsache nicht eingetragen wird, greift nicht § 15 Abs. 1 sondern § 25 Abs. 2 ein. Der Erwerber ist jedoch nach § 25 Abs. 2 nicht geschützt, wenn die Tatsache eingetragen und bekanntgemacht worden ist, und der Erwerber sich gegenüber einem Dritten auf die eingetragene, von der gesetzlichen Rechtslage abweichenden Vereinbarung berufen will. In diesem Fall greift § 15 Abs. 2 ein.

Die Tatsache muß *richtig* sein. Unrichtige oder unzulässige Eintragungen scheiden aus.

*Beispiel:*

P ist als Prokurist des K unzutreffenderweise im Handelsregister eingetragen, da er gar keine Prokura hat. Ungeachtet dessen kündigt er im Namen des K einen Mietvertrag. Die Kündigung ist mangels Vertretungsmacht des P unwirksam. Als K später von der Kündigung erfährt, will er sich auf § 15 Abs. 2 berufen, da ihm die Kündigung gelegen kommt. Das ist nicht möglich. (K kann jedoch die Kündigung unter den Voraussetzungen des § 177 BGB genehmigen.)

Strittig ist, *zu wessen Gunsten* die Vorschrift des § 15 Abs. 2 wirkt. Aus dem Gesetz ist nicht ersichtlich, ob sich auf § 15 Abs. 2 nur derjenige berufen kann, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war oder ob dazu auch jeder Dritte berechtigt ist.

*Beispiel:*

A scheidet aus einer OHG aus. Diese Tatsache wird im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht. Ungeachtet seines Ausscheidens nimmt A namens der OHG einen Kredit auf und läßt auf einem Grundstück der OHG zu Gunsten des gutgläubigen Kreditgebers eine Hypothek eintragen. Kreditvertrag und Hypothek sind mangels Vertretungsmacht unwirksam. Darauf können sich nicht nur die OHG-Gesellschafter sondern auch die im Rang nachfolgenden weiteren Hypothekengläubiger nach § 15 Abs. 2 berufen (so h.M.).

### 3. § 15 Abs. 3 HGB (positive Publizität)

§ 15 Abs. 3 HGB

Ist eine einzutragende Tatsache **unrichtig bekannt gemacht worden**, so kann sich ein Dritter demjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheit die Tatsache einzutragen war, auf die bekannt gemachte Tatsache berufen, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kannte.

Das Gesetz schützt das Vertrauen des Geschäftsverkehrs auf die **Richtigkeit der Bekanntmachung von Registereintragungen**.

#### **Positive Publizität:**

Man kann sich auf das berufen, was positiv publiziert wurde.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist lediglich eine **unrichtige Bekanntmachung** betroffen. Nicht geregelt ist die Frage, welche Situation im Handelsregister vorliegen muß.

Es bestehen zahlreiche strittige Ansichten. Nach herrsch. Ansicht erfaßt § 15 Abs. 3 HGB folgende 3 Fälle:

1. Registereintragung **richtig** - Bekanntmachung **unrichtig**.
2. Registereintragung **falsch** - Bekanntmachung **unrichtig**.
3. Registereintragung **gar nicht** erfolgt - Bekanntmachung **unrichtig** (sehr str. Fragen).

Der Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 HGB geht nach der h.L. über seinen Wortlaut hinaus.

#### **Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 im einzelnen:**

- Es muß sich um eine *einzutragende* Tatsache handeln - wie bei § 15 Abs. 1.
- Die Tatsache muß *unrichtig bekannt gemacht* worden sein.
- Die unrichtige Bekanntmachung ist vom Betroffenen *zurechenbar veranlaßt* worden (h.M.).
- Die Registereintragung ist *richtig, falsch* oder *gar nicht* erfolgt.
- Der Dritte muß *gutgläubig* sein.

#### **Rechtsfolgen:**

Ein Dritter kann sich demjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheit die Tatsache einzutragen war, auf die unrichtig bekannt gemachte Tatsache berufen, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kannte.

Der Normalfall des § 15 Abs. 3 betrifft die Situation, daß die Eintragung im Handelsregister zwar richtig, die Bekanntmachung jedoch unrichtig erfolgte.

Es liegt eine Verlautbarungsdiskrepanz zwischen Registereintragung und Bekanntmachung vor.

*Beispiel:*

Bei einer Kommanditgesellschaft wird ein Kommanditist im Handelsregister ordnungsgemäß als Kommanditist eingetragen.

Irrtümlich wird der Kommanditist jedoch als Komplementär bekannt gemacht.

Ein Dritter, der die Unrichtigkeit der Bekanntmachung nicht kannte, kann den Kommanditisten **mit dessen ganzem Vermögen in Anspruch nehmen, ohne daß sich dieser auf die Haftungsbeschränkung eines Kommanditisten berufen kann.**

Eine Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 ist darüber hinaus auch dann möglich, wenn nicht nur die Bekanntmachung sondern auch die **Registereintragung unrichtig** war. Der gutgläubige Dritte verdient hier noch größeren Schutz.

Sehr umstritten ist die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 in den Fällen, in denen **überhaupt keine** Registereintragung erfolgt ist.

*Beispiel:*

Wie ist es zu beurteilen, wenn die Fa. **Meier** einen Prokuristen P bestellt, der auch im Handelsregister ordnungsgemäß eingetragen wird - aber bei der Bekanntmachung unterläuft ein Druckfehler, er wird für die Fa. **Müller** eingetragen. Wenn jetzt der böswillige Prokurist für die Firma Müller handelt, haftet diese dann für ihn, obgleich sie **von der ganzen Angelegenheit gar nichts wußte?**

Für die betroffene Fa. Müller könnten von dem „falschen“ Prokuristen Schulden in unbegrenzter Höhe gemacht werden.

Nach herrschender Ansicht ginge die Wirkung des § 15 Abs. 3 sehr weit, wenn jede unrichtige Bekanntmachung zu Lasten des Betroffenen ginge.

Die h.M. interpretiert den § 15 Abs. 3 einschränkend.

Eine Tatsache ist nur "in **dessen** Angelegenheiten" einzutragen, der auch einen (irgendeinen) Antrag gestellt hat, der also die fehlerhafte Bekanntmachung durch seinen Antrag (wenn auch nur mittelbar und ohne Verschulden) **veranlaßt** hat.

**Lösung des Beispielfalles nach h.L.:**

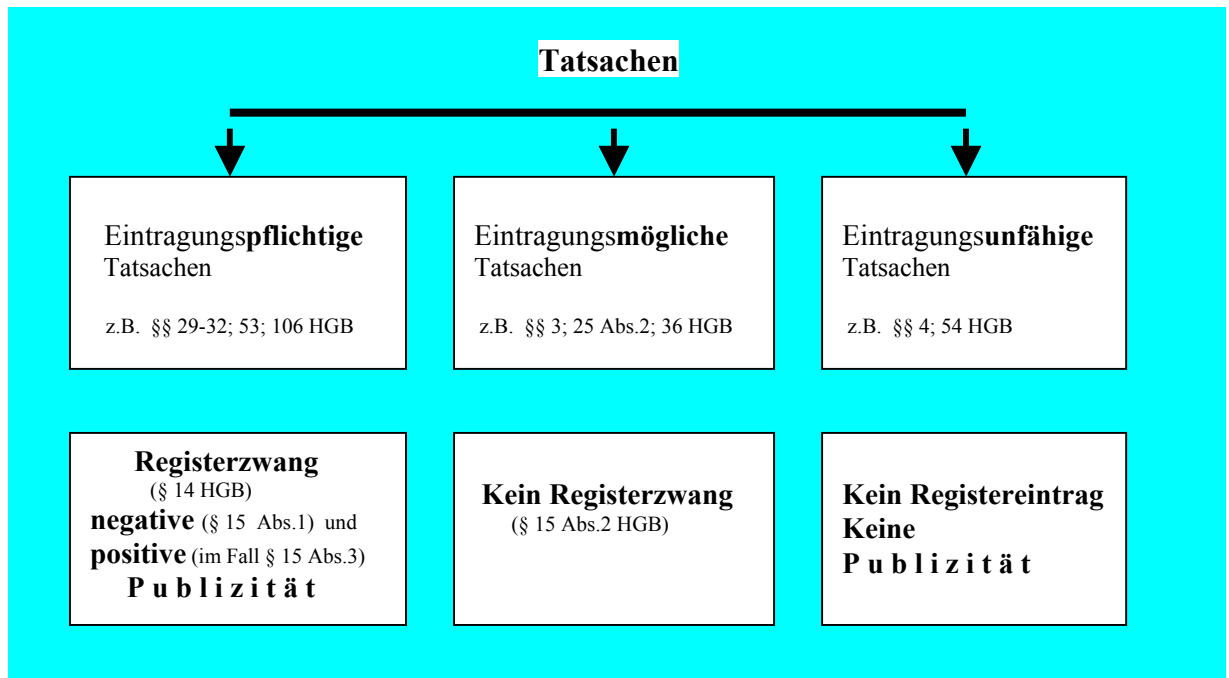
Nach der herrschenden Ansicht braucht die Fa. Müller für die Geschäfte des falschen Prokuristen P nicht einzustehen (umstr.).

Ein gutgläubiger Dritter kann sich gegenüber der Fa. Müller auf § 15 Abs. 3 HGB nicht berufen, da die Fa. Müller überhaupt keinen Antrag gestellt hat und insoweit nicht einmal mittelbar die fehlerhafte Bekanntmachung verursacht hat.

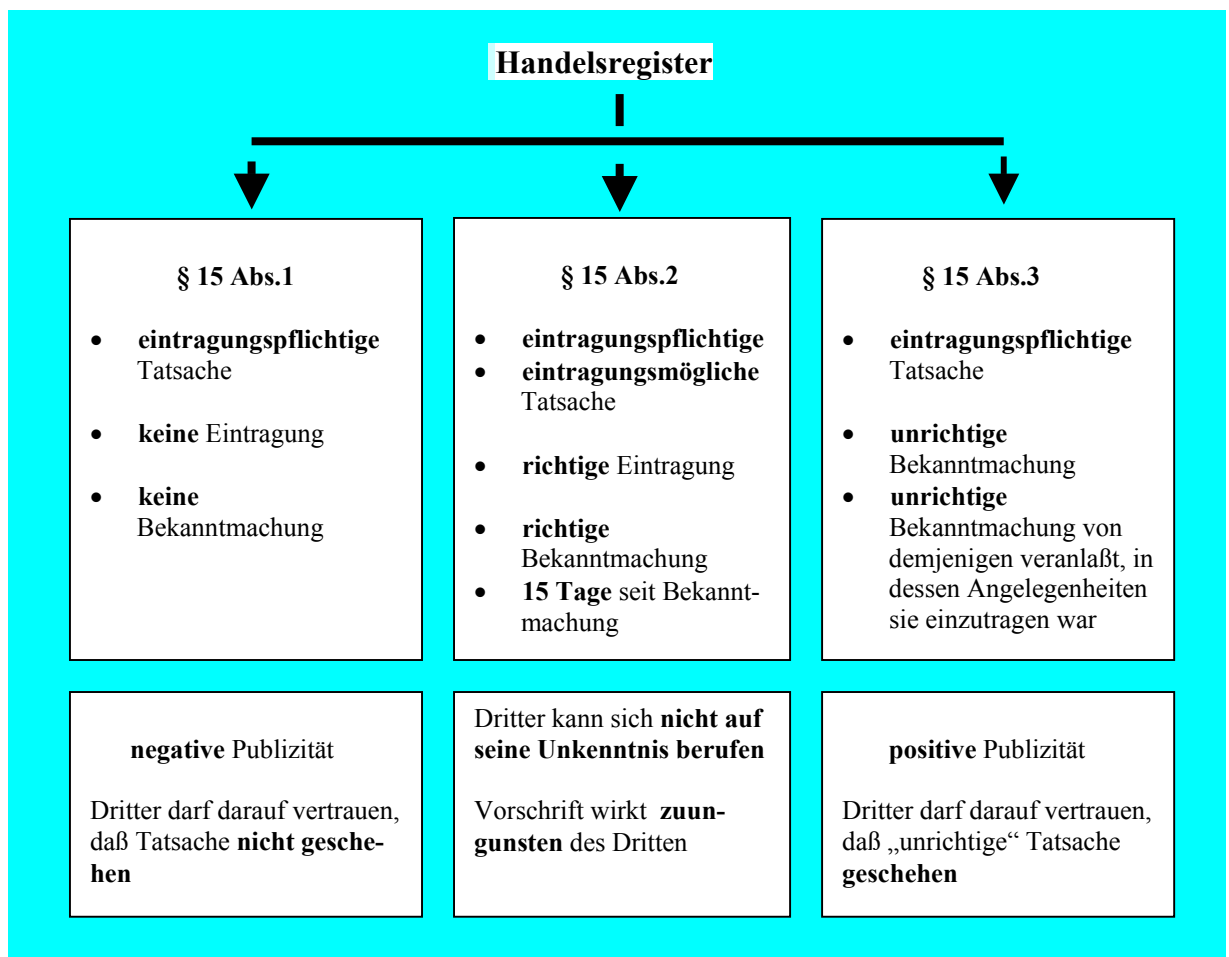
**Folgerungen für die Praxis:**

- Im Geschäftsverkehr mit Kaufleuten muß man sich stets über den aktuellen Stand des Handelsregisters informieren.
- Wer im Geschäftsverkehr Nachteile vermeiden will, muß die für ihn notwendigen Eintragungen und Bekanntmachungen im Handelsregister unverzüglich veranlassen.

## 4. Übersicht über die Eintragungen im Handelsregister



## 5. Übersicht über die Publizität des Handelsregisters



### § 3 Die Firma (§§ 17 ff. HGB)

#### I. Begriff der Firma

Wenn man im allgemeinen Sprachgebrauch das Wort "Firma" verwendet, so meint man damit in der Regel ein kaufmännisches Unternehmen.

Im Rechtssinne ist jedoch unter dem Begriff "Firma" etwas anderes zu verstehen.

Nach § 17 Abs. 1 HGB ist die

**FIRMA = der Name des Kaufmanns,**

**unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.**

Die Firma ist also der **Name** für eine natürliche oder juristische Person.

*Beispiele:*

"Gummi-Müller OHG", "Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft", "Paul Klein Südfrüchte Import-Export GmbH", "Ernst Klett Verlag GmbH" oder einfach "Fritz Mayer e.Kfm."

Der Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden (§ 17 Abs. 2 HGB). Dabei darf man jedoch nicht der irrigen Vorstellung verfallen, neben dem Inhaber eines Geschäfts existiere noch eine weitere Person. Wer in einem Prozeß einen Kaufmann unter dessen Firma verklagt, verklagt denselben Kaufmann, den er auch unter dessen bürgerlichen Namen verklagen würde, (was ebenfalls zulässig wäre) - die Prozeßpartei bleibt dieselbe, unabhängig davon, ob sie unter ihrem bürgerlichen Namen oder unter ihrer kaufmännischen Firma verklagt wird.

Der Inhaber eines Geschäfts hat also einen Namen, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt. Dieser Name des Kaufmanns im Geschäftsverkehr, seine „Firma“, kann durchaus von seinem bürgerlichen Namen abweichen. In diesem Fall hat er dann zwei Namen. Im Geschäftsverkehr soll der Kaufmann sich seines Firmen“namens“ bedienen - doch wird die Gültigkeit der abgeschlossenen Verträge nicht dadurch beeinträchtigt, daß er sich im Geschäftsverkehr seines privaten Namens bedient. Umgekehrt schadet es auch nicht, wenn er im Privatverkehr seine Firma, also seinen Handelsnamen verwendet. In beiden Fällen bleibt die Person der Vertragspartei identisch.

Wenn also die Firma im Sinne des Rechts nur die Person des Kaufmanns und nicht sein Geschäft bezeichnet, so hat der Kaufmann darüber hinaus auch die weitere Möglichkeit, auch sein Geschäft oder Etablissement mit einem Namen zu versehen.

*Beispiele:*

"Gasthaus zum Schwarzen Bock", "Sonnenapotheke", "Apollo Lichtspiele", "Hotel Weißer Riese".

Diese Geschäfts- oder Etablissementbezeichnung ist streng von der Firma zu trennen. Die Firma hat mit der Geschäftsbezeichnung ebenso wenig zu tun, wie z.B. der Name des Eigentümers mehrerer Häuser, der das eine Haus "Hochhaus" und das andere "Familienhaus" benennt. Mietverträge für das "Hochhaus" oder das "Familienhaus" werden vom Eigentümer unter seinem Namen abgeschlossen. Ungeachtet dessen können diese Geschäftsbezeichnungen als Bestandteile der Firmen eingesetzt werden, dabei dürfen allerdings derartige Bezeichnungen nicht geeignet sein, zu Täuschungen über geschäftliche Verhältnisse zu führen, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind (§ 18 Abs. 2 HGB).

#### II. Die Entstehung der Firma

Die Firma des Kaufmanns entsteht mit dem Beginn der Kaufmannseigenschaft.

Die Firma der Kaufleute der §§ 2 und 3, Abs. 2 HGB entsteht mit der Eintragung ins Handelsregister.

#### III. Die Übertragung der Firma

Die Übertragung einer Firma, d.h. die Übertragung des Namens ohne das zugehörige Handelsgeschäft ist unzulässig (§ 23 HGB).

Mit dieser Regelung wird dem engen Zusammenhang zwischen der Firma und dem Handelsgeschäft Rechnung getragen. Der Gesetzgeber will den Handel mit "Mondscheinfirmen" unterbinden, um den Geschäftsverkehr vor Irreführungen zu schützen.

#### IV. Das Ende der Firma

Die Firma erlischt mit der Beendigung des Geschäftsbetriebs. Ein nur vorübergehender Zustand reicht nicht aus. Das Erlöschen der Firma ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 31 Abs.2).

#### V. Die Arten der Firma

Man kann nach verschiedenen Gesichtspunkten Firmenarten unterscheiden.

##### 1. Einzel- oder Gesellschaftsfirma

Es ist naheliegend, daß die Firma einer Gesellschaft anders lauten muß, als die eines Einzelkaufmanns. Historisch gesehen hat sich bei den Gesellschaften zuerst gezeigt, daß eine besondere Firma für das Handelsgeschäft sinnvoll ist, um der Notwendigkeit enthoben zu sein, jeweils die Namen sämtlicher Gesellschafter angeben zu müssen.

##### 2. Personen- oder Sachfirma

Wenn sich die Firma an den bürgerlichen Namen des Firmeninhabers anlehnt, spricht man von einer Personenfirma. Leitet sie sich dagegen vom Unternehmensgegenstand ab, handelt es sich um eine Sachfirma. Gemischte Firmen beinhalten beides. Zulässig sind auch bei Einzelkaufleuten, Personengesellschaften, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften reine Phantasiefirmen.

*Beispiele:*

<b>Personenfirma:</b>	"Johannes Becker Einzelkaufmann", Sabine Schulz e. Kfr."
<b>Sachfirma:</b>	"Metallwarenfabrik AG", "Südd. Zucker AG".
<b>Gemischte Firma:</b>	"Karl Schuster Maschinenfabrik GmbH".
<b>Phantasiefirma:</b>	„XETRA Aktiengesellschaft“.

##### 3. Einfache oder zusammengesetzte Firma

Das Gesetz unterscheidet bei einer Firmenbezeichnung zwischen dem unbedingt Notwendigen, dem sog. Firmenkern, und weiteren, nicht notwendigen, aber zulässigen Zusätzen. Im ersten Fall spricht man von einer einfachen Firma, im letzteren von einer zusammengesetzten oder qualifizierten Firma.

*Beispiele:*

**Einfache** Firma: "Otto & Co KG"; **zusammengesetzte** Firma: "Seidenhaus Otto & Co KG"

##### 4. Originäre oder derivative Firma

Von einer originären oder ursprünglichen Firma spricht man, wenn die Firma den gegenwärtigen Inhaber angibt. Eine derivative Firma gibt den früheren Inhaber an (§ 22 HGB).

*Beispiel:*

Hans Maier veräußert seinen Gewerbebetrieb an Sabine Schmitt mit dem Recht der Firmenfortführung. Sabine Schmitt kann dann weiterhin unter "Hans Maier" firmieren. Die fortgeführte Firma muß allerdings nach § 19 Abs.1 Nr. 1 HGB den Zusatz „eingetragene Kauffrau“ enthalten.

#### VI. Grundsätze des Firmenrechts

##### 1. Firmeneinheit

Jeder Kaufmann darf für sein Unternehmen nur eine Firmenbezeichnung führen. Das gilt auch dann, wenn das Unternehmen mehrere Zweigniederlassungen hat. Allerdings bestimmt § 30 Abs. 3 HGB, daß bei einer Zweigniederlassung die Firma einen Zusatz erhalten muß, wenn an dem Ort der Zweigniederlassung bereits eine gleiche eingetragene Firma (natürlich eines anderen Inhabers) besteht. Darüber hinaus ist es generell zulässig, Zweigniederlassungen durch einen besonderen Zusatz zum Firmenkern zu bezeichnen. Teilweise ist dies gesetzlich vorgeschrieben (§ 30 Abs.3 HGB).

*Beispiel:*

Firma "Agfa Niederlassung der Bayer AG"

Der Grundsatz der Firmeneinheit darf allerdings nicht dahingehend mißverstanden werden, jeder Kaufmann könne nur eine Firma führen. Jeder Kaufmann kann durchaus mehrere, voneinander unabhängige Unternehmen betreiben und für diese dann jeweils verschiedene Firmen verwenden.

## 2. Firmenöffentlichkeit

Der Kaufmann ist verpflichtet, die Firma, ihre Änderung, die Änderung des Firmeninhabers, das Erlöschen der Firma sowie die Verlegung einer Niederlassung an einen anderen Ort zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§§ 29, 31 HGB).

## 3. Firmenausschließlichkeit

Für den Geschäftsverkehr empfiehlt es sich, daß sich die einzelnen Firmen als Handelsnamen möglichst leicht unterscheiden lassen. Dazu ist es erforderlich, daß jeder Firma in ihrem Gebiet möglichst eine Ausschließlichkeit zukommt und daß nach Möglichkeit auch die Verwendung ähnlicher Namen vermieden wird.

Um diesem Ziel näher zu kommen, bestimmt

§ 30 Abs. 1 HGB:

Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

Bei einer "deutlichen Unterscheidung" soll jede Verwechslungsgefahr ausgeschlossen sein. Dabei kommt es in der Praxis häufig zu Streitigkeiten über den hinreichenden Grad der Unterscheidbarkeit. Zur Beurteilung dieser Frage werden die Industrie- und Handelskammern eingeschaltet. Im einzelnen ist auch rechtlich nicht alles geklärt. So ergeben sich schwierige Fragen, wenn der Grundsatz der Firmenklarheit mit dem Grundsatz der Firmenwahrheit kollidiert, beispielsweise, wenn die Familiennamen von zwei Kaufleuten mit denselben Geschäftsbetrieben identisch sind.

Nach § 30 HGB wird grundsätzlich die zuerst eingetragene Firma geschützt. Da jedoch ein Kaufmann an dem redlichen Gebrauch seines Namens nicht gehindert werden kann, muß er seiner Firma einen Zusatz beifügen, der ihn von einer namensgleichen bestehenden Firma deutlich unterscheidet (§ 30 Abs.2). Dabei reicht ein auf die Gesellschaftsform hinweisender Zusatz, wie GmbH, KG und dergl. bei gleichen Namen nicht aus.

*Beispiel:*

Es besteht die Fa. „Lehmann & Co OHG“.

Daneben wäre nicht möglich: „Lehmann und Co.KG“.

Daneben wäre möglich: „Lehmann & Maier KG“ oder „Lehmann Malereibedarf KG“.

Keine deutliche Unterscheidung ist gegeben, wenn Namen sich zwar in der Schreibweise, nicht jedoch in der Aussprache unterscheiden.

*Beispiel:*

"Hans Meyer e.Kfm." und "Hans Maier e.Kfm.".

Als ausreichend wird es jedoch in der Regel angesehen, wenn sich die Vornamen der Inhaber unterscheiden.

*Beispiel:*

"Hugo Meier e.Kfm." und "Hans Meier e.Kfm.".

## 4. Firmenwahrheit

Im Geschäftsverkehr ist es wünschenswert, daß schon aus der Firmenbezeichnung ersichtlich ist, mit wem man es zu tun hat. Irreführungen und Unlauterkeiten sollen verhindert werden. Dem entspricht der Grundsatz der Firmenwahrheit und Firmenklarheit. Dieser Grundsatz ließe sich uneingeschränkt allerdings nur bei der Neubildung einer Firma verwirklichen.

Der Preis für größere Freiräume bei der Firmenbildung und der generellen Zulassung von Sach- und Phantasiefirmen ist, dass die Firma über die Identität des Kaufmanns und vor allem über den Geschäftsgegenstand des Unternehmens nur noch beschränkte Hinweise gibt.

Dazu bestimmt § 18 HGB:

Die Firma muß zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen.

Die Firma darf keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführen.  
Allerdings wird die Firmenwahrheit hinsichtlich der Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse durch die zwingenden Regelungen des § 19 HGB verbessert.

### ***Geschäftsbriefe***

Einzelkaufleute (§ 37 a HGB) und Personengesellschaften (§ 125 a HGB) haben **die Firma**, die Bezeichnung nach § 19 HGB, den Ort der Handelsniederlassung, das Registergericht und die Nummer, unter der die Firma in das Handelsregister eingetragen ist, „**auf allen Geschäftsbriefen**“ anzugeben.

Damit wird die Identifizierung der Unternehmensträger im Geschäftsverkehr erleichtert.

Nach dem Täuschungsverbot des § 18 Abs.2 HGB sind irreführende Angaben über geschäftliche Verhältnisse in der Firma dann unzulässig, wenn diese für die angesprochenen Verkehrskreise „*wesentlich*“ sind.

### **5. Firmenbeständigkeit**

Der Grundsatz der Firmenwahrheit war auch nach dem bisherigen Recht bereits in zwei Fällen durchbrochen: bei einer Namensänderung des Inhabers und bei Wechsel des Inhabers. In diesen Fällen konnte eine bestehende Firma in gewissen Grenzen unverändert fortgeführt werden, obgleich dann der Grundsatz der Firmenwahrheit nicht mehr eingehalten ist.

Die Gründe für diese Ausnahme sind naheliegend. Die Firma eines Unternehmens (also allein der Name eines Unternehmens) stellt in vielen Fällen einen erheblichen wirtschaftlichen Wertfaktor dar. Man denke nur an die Fälle, in denen Unternehmen ihre Firma in ihre Produktnamen einfließen lassen ("Maggi", "Ritter-Schokolade", "Underberg", "Bayer", "Ferrero-Küßchen"). Hier wäre es bei einer Veräußerung derartiger Unternehmen nicht zu vertreten, den Nachfolger auf das Prinzip der Firmenwahrheit zu verweisen und ihn zu zwingen, für das Unternehmen einen neuen Namen zu finden.

#### **Das Recht der Firmenfortführung:**

Fortführung bei Namensänderung (§ 21 HGB):

Wird ohne eine Änderung der Person der in der Firma enthaltene Name des Geschäftsinhabers oder eines Gesellschafters geändert, so kann die bisherige Firma fortgeführt werden.

Erfaßt wird also zunächst einmal der Fall der Namensänderung des Inhabers. Eine derartige Namensänderung kann beispielsweise durch Heirat einer Geschäftsinhaberin geschehen (§ 1355 BGB).

#### *Beispiel:*

Die einzige Komplementärin der Kommanditgesellschaft "Gisela Becker Moden KG" erhält durch Heirat einen anderen Namen. Dann kann die alte Firma fortgeführt werden.

Wichtiger aber ist die Regelung in den Fällen des § 22 HGB:

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma, auch wenn sie den Namen des bisherigen Geschäftsinhabers enthält, mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen.

Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechend Anwendung.

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt, darf die bisherige Firma fortführen, ohne der Firma einen Nachfolgezusatz hinzufügen zu müssen, wenn der bisherige Inhaber ausdrücklich in die Fortführung der Firma einwilligt. Das gilt sowohl für den Erwerb unter Lebenden wie auch von Todes wegen, wobei im letzteren Fall die Erben einwilligen müssen.

#### *Beispiele:*

Hans Petersen betreibt ein Geschäft unter der Firma "Wäscherei Hans Petersen e.K.". Dieses Geschäft verkauft er an Sabine Müller und willigt ein, daß die Firma fortgeführt wird. Sabine Müller kann jetzt firmieren: "Wäscherei Hans Petersen e.Kfr." oder "Wäscherei Hans Petersen Nachfolger eingetragene Kauffrau" oder "Sabine Müller vormals Wäscherei Hans Petersen e.Kfr." oder einfach "Sabine Müller e.Kfr."

Den Zusatz e.Kfr. muß sie nach § 19 Abs.1 Nr.1 HGB hinzufügen.

Die Firma kann nur bei Übernahme des Geschäfts mitübernommen werden, eine selbständige Übernahme der Firma ohne das zugehörige Handelsgeschäft ist unzulässig (§ 23 HGB).

Allerdings bestehen auch für den Grundsatz der Möglichkeit der Firmenfortführung Grenzen, die teilweise von der Rechtsprechung entwickelt worden sind, teilweise aus zwingenden gesetzlichen Vorschriften resultieren.

Der Grundsatz der Firmenwahrheit gebietet, daß Einzelkaufleute kein Gesellschaftsverhältnis vortäuschen dürfen durch Firmenzusätze wie "OHG", "KG" oder "...& Co.". Aus diesem Grunde besteht allgemein Übereinstimmung, daß bei einer Übernahme einer OHG oder KG durch einen Einzelkaufmann die Zusätze OHG oder KG wegfallen müssen.

Führt eine Aktiengesellschaft die Firma eines auf sie übergegangenen Handelsgeschäftes fort, so muß sie die Bezeichnung "Aktiengesellschaft" in die Firma aufnehmen (§ 4 Abs. 2 AktG). Entsprechendes gilt für die GmbH (§ 4 GmbHG).

Der Übernehmer einer Firma, die einen Dr. Titel enthält, darf diese Firma nur führen, wenn er einen Nachfolge-Zusatz hinzufügt oder muß den Titel in der Firma weglassen, wenn er selbst keinen Dr. Titel innehat.

Schließlich gelten entsprechende Vorschriften für den Fall, daß nur teilweise ein Inhaberwechsel stattfindet:

Wird jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft aufgenommen, so kann die bisherige Firma fortgeführt werden (§ 24 Abs. 1 HGB). Grund: Das Publikum wird nicht gefährdet, sondern durch den zusätzlich Haftenden begünstigt.

Tritt ein neuer Gesellschafter in eine Handelsgesellschaft ein, so kann gleichfalls die alte Firma fortgeführt werden (§ 24 Abs. 1 HGB).

Beim Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben (§ 24 Abs. 2 HGB).

## VII. Die Firma bei einzelnen Unternehmensformen

### 1. Die Firma des Einzelkaufmanns

Die Firma muß zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen und das Täuschungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB beachten<sup>1</sup>.

Der Einzelkaufmann kann verschieden firmieren.

- Er kann seinen bürgerlichen Namen mit oder ohne Vornamen verwenden (*Personenfirma*).
- Er kann eine dem Gegenstand des Unternehmens entnommene Bezeichnung verwenden (*Sachfirma*).
- Er kann eine reine *Phantasiefirma* verwenden.
- Er kann eine aus diesen Möglichkeiten zusammengesetzte Firma nebst Zusätzen verwenden (*Mischfirma*).

Die Firma von Einzelkaufleuten muß folgende Rechtsformzusätze enthalten:

die Bezeichnung „eingetragener Kaufmann“, „eingetragene Kauffrau“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung, insbesondere „e.K.“, „e.Kfm.“ oder „e.Kfr.“ (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB).

Nach Ansicht des Gesetzgebers<sup>2</sup> ist es auch zulässig, daß einer Unternehmerin der Zusatz „eingetragener Kaufmann“ gestattet wird. Für den umgekehrten Fall, in dem sich ein männlicher Kaufmann „e. Kauffrau“ nennen will, wird in der einschlägigen Fachliteratur die Ansicht vertreten, daß dies nur im Falle einer Firmenfortführung nach § 22 HGB zulässig sei.

Die Firma muß zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 Abs. 1 HGB).

### 2. Die Firma der Offenen Handelsgesellschaft

Für die Firmierung der Offenen Handelsgesellschaft bestehen mehrere Möglichkeiten:

<sup>1</sup> Keine ausreichende Kennzeichnung haben allgemeine Sachbegriffe ohne weitere Zusätze wie: „Turbo“ (BGH GRUR 95,410); „today“ (BGH NJW-RR 1998, 1261); „Welch ein Tag“ (BPatG WRP 98, 893) oder Werbeagentur, Reisebüro etc. In derartigen Fällen liegt keine ausreichende Individualisierung vor.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 13/8444, S.55



es kann der Name eines Gesellschafters nebst einem Zusatz genommen werden, der das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutet, es können die Namen aller Gesellschafter genommen werden und die OHG kann nach neuem Recht auch eine reine Sach- oder Phantasiefirma führen.

Ebenso wie bei der Firma des Einzelkaufmannes ist erforderlich, daß die Firma der OHG zur Kennzeichnung geeignet ist, die notwendige Unterscheidungskraft besitzt und das Täuschungsverbot des § 18 Abs.2 HGB beachtet.

Die Firma der OHG muß die Bezeichnung „offene Handelsgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung enthalten (§ 19 Abs.1 Nr.2 HGB).

*Beispiele:*

Wenn drei Gesellschafter Müller, Wagner und Schulz vorhanden sind, so können sie wie folgt firmieren:  
"Müller, Wagner, Schulz OHG" oder "Müller OHG" oder "Wäscherei Müller OHG".

Wenn bei einer OHG keine natürliche Person haftet, wenn z.B. die Gesellschafter Aktiengesellschaften sind, muß die Firma der OHG eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet (§ 19 Abs.2 HGB).

### 3. Die Firma der Kommanditgesellschaft

Bei einer Kommanditgesellschaft muß in der Firma die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten sein (§ 19 Abs.1 Nr. 3 HGB).

*Beispiele:*

A und B sind Komplementäre (Vollhaftende), C ist Kommanditist (beschränkt haftend).  
Die Firma kann lauten: "A KG" oder "B Kommanditgesellschaft" oder "A & Co.KG".

Wenn bei einer KG keine natürliche Person haftet, wenn z.B. der einzige Komplementär eine GmbH ist, dann muß die Firma der KG eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet (§ 19 Abs.2 HGB).

### 4. Die Firma der Aktiengesellschaft (§ 4 AktG)

Bei der Firma der Aktiengesellschaft sind sowohl Personen- wie auch Sachbezeichnungen und Phantasiebezeichnungen zulässig (§ 4 AktG). Die Firma einer Aktiengesellschaft muß, auch wenn sie nach § 22 HGB oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten.

Beachtet werden muß lediglich das Erfordernis der Unterscheidungskraft (§ 18 Abs.1 HGB), das Täuschungsverbot des § 18 Abs.2 HGB, sowie eventuelle Sonderregelungen (z.B. §§ 39 ff. KWG).

### 5. Die Firma der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Bei der Firma der GmbH sind sowohl Personen- wie auch Sachbezeichnungen und Phantasiebezeichnungen zulässig (§ 4 GmbHG). Auf jeden Fall muß die Bezeichnung "mit beschränkter Haftung" in der Firma geführt werden.

Im übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze.

*Beispiele:*

"Fritz Müller GmbH", "Seifenfabrik Franz Klein GmbH".

### 6. Die Firma der eingetragenen Genossenschaft

Die Firma muß die Bezeichnung "eingetragene Genossenschaft" oder "eG" enthalten (§ 3 GenG).

Die Firma der eingetragenen Genossenschaft kann zwischen Personal, Sach- und Phantasienamen wählen (§ 3 GenG). Beachtet werden muß lediglich das Erfordernis der Unterscheidungskraft (§ 18 Abs.1 HGB), das Täuschungsverbot des § 18 Abs.2 HGB, sowie einige Sonderregelungen (z.B. §§ 39 ff. KWG).

### 7. Die Firma der Kommanditgesellschaft auf Aktien

Die Firma der KGaA ist nach § 279 AktG in der Regel dem Gegenstand des Unternehmens zu entnehmen. Außerdem muß sie den Zusatz "Kommanditgesellschaft auf Aktien" oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten. In der Praxis findet man häufig auch personelle Elemente.

*Beispiele:*

"A. Steigenberger Hotelgesellschaft KGaA", "Neckermann Versand KGaA", "Henninger-Bräu KGaA".

Wenn in der Gesellschaft keine natürliche Person persönlich haftet, muß die Firma eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet (§ 279 Abs.2 AktG).

### **8. Die Firma der GmbH & Co. KG**

Es handelt sich bei dieser Gesellschaft um eine Kommanditgesellschaft. Dabei hat sie die Besonderheit, daß als persönlich haftender Gesellschafter keine natürliche Person, sondern eine GmbH vorhanden ist.

Daher müssen die Firmengrundsätze für die KG und die GmbH beachtet werden:

Die Kommanditisten dürfen nicht in die Firma aufgenommen werden.

Die Komplementärin, also die GmbH, muß in die Firma aufgenommen werden und es muß ein das Gesellschaftsverhältnis andeutender Zusatz aufgenommen werden. Da bei dieser GmbH & Co. KG keine natürliche Person haftet, da der einzige Komplementär eine GmbH ist, muß die Firma der KG eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet (§ 19 Abs.2 HGB).

Da die Firma der GmbH Sachfirma oder Personenfirma oder Phantasiefirma sein kann, können auch in der Firma der GmbH & Co. KG diese Elemente vorhanden sein.

*Beispiel:*

"Karl Müller GmbH & Co. KG".

### **9. Die Firma der stillen Gesellschaft**

Die stille Gesellschaft kann keine eigene Firma führen, da sie eine reine Innengesellschaft ist. Es bleibt bei der Firma desjenigen, dem die Einlage gewährt wurde.

## **VIII. Der Schutz der Firma**

Das Recht an einer Firma ist unter zahlreichen rechtlichen Gesichtspunkten geschützt.

### **1. § 37 Abs. 1 HGB (Firmenschutz durch das Registergericht)**

Das Registergericht kann jemanden, der eine ihm nicht zustehende Firma gebraucht, durch Ordnungsstrafen zur Unterlassung anhalten.

Voraussetzung ist, daß jemand "eine nach den Vorschriften dieses Abschnittes ihm nicht zustehende Firma gebraucht". Hierzu gehören beispielsweise unzulässige Zusätze, Führung mehrerer Firmen für dasselbe Unternehmen, unzulässige Änderung erworbener Firmen (§ 22 HGB), firmenähnliche Bezeichnung von Nichtkaufleuten oder Kleingewerbetreibenden.

### **2. § 37 Abs. 2 HGB (Firmenschutz auf privater Grundlage)**

Wer in seinen Rechten dadurch verletzt ist, daß ein anderer an demselben Ort, bzw. in derselben Gemeinde eine Firma unbefugt gebraucht, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen.

### **3. § 823 BGB**

Ein über den Bereich des § 37 HGB hinausgehender Schutz bietet § 823 BGB. Das Recht an der Firma ist ein absolutes Recht entsprechend dem verwandten Namensrecht des § 12 BGB. Voraussetzung für den Anspruch ist ein Verschulden.

### **4. §§ 5, 15 MarkenG**

Ein weiterer Schutz besteht nach dem MarkenG. Hiernach darf niemand im Geschäftsverkehr eine Firma führen, deren sich ein anderer bedient, und zwar auch dann nicht, wenn dies nach dem HGB zulässigerweise geschieht. Der Schutz besteht auch dann, wenn die Unternehmen ihren Sitz nicht in demselben Ort haben, solange sie sich nur bundesweit im Wettbewerb begegnen.

## **§ 4 Inhaberwechsel bei kaufmännischen Unternehmen und verwandte Fälle**

Handelsgeschäfte können den Inhaber unter Lebenden oder von Todes wegen wechseln. Bei einer Veräußerung unter Lebenden geschieht das in der Regel durch einen Kaufvertrag, für den die Vorschriften des BGB (§ 433 ff. BGB) gelten (§ 445 BGB). Ein derartiger Kaufvertrag ist nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auch mündlich abzuschließen. Doch empfiehlt es sich wegen der zahlreichen zu regelnden Fragen und wegen der Bedeutung des Geschäfts, freiwillig wenigstens die Schriftform einzuhalten. Es müssen zahlreiche Fragen zwischen den Vertragspartnern geregelt werden (Übergang der Aktiva und Passiva, Fortführung der Firma, Haftung für die Ertragsfähigkeit). Das BGB gilt aber auch für die Erfüllung des Kaufvertrags. Bewegliche Sachen müssen nach §§ 929 ff. BGB übereignet werden, unbewegliche Sachen sind durch Auflassung (§ 925 BGB) und Eintragung in das Grundbuch (§ 873 BGB) zu übereignen, Forderungen sind nach § 398 ff. BGB abzutreten, Schulden sind nach § 414 ff. BGB zu übernehmen.

Von diesen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien sind scharf zu unterscheiden die Beziehungen zu Dritten. Hierfür stellt das HGB einige Schutzvorschriften auf. Dabei wird im einzelnen unterschieden, ob die Übernahme des Unternehmens unter Fortführung der Firma oder ohne diese erfolgt. Eng verwandt mit dem Wechsel des Inhabers sind die Fälle, in denen zu dem bisherigen Einzelkaufmann ein weiterer als Gesellschafter hinzutritt (§ 28 HGB) oder daß ein weiterer Gesellschafter in eine OHG eintritt (§ 130 HGB).

In allen diesen Fällen ist es für die Praxis von besonderer Bedeutung, wer für die Verbindlichkeiten des Unternehmens haftet und was mit den Forderungen des Unternehmens geschieht.

### **I. Inhaberwechsel unter Lebenden**

Beim Inhaberwechsel unter Lebenden müssen wir unterscheiden, was geschieht mit den Forderungen des Unternehmens und was geschieht mit den Verbindlichkeiten.

#### **1. Forderungen des Unternehmens**

Forderungen verbleiben bei dem früheren Geschäftsinhaber. Das ist die normale Regelung des BGB. Sollen die Forderungen auf den Erwerber des Unternehmens mit übergehen, dann gibt es dafür zwei rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten:

Erstens, die Forderungen werden abgetreten (§§ 398 ff. BGB). Solange der Schuldner davon nichts weiß, kann er mit befreiender Wirkung an den früheren Inhaber leisten (§ 407 BGB).

Zweitens trifft das HGB darüber hinaus eine zusätzliche Regelung. Die Forderungen gelten als auf den Erwerber übergegangen, wenn der Erwerber die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt und wenn der bisherige Inhaber in die Fortführung eingewilligt hat (§ 25 Abs.1 Satz 2 HGB).

Hier wird also der Übergang der Forderungen fingiert, auch wenn sie nicht abgetreten worden sind. Die Schuldner des Unternehmens werden also geschützt, sie sollen mit befreiender Wirkung "an das Geschäft", also den Erwerber zahlen können, ohne Gefahr zu laufen, an den früheren Inhaber nochmals zahlen zu müssen. Diese Regelung gilt aber nur für den Fall, daß der frühere Inhaber in die Fortführung der Firma eingewilligt hat.

Wenn der Erwerber diese Regelung ausschließen will, so muß er mit dem früheren Inhaber eine abweichende Vereinbarung treffen und dafür Sorge tragen, daß sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht wird - oder durch den früheren Inhaber dem Dritten mitteilen lassen - oder dem Dritten selbst Mitteilung machen (§ 25 Abs.2 HGB).

#### **2. Verpflichtungen des Unternehmens**

Verpflichtungen "des Unternehmens" gibt es grundsätzlich nur bei juristischen Personen, wie AG oder GmbH, so daß in allen anderen Fällen der Geschäftsinhaber auch der Verpflichtete ist. Bei Veräußerung des Geschäfts bleibt er dementsprechend grundsätzlich auch der Verpflichtete. Denn kein Gläubiger kann einen neuen Schuldner "untergeschoben" bekommen, ohne daß er nicht einem Schuldnerwechsel zugestimmt hätte.

Allerdings kann zwischen dem früheren Inhaber und dem Erwerber eine befreiende Schuldübernahme vereinbart werden, die wirksam wird, wenn der Gläubiger zustimmt (§ 415 BGB).

### 3. Haftung des Erwerbers neben dem früheren Inhaber

Nach allgemeiner Verkehrsauffassung haftet "die Firma" für die Schulden, bei Firmenübergang also der neue Inhaber. Die Verkehrsauffassung identifiziert sozusagen die Firma und das Unternehmen und legt ihnen eine gewisse Eigenständigkeit bei. Wie wir wissen, ist diese Ansicht falsch, denn eine Firma kann nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein - sie ist ja bloß ein Name. Ungeachtet dieser falschen Auffassung hat der Gesetzgeber jedoch dem Gedanken Rechnung getragen.

Wenn ein Erwerber eines Unternehmens das Unternehmen unter der bisherigen Firma fortführt, haftet er neben dem bisherigen Inhaber für die bestehenden Geschäftsverbindlichkeiten. Der Gläubiger der Verbindlichkeit hat also plötzlich zwei Schuldner mit zwei Vermögensmassen, die ihm haften.

§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB:

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

Die beiden Schuldner haften gesamtschuldnerisch, d.h. der Gläubiger kann sich aussuchen, an wen er sich halten will (§§ 421 ff. BGB).

Wenn **der Erwerber nicht haften will**, dann kann er das auf **zwei Wegen** erreichen:

1. Er führt die Firma nicht fort.

Wenn der Erwerber **die Firma nicht fortführt**, haftet er nur,

- a. wenn er die Schulden übernimmt (§§ 414, 415 BGB) oder
- b. wenn er eine Übernahme von Verpflichtungen in handelsüblicher Weise bekannt gemacht hat (§ 25 Abs. 3 HGB).

2. Oder **er führt die Firma fort** und trifft mit dem früheren Inhaber eine **abweichende Vereinbarung** und

- a. läßt diese in das **Handelsregister** eintragen und bekanntmachen, oder
- b. er teilt diese abweichende Vereinbarung dem Dritten selbst mit, etwa durch ein entsprechendes Rundschreiben (§ 25 Abs. 2 HGB).

Die Ansprüche gegen den früheren Inhaber verjähren in 5 Jahren (§ 26 HGB).

## II. Inhaberwechsel von Todes wegen

Auch der Erbe eines Handelsgeschäftes haftet für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, wenn er das Handelsgeschäft fortführt, nach den Vorschriften des § 25 HGB (siehe § 27 Abs. 1 HGB). Die Haftung tritt jedoch nicht ein, wenn er die Fortführung des Geschäfts binnen drei Monaten, nachdem er vom Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangte, einstellt.

## III. Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns

Wenn jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt - durch den Eintritt wird also eine Gesellschaft begründet (eine OHG oder eine KG) - dann haftet die entstandene Gesellschaft für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers gem. § 28 Abs. 1, S. 1 HGB.

Wie bei der Unternehmensveräußerung tritt hier eine weitere haftende Person hinzu - allerdings unabhängig davon, ob die Firma fortgeführt wird oder nicht.

Auch hier können Sonderabreden getroffen werden (§ 28 Abs. 2 HGB).

## IV. Eintritt in eine OHG oder KG

Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Änderung erleidet oder nicht (§ 130 Abs. 1 HGB). Im Unterschied zu den sonstigen Fällen ist es hier aber nicht möglich, abweichende Vereinbarungen mit Wirkung gegen Dritte zu treffen (§ 130 Abs. 2 HGB).

## § 5 Besondere Vollmachten im Handelsrecht

Im bürgerlichen Recht richtet sich der Umfang einer Vertretungsmacht nach dem Inhalt der mündlichen oder schriftlichen Vollmacht. Demgegenüber werden die wichtigsten Vollmachten für den kaufmännischen Geschäftsverkehr - Prokura und Handlungsvollmacht - vom Handelsrecht in ihrem Umfang in gewisser Weise festgelegt. Bei Verhandlungen mit einem Prokuristen braucht sich dessen Geschäftspartner um den Umfang der Berechtigung der Vertretung nicht weiter zu sorgen, er ist gesetzlich zwingend festgelegt. Das dient der Rechtssicherheit im kaufmännischen Verkehr.

### I. Prokura (§§ 48 bis 53 HGB)

#### 1. Begriff

Die Prokura ist eine spezielle handelsrechtliche Vollmacht mit gesetzlich fixiertem Inhalt. In der Wirtschaftspraxis bedeutet eine Erteilung der Prokura in der Regel eine Beförderung in der innerbetrieblichen Hierarchie. Handelsrechtlich hat das jedoch nichts mit einer "Beförderung" u.ä. zu tun.

#### 2. Vertretungsumfang

Der Prokurist ist zu **allen Geschäften** befugt, die der Betrieb **eines** Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 Abs.1 HGB).

Es kommt also nicht auf die Art des Handelsgewerbes an, in dem er tätig ist (im Gegensatz zu einem Handlungsbevollmächtigten). Er kann vielmehr mit wenigen Ausnahmen das tun, was ein Firmeninhaber selbst tun kann. Er kann also auch ungewöhnliche Geschäfte abschließen und auch solche, die dem betreffenden Handelsgewerbe fremd sind. Der Prokurist ist das **"zweite Ich"** des Kaufmanns.

*Beispiele:*

Der Prokurist kann Wechsel begeben, Darlehen aufnehmen, Personal einstellen und entlassen, Prozesse führen.

Die außerordentlich weitreichende typisierte Vertretungsmacht der Prokura erfordert ein besonderes Vertrauen des Geschäftsinhabers. Dennoch ist die Prokura keine "uferlose" Generalvollmacht. Als Begrenzung ergibt sich zunächst, daß eine Prokura nur zu solchen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Geschäfte, die ein Handelsgewerbe nicht mit sich bringt, kann er nicht tätigen. Er kann also beispielsweise keine Erklärungen erbrechtlicher oder familienrechtlicher Art rechtsverbindlich für den Geschäftsinhaber abgeben.

Weiterhin kann der Prokurist **nicht**:

- Grundstücke belasten oder veräußern (§ 49 Abs. 2 HGB). Natürlich kann dem Prokuristen die Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken gesondert erteilt werden - sie ist lediglich nicht vom normalen, gesetzlichen Umfang einer Prokura erfaßt. Erwerben kann der Prokurist ein Grundstück.
- selbst eine Prokura erteilen oder widerrufen (§ 48 Abs. 1 HGB);
- den Jahresabschluß unterzeichnen (§ 245 HGB);
- das Geschäft als Ganzes veräußern oder dessen Betrieb einstellen;
- die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen;
- die Firma anmelden (das macht der Inhaber des Handelsgeschäfts persönlich, § 29 HGB);
- die Firma ändern oder löschen (das bringt der *Betrieb* eines Handelsgewerbes *nicht* mit sich).

Die so abgegrenzte Vertretungsmacht der Prokura kann Dritten gegenüber nicht eingeschränkt werden (§ 50 Abs. 1 und 2 HGB).

Zwei Ausnahmen gibt es von dieser Regelung, daß Prokuren mit Wirkung nach außen nicht einschränkbar sind:

- **Gesamtprokura:**

die Prokura kann in der Art erteilt werden, daß der Prokurist nicht allein, sondern nur gemeinsam mit einem anderen Prokuristen vertretungsbefugt ist (§ 48 Abs. 2 HGB).

- **Filialprokura:**

wenn ein Kaufmann oder eine Gesellschaft mehrere Niederlassungen unterhält, die sich in ihrer Firmenbezeichnung voneinander unterscheiden (z.B. durch den Zusatz Filiale), dann kann die Prokura auf einzelne oder mehrere dieser Niederlassungen beschränkt werden (§ 50 Abs. 3 HGB).

### 3. Die Erteilung der Prokura

Die Prokura kann nur von dem Inhaber des Geschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden (§ 48 HGB). Die Erteilung muß ausdrücklich erklärt werden, eine stillschweigende Erklärung durch Duldung usw. gibt es nicht. Die Erteilung ist vom Inhaber zur Eintragung anzumelden (§ 53 Abs. 1, S. 1 HGB). Die Eintragung hat lediglich deklaratorischen Charakter.

### 4. Die Zeichnung des Prokuristen

Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatz ("ppa.") beifügt (§ 51 HGB).

*Beispiel:*

"Aral Aktiengesellschaft ppa. Franz Kühn".

Es handelt sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift. Rechtsgeschäfte des Prokuristen sind daher z.B. ebenso wirksam, wenn der Prokurist nur mit der Firma oder nur mit seinem Namen zeichnet.

### 5. Das Erlöschen der Prokura

Die Prokura ist jederzeit widerruflich, ungeachtet des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und etwaiger Ansprüche auf vertragsmäßige Vergütung. Das Erlöschen der Prokura ist gem. § 53 Abs. 3 HGB in gleicher Weise wie die Erteilung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Erlöschen ist eine "einzutragende Tatsache". Siehe dazu die Folgen der Publizität des Handelsregisters.

## II. Handlungsvollmacht

### 1. Begriff

Handlungsvollmacht ist jede Vollmacht, soweit sie nicht eine Prokura ist, die der Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes erteilt. Ebenso wie die Prokura ist die Handlungsvollmacht eine besondere Art der Vollmacht. Sie unterscheidet sich von der Prokura insbesondere durch ihren Umfang und in der Frage der Erteilung.

### 2. Erteilung

Für die Erteilung normiert das Handelsrecht keine besonderen Vorschriften. Sie richtet sich demgemäß nach dem BGB. Die Erteilung hat in der Regel durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll (§ 167 Abs. 1 BGB) zu geschehen.

### 3. Umfang

Der Umfang der Handlungsvollmacht ergibt sich aus der Erteilung. Wenn keine ausdrückliche Regelung getroffen wird, erstreckt sich die Handlungsvollmacht.

"auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt." (§ 54 Abs. 1 HGB)

Im Unterschied zur Prokura beschränkt sich also die Ermächtigung auf Rechtsgeschäfte, die ein Betrieb der betreffenden Art gewöhnlich mit sich bringt. Es kommt also bei dem Handlungsbevollmächtigten im Unterschied zum Prokuristen auf die Art des Betriebs des Vollmachtgebers an. Darüber hinaus stellt § 54 Abs. 2 HGB klar, daß er insbesondere nicht zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung ermächtigt ist. Der Vollmachtgeber kann die Handlungsvollmacht über diesen gesetzlichen Rahmen hinaus ausdehnen oder einengen.

Allerdings:

Ein Dritter braucht Beschränkungen, die den gesetzlichen Umfang weiter einengen, nur gegen sich gelten lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte (d.h. infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte) (§ 54 Abs. 3 HGB).

### 4. Zeichnung

Der Handlungsbevollmächtigte muß sich bei der Unterzeichnung jedes Zusatzes enthalten, der auf eine Prokura hindeuten könnte. Er hat nach § 57 HGB mit einem das Vollmachtsverhältnis ausdrückenden

Zusatz zu zeichnen, wie beispielsweise: "i.V." oder "per" oder "für".

### 5. Erlöschen

Ebenso wie für die Erteilung gelten für das Erlöschen der Handlungsvollmacht die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuches. Nach § 168 BGB erlischt demgemäß die Handlungsvollmacht insbesondere durch Beendigung des der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, also z.B. durch Kündigung des Dienstvertrages (§ 168 BGB). Darüber hinaus kann die Handlungsvollmacht jedoch auch ohne Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses widerrufen werden.

### 6. Arten der Handlungsvollmacht

Bei der Handlungsvollmacht können

- die Generalhandlungsvollmacht,
  - die Arthandlungsvollmacht und
  - die Spezialhandlungsvollmacht
- unterschieden werden.

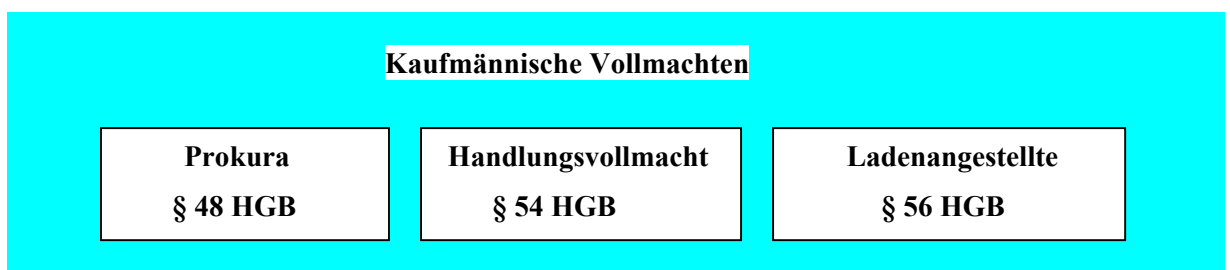
Die General**handlung**vollmacht (nicht zu verwechseln mit der Generalvollmacht) erstreckt sich auf den gesamten Bereich des betreffenden Handelsgewerbes, die Arthandlungsvollmacht ist auf bestimmte Geschäftsarten und die Spezialhandlungsvollmacht auf die Vornahme einzelner, konkreter Geschäfte beschränkt.

### 7. Sonderfälle

**Ladenangestellte** gelten gem. § 56 HGB als zu Verkäufen und Empfangnahmen ermächtigt, die in einem derartigen Laden gewöhnlich geschehen. Und das ist unabhängig davon, ob der Inhaber sie tatsächlich bevollmächtigt hat oder nicht. Vor allem kann der Kunde den Kaufpreis mit befreiender Wirkung bezahlen. Will der Inhaber derartige Handlungen seines Ladenangestellten nicht gegen sich gelten lassen, dann muß er dem Dritten Kenntnis oder Kennenmüssen nachweisen (§ 54 Abs. 3 HGB). Er kann im Geschäft beispielsweise einen deutlichen Hinweis anbringen: **Zahlungen nur an der Kasse.**

Nach § 55 HGB finden die Vorschriften über die Handlungsvollmacht auch Anwendung auf Handlungsbevollmächtigte, die Handelsvertreter sind oder die als **Handlungsgehilfen** damit betraut sind, außerhalb des Betriebs des Geschäftsinhabers Geschäfte in dessen Namen abzuschließen. Die ihnen erteilte Vollmacht zum Abschluß von Geschäften bevollmächtigt sie nicht, abgeschlossene Verträge zu ändern, insbesondere Zahlungsfristen zu gewähren. Zur Annahme von Zahlungen sind sie nur berechtigt, wenn sie dazu bevollmächtigt sind. Sie gelten als ermächtigt, die Anzeige von Mängeln einer Ware sowie ähnliche Erklärungen entgegenzunehmen, durch die ein Dritter seine Rechte aus mangelhafter Leistung geltend macht.

### 8. Übersicht über kaufmännische Vollmachten



## § 6 Handelsgeschäfte

- I. Begriff und Arten
- II. Besondere Grundsätze für Handelsgeschäfte
- III.

Mit der Kaufmannseigenschaft sind auch besondere allgemeine und gesetzliche Regelungen für Handelsgeschäfte verbunden.

Spezielle handelsrechtliche Vorschriften finden sich in den §§ 343 – 457 HGB.

### I. Begriff und Arten

- 1. Begriff des Handelsgeschäftes
- 2. Arten
  - a. Einseitige Handelsgeschäfte
  - b. Beiderseitige Handelsgeschäfte
- 3. Vermutung für das Handelsgeschäft

#### 1. Begriff des Handelsgeschäfts (§ 343 HGB)

Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören (§ 343 HGB).

Mit dem Begriff „Handelsgeschäft“ ist **nicht** das Unternehmen gemeint, sondern nur das einzelne Rechtsgeschäft.

#### 2. Arten

##### a. Einseitige Handelsgeschäfte (§ 345 HGB)

Ein einseitige Handelsgeschäft liegt vor, wenn nur ein Vertragspartner Kaufmann ist und dieses Geschäft zu seinem Handelsgewerbe gehört.

Grundsätzlich kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte auch bei einseitigen Rechtsgeschäften **für beide Teile** zur Anwendung, soweit sich nicht aus diesen Vorschriften etwas anderes ergibt (§ 345 HGB).

##### b. Beiderseitige Handelsgeschäfte

Ein beiderseitiges Handelsgeschäft setzt voraus, daß beide Parteien Kaufleute sind und daß das Geschäft zu ihrem jeweiligen Handelsgewerbe gehört.

#### 3. Vermutung für das Handelsgeschäft (§ 344 HGB)

Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

### II. Besondere Grundsätze für Handelsgeschäfte

- 1. Der Handelsbrauch (§ 346 HGB)
- 2. Sorgfaltspflicht (§ 347 HGB)
- 3. Das Schweigen im Handelsverkehr
  - a. Allgemeines
  - b. Zustandekommen des Handelsgeschäfts durch Schweigen (§ 362 HGB)
  - c. Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben
- 4. Formvorschriften (§ 350 HGB)
- 5. Vertragsstrafen (§ 348 HGB)
- 6. Erweiterter gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen (§ 366 HGB)
- 7. Der Handelskauf (§§ 377 ff. HGB)
  - a. Allgemeines
  - b. Annahmeverzug
  - c. Fixhandelskauf
  - d. Untersuchungs- und Rügepflicht

#### 1. Der Handelsbrauch (§ 346 HGB)

Unter Kaufleuten ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen (§ 346 HGB).



## 2. Sorgfaltspflicht (§ 347 HGB)

Ein Kaufmann hat für die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ einzustehen.

Der Sorgfaltsmaßstab eines Kaufmanns geht in der Regel über die Sorgfaltspflicht eines Privatmanns hinaus.

## 3. Das Schweigen im Handelsverkehr

### a. Allgemeines

Auch im kaufmännischen Rechtsverkehr gilt Schweigen grundsätzlich nicht als Zustimmung.

Davon gibt es zwei wichtige Ausnahmen:

### b. Zustandekommen des Handelsgeschäfts durch Schweigen (§ 362 HGB)

Geht einem Kaufmann, dessen **Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere** mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten.

**Das Schweigen gilt als Annahme des Antrags.**

Das gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.

Auch wenn der Kaufmann den Antrag ablehnt, hat er die mitgesendeten Waren auf Kosten des Antragstellers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne Nachteil für ihn geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren.

**Voraussetzungen** des § 362 HGB :

- ein Kaufmann
- der einen Gewerbebetrieb unterhält
- der die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt
- dem ein Antrag auf Besorgung solcher Geschäfte von jemandem zugeht
- mit dem er in Geschäftsverbindung steht.

### c. Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Im rechtlichen Sprachgebrauch müssen wir bei Bestätigungsschreiben unterscheiden zwischen

- einem **“kaufmännischen Bestätigungsschreiben”** und
- einer **“Auftragsbestätigung”**.

**Begriff des kaufmännischen Bestätigungsschreibens** (im rechtlichen Sinn)

Ein **kaufmännisches Bestätigungsschreiben** fixiert den Inhalt eines bereits abgeschlossenen Vertrages. Oder zumindest wird in dem Bestätigungsschreiben der **Vertragsabschluß behauptet**.

Der Vertragsschluß kann mündlich, fernmündlich, telegraphisch oder fernschriftlich stattgefunden haben.

**Voraussetzungen für ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben:**

1. Die Parteien müssen Vollkaufleute sein oder wenigstens wie solche am Wirtschaftsleben teilnehmen;
2. Die Parteien müssen Vertragsverhandlungen geführt haben;
3. Das Bestätigungsschreiben muß folgenden Inhalt aufweisen:
  - Es muß ein Vertragsschluß bestätigt werden. Der Bestätigende muß nach dem Inhalt des Schreibens davon ausgehen, daß der Vertrag bereits abgeschlossen ist oder
  - zumindest den Abschluß in dem Bestätigungsschreiben behaupten.
  - Das Schreiben muß den wesentlichen Inhalt des Vereinbarten wiedergeben.

Das Bestätigungsschreiben muß dem anderen Vertragspartner alsbald im engen zeitlichen Zusammenhang mit den Verhandlungen zugegangen sein.

**Begriff der Auftragsbestätigung** (im rechtlichen Sinn)

Eine **Auftragsbestätigung** ist die **"Annahme"** auf einen Antrag zum Abschluß eines Vertrages (gem. § 145 BGB).

Die Rechtsfolgen sind unterschiedlich:

**Kaufmännisches Bestätigungsschreiben:**

**Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben gilt unter Kaufleuten als Zustimmung zum Inhalt, unabhängig davon, ob in mündlichen Verhandlungen zuvor etwas Abweichendes vereinbart worden war.**

Ohne gesetzliche Regelung ist es heute als **Gewohnheitsrecht** anerkannt, daß ein Kaufmann, der nach vorangegangenen Vertragsverhandlungen ein Bestätigungsschreiben widerspruchslos entgegennimmt, damit grundsätzlich dem Inhalt des Schreibens zustimmt.

Es gilt der Inhalt des Bestätigungsschreibens.

**Die Gründe sind:**

Die Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs erfordert Klarheit. Im Geschäftsverkehr ist Schriftlichkeit üblich und notwendig. Die Partner sind als Kaufleute geschäftlich bewandert - man kann von ihnen erwarten, daß sie unverzüglich widersprechen, falls Mißverständnisse bestehen.

**Auftragsbestätigung:**

Bei einer **Auftragsbestätigung** gilt das **Schweigen nicht als Zustimmung** – auch unter Kaufleuten **nicht** (§ 150 Abs.2 BGB).

Hier bleibt es bei der normalen Rechtslage hinsichtlich des Schweigens.

Das Schweigen auf eine **Auftragsbestätigung**, die von dem vorangegangenen Angebot abweicht, ist keine Zustimmung. Die von dem Antrag abweichende Annahme gilt nach § 150 Abs.2 BGB als Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag.

Das Schweigen auf diesen neuen Antrag ist keine Annahme.

**4. Formvorschriften** (§ 350 HGB)

Formvorschriften mit Warnfunktion sind für Kaufleute entbehrlich.

Auf eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkennnis finden, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntnis auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschriften des § 766 Satz 1 und 2, des § 780 und des § 781 Satz 1 und 2 BGB **keine Anwendung**.

**5. Vertragsstrafen** (§ 348 HGB, § 343 BGB)

Bei Nichtkaufleuten kann eine Vertragsstrafe durch ein Gericht auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden (§ 343 BGB).

Dieser Schutz ist für Kaufleute nicht erforderlich.

Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht gem. § 343 BGB herabgesetzt werden (§ 348 HGB).

**6. Erweiterter gutgläubiger Erwerb von beweglichen Sachen** (§ 366 HGB)

Nach den Vorschriften des BGB ist ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer möglich (§§ 932 ff. BGB). Erforderlich ist der gute Glaube an die **Eigentümerstellung** des Veräußerers.

§ 366 HGB erweitert diesen Schutz auf den guten Glauben an die **Verfügungsbefugnis** des Veräußerers.

Es genügt, wenn der Erwerber den Verfügenden zwar nicht als Eigentümer, jedoch als verfügungsbe-rechtigt halten durfte.

### III. Der Handelskauf (§§ 373 ff. HGB)

#### 1. Allgemeines

Der Handelskauf ist das wichtigste Handelsgeschäft. Die Vorschriften dienen der schnellen und einfachen Abwicklung der Geschäfte.

#### 2. Untersuchungs- und Rügepflicht (§ 377 HGB)

Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

Unterläßt der Käufer die Anzeige, **so gilt die Ware als genehmigt**, es sei denn, daß es sich um einen **Mangel** handelt, der **bei der Untersuchung nicht erkennbar** war.

Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt (§ 377 HGB).

Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen (§ 377 HGB).

#### 3. Annahmeverzug (§§ 373, 374 HGB)

Besondere Rechte stehen dem Verkäufer im Falle des Annahmeverzugs des Käufers zu.

Ist der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzuge, so kann der Verkäufer die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen.

Er ist ferner befugt, nach vorgängiger Androhung die Ware öffentlich versteigern zu lassen; er kann, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken. Ist die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so bedarf es der vorgängigen Androhung nicht; dasselbe gilt, wenn die Androhung aus anderen Gründen untunlich ist.

Der Selbsthilfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers.

#### 4. Der Fixhandelskauf (§ 376 HGB)

Der Fixhandelskauf ist ein Handelskauf, bei dem „die Leistung des einen Teiles **genau zu einer festbestimmten Zeit** oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll“. Die Leistungszeit ist wesentlicher Inhalt der Leistungspflicht.

*Beispiele:*

„Lieferung fix am..“; „genau am ..“

Wird die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erbracht, von dem Vertrage zurücktreten oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen **Nichterfüllung** verlangen.

Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe.

Die Regelung in § 376 HGB **ersetzt** die Regelung in § 323 Abs.1 u.2 BGB.

## § 7 Der Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB)

### I. Begriff

**Handelsvertreter ist** gem. § 84 HGB

"wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen".

Kennzeichnend für den Handelsvertreter ist also:

- er vermittelt oder schließt Geschäfte im Namen des Unternehmers ab;
- er ist ständig für den Unternehmer tätig;
- er ist selbständiger Gewerbetreibender.

1. Unter *Vermitteln* versteht man das unmittelbare oder mittelbare Einwirken auf einen Dritten, damit sich dieser zum Geschäftsabschluß entschließt (sog. Vermittlungsvertreter).

Unter dem *Abschließen im Namen* des Unternehmers versteht man die unmittelbare Stellvertretung des Unternehmers gem. § 164 ff. BGB. Vertragspartner des Dritten ist nicht der Handelsvertreter sondern der vertretene Unternehmer.

*Beispiel:*

Beim Kauf von Benzin an einer ARAL-Tankstelle ist die ARAL AG der Vertragspartner des Autofahrers und nicht etwa der Tankstelleninhaber. Er ist Handelsvertreter der ARAL AG und gibt die Willenserklärungen im Namen der ARAL AG ab.

2. Der Handelsvertreter muß *ständig* vom Unternehmer von einem oder mehreren Unternehmern beauftragt sein, dadurch unterscheidet er sich vom Handelsmakler.

3. Der Handelsvertreter ist ein *selbständiger Gewerbetreibender*. Dadurch unterscheidet er sich vom Angestellten. Erforderlich ist, daß er im wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten kann.

### II. Pflichten des Handelsvertreters

Der Handelsvertreter hat sich mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns um die Vermittlung oder den Abschluß von Geschäften zu bemühen und hat dabei die Interessen des Unternehmers wahrzunehmen (§ 86 Abs. 1 HGB).

Aus dem Dauerrechtsverhältnis und dem aus dem Vertragstyp resultierenden Vertrauensverhältnis ergibt sich eine besondere Treuepflicht des Handelsvertreters gegenüber dem Unternehmer. Er ist zur Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verpflichtet (§ 90 HGB). Er hat die ihm vom Unternehmer anvertrauten Gegenstände ordnungsgemäß zu verwahren.

*Beispiel:*

Der Handelsvertreter beläßt eine teure Warenkollektion im unverschlossenen PKW. Diese wird gestohlen. Der Handelsvertreter ist dem Unternehmer schadensersatzpflichtig.

Der Handelsvertreter unterliegt jedoch kraft Gesetzes nicht einem Wettbewerbsverbot, wie das bei den Angestellten des Unternehmers der Fall ist. Er muß lediglich auf die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen Rücksicht nehmen und darf seinen Unternehmer nicht durch die Tätigkeit für andere, konkurrierende Unternehmer schädigen (§ 86 HGB).

Ein Wettbewerbsverbot kann jedoch vereinbart werden und zwar auch für die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses.

§ 90 a HGB:

1. Eine Vereinbarung, die den Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsabrede), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Unternehmer unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Handelsvertreter. Die Abrede kann nur für längstens zwei Jahre von der Beendigung des Vertragsverhältnisses an getroffen werden. Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Handelsvertreter für die Dauer der Wettbewerbsbeschränkung eine ange-

messene Entschädigung zu zahlen.

2. Der Unternehmer kann bis zum Ende des Vertragsverhältnisses schriftlich auf die Wettbewerbsbeschränkung mit der Wirkung verzichten, daß er mit dem Ablauf von sechs Monaten seit der Erklärung von der Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung frei wird. Kündigt der Unternehmer das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters, so hat dieser keinen Anspruch auf Entschädigung.

3. Kündigt der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Unternehmers, so kann er sich durch schriftliche Erklärung binnen einem Monat nach der Kündigung von der Wettbewerbsabrede lossagen.

4. Abweichende für den Handelsvertreter nachteilige Vereinbarungen können nicht getroffen werden.

### III. Rechte des Handelsvertreters

#### 1. Der Anspruch auf Provision (§ 87 HGB).

Der Handelsvertreter hat als Gegenleistung für seine Tätigkeit Anspruch auf Provision (§ 87 HGB).

Man unterscheidet, Abschluß-, Inkasso-, und Delkredereprovision. Die Höhe der Provision wird nach Prozentsätzen vom Wert der abgeschlossenen Geschäfte berechnet.

Die Abschlußprovision entsteht für die Vermittlung oder den Abschluß eines Geschäftes (§ 87 Abs. 1 HGB). Voraussetzungen für den Anspruch sind:

Das Geschäft muß während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden sein. Wenn der Unternehmer den Vertrag nicht abschließt entsteht kein Provisionsanspruch.

Das Geschäft muß auf die Tätigkeit des Handelsvertreters zurückzuführen sein oder es muß mit einem Dritten abgeschlossen worden sein, den er als Kunden für Geschäfte gleicher Art geworben hat (§ 87 Abs. 1 HGB). Voraussetzung für die Provision ist also die Ursächlichkeit der Tätigkeit des Vertreters für den Geschäftsabschluß.

##### *Beispiele:*

Es genügt, daß der Handelsvertreter Hemmungsvorstellungen des Dritten beseitigt. Wenn der Handelsvertreter den Geschäftsabschluß zunächst erfolglos versucht, der Dritte später beim Unternehmer jedoch direkt bestellt, entsteht die Provision. Aufgrund einer Zeitungsanzeige verhandelt ein Dritter mit dem Handelsvertreter über ein Kaufprojekt. Der Dritte lehnt gegenüber dem Unternehmer den Kauf ab. Dem Unternehmer gelingt es jedoch den Dritten umzustimmen und das Geschäft zustande zu bringen. Der Handelsvertreter erhält Provision. Eine Nachbestellung ist provisionspflichtig, wenn sie auf einer Fortwirkung der Vermittlertätigkeit beruht.

Der Bezirksvertreter hat auch dann einen Provisionsanspruch, wenn das Geschäft mit einer Person seines Bezirks oder Kundenkreises ohne seine Mitwirkung zustande kommt (§ 87 Abs. 2 HGB).

Der Provisionsanspruch steht unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Unternehmer das Geschäft ausführt (§ 87 a Abs. 1 HGB).

##### *Beispiel:*

Kein Provisionsanspruch besteht, wenn der der Unternehmer den Auftrag auf Bitten des Kunden wieder streicht, aus der Sorge, den Kunden für künftige Geschäfte zu verlieren.

Die *Inkassoprovision* kann der Handelsvertreter neben der Provision für die von ihm ordnungsgemäß eingezogenen Beträge verlangen (§ 87 Abs. 4 HGB).

Die *Delkredereprovision* kann der Handelsvertreter als eine besondere Vergütung verlangen, wenn er sich verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit aus einem Geschäft einzustehen (§ 86 b HGB).

#### 2. Der Unternehmer

Der Unternehmer hat dem Handelsvertreter die zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen und Informationen und Nachrichten zukommen zu lassen - wie Muster, Zeichnungen, Preislisten, Werbedruck-sachen, Geschäftsbedingungen - (§ 86 a HGB).

### IV. Beendigung des Vertragsverhältnisses

#### 1. Ordentliche Kündigung

Die ordentliche Kündigung ist möglich, wenn das Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen worden ist. Dieser Vertrag kann in den ersten drei Jahren mit einer Frist von sechs Wochen gekündigt werden (§ 89 Abs. 1 HGB). Eine abweichende Vereinbarung ist möglich, sie muß jedoch mindestens einen Monat zum Schluß eines Kalendermonats betragen (§ 89 Abs. 1 S. 2 HGB) und muß für beide Vertragspartner gleich sein (§ 89 Abs. 3 S. 1 HGB).

Nach drei Vertragsjahren kann nur mit einer Frist von mindestens drei Monaten zum Schluß eines Kalendervierteljahres gekündigt werden (§ 89 Abs. 2 HGB).

**2. Außerordentliche Kündigung** (§ 89 a HGB)

Eine Kündigung ohne die Einhaltung irgendeiner Kündigungsfrist (außerordentliche Kündigung) ist *aus wichtigem Grund möglich* (§ 89 a HGB). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn eine Fortsetzung des Vertragsverhältnis mit vertragsgemäßer Kündigung nicht zumutbar erscheint.

*Beispiel:*

Abwerben von Stammkunden des Handelsvertretes durch den Unternehmer, um diese zum Direktbezug zu verleiten.

**V. Ausgleichsanspruch** (§ 89 b HGB)

Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses steht dem Handelsvertreter ein unabdingbarer Ausgleichsanspruch in Höhe bis zu einer Jahresprovision zu (§ 89 b HGB).

**Voraussetzung für diesen Ausgleichsanspruch** ist, daß

1. der **Unternehmer** aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat,
2. der **Handelsvertreter** infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Fortsetzung desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte, und
3. die **Zahlung** eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht.

Der Anspruch besteht nicht, wenn der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis gekündigt hat, ohne daß ein Verhalten des Unternehmers hierzu begründeten Anlaß gegeben hat.

Das gleiche gilt, wenn der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag (§ 89 b Abs. 3 HGB).

## § 8 Der Handelsmakler (§ 93 HGB)

### I. Begriff

**Handelsmakler** ist gem. § 93 HGB:

"wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von Ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt."

Kennzeichnend für den Handelsmakler ist also:

- er *vermittelt Verträge*;
- über *Gegenstände des Handelsverkehrs*;
- er handelt *gewerbsmäßig*;
- *ohne ständig betraut* worden zu sein.

**a. Vermittlung bedeutet Vorbereitung zum Vertragsabschluß.**

Der Makler verdient seine Provision durch den **Nachweis von Gelegenheiten**.

**b. Die vermittelten Verträge müssen Gegenstände des Handelsverkehrs betreffen.**

In § 93 HGB sind Beispiele genannt: Anschaffung oder Veräußerung von Waren (Warenmakler), Wertpapiere (Effektenmakler, Börsenmakler), Versicherungen (Versicherungsmakler). Darüber hinaus fallen auch andere Sachen und Rechte unter § 93 HGB, die als Gegenstände des Handelsverkehrs anzusehen sind.

**Nicht unter** § 93 HGB fallen :

Verträge über unbewegliche Sachen und Vermittlung von Künstlern, Ehepartnern. Immobilienmakler, Ehemakler sind **keine Handelsmakler**. Für sie gelten die Vorschriften der §§ 652 ff. BGB.

**c. Der Handelsmakler muß gewerbsmäßig arbeiten. Dazu ist eine fortgesetzte, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit erforderlich.**

**d. Der Makler darf nicht ständig von den anderen Personen betraut worden sein.**

Der Handelsmakler wird aufgrund von Einzelaufträgen tätig, dadurch unterscheidet er sich u.a. auch vom Handelsvertreter, der ständig für einen anderen tätig ist.

Der Handelsvertreter hat die Interessen des Geschäftsherrn wahrzunehmen, während der Handelsmakler lediglich vermitteln soll.

### II. Pflichten des Handelsmaklers

Der Handelsmakler ist zum Tätigwerden **nicht verpflichtet**.

Soweit er tätig wird, muß er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns arbeiten (§ 347 HGB). Er hat nicht nur die Interessen seines Auftraggebers, sondern auch die des anderen Vertragspartners wahrzunehmen. Er darf keine der beiden Parteien über ihm bekannte und für deren Entschluß maßgebliche Umstände im unklaren lassen.<sup>3</sup> Verletzt er schuldhaft seine Sorgfaltspflichten, haftet er den Parteien für den dadurch entstandenen Schaden (§ 98 HGB).

*Beispiel:*

A beauftragt den Handelsmakler H, ihm eine bestimmte Ware zu vermitteln. H vermittelt dem A mangelhafte Ware, wobei er die Mangelhaftigkeit dem A verschweigt. H ist dem A nach § 98 HGB schadensersatzpflichtig. Daneben hat A selbstverständlich auch Ansprüche gegen den Verkäufer.

Nach Abschluß eines vermittelten Geschäfts hat der Handelsmakler jeder Partei eine von ihm unterzeichnete *Schlußnote* zu übersenden (§ 94 HGB). Die Schlußnote muß die Vertragsparteien, den Vertragsgegenstand und die Bedingungen des Geschäfts enthalten. Die Schlußnote ist eine Beweisurkunde und ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Schweigt ein Empfänger, der Kaufmann ist, auf ein

<sup>3</sup> BGHZ 48,348

derartiges Bestätigungsschreiben, dann gilt dessen Inhalt als Vertragsinhalt.

Weiterhin ist der Handelsmakler verpflichtet, ein **Tagebuch** zu führen und in dieses alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen und täglich zu unterzeichnen (§ 100 HGB).

Die Parteien können jederzeit Auszüge aus dem Tagebuch verlangen (§ 101 HGB).

Zu widerhandlungen können mit Geldbußen bis 5000 Euro geahndet werden (§ 103 HGB).

### III. Rechte des Handelsmaklers

Der Handelsmakler hat Anspruch auf Maklerlohn (§ 99 HGB).

Voraussetzung für den Anspruch ist:

- der vermittelte Vertrag ist wirksam zustande gekommen - das Geschäft **braucht jedoch nicht ausgeführt** worden zu sein (im Unterschied zum Handelsvertretervertrag und im Unterschied zum Kommissionsvertrag (§ 396 HGB));
- die Tätigkeit des Handelsmaklers muß für den Vertragsabschluß zumindest mitursächlich gewesen sein;

Schuldner des Makleranspruchs ist der Vertragspartner des Maklers. Wenn beide Parteien den Makler beauftragt haben, so haben beide Parteien den Anspruch im Zweifel je zur Hälfte zu zahlen (§ 99 HGB).



## § 9 Der Kommissionär (§ 383 HGB)

### I. Begriff

**Kommissionär** ist nach § 383 HGB:

"wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen."

Das Geschäft, das der Kommissionär mit einem Dritten abschließt, heißt **Ausführungsgeschäft**.

Der Kommissionär nimmt das Ausführungsgeschäft **im eigenen Namen** jedoch **für Rechnung des Kommittenten** vor. Er tritt selbst als Vertragspartner des Dritten auf und ist keinesfalls Stellvertreter. Ihn selbst treffen zunächst im Verhältnis zum Dritten die Folgen des Geschäfts. Beim Kauf oder Verkauf von Waren ist er der Käufer bzw. Verkäufer. Insofern unterscheidet er sich beispielsweise nicht von einem Händler.

Jedoch gibt er die wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts an den Kommittenten weiter, er arbeitet **im fremden Interesse** also **für fremde Rechnung**. Das unterscheidet ihn von einem Händler, der die wirtschaftlichen Folgen nicht weitergeben kann und darf.

Der Händler arbeitet auf eigene Rechnung, er trägt das wirtschaftliche Risiko selbst.

Der Kommissionär übernimmt den Kauf oder den Verkauf von Waren oder Wertpapieren (Einkaufs- oder Verkaufskommission) *gewerbsmäßig*.

### II. Rechte des Kommissionärs

1. Wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist, kann der Kommissionär eine Provision fordern (§§ 396, 354 HGB). Der Provisionsanspruch steht unter der aufschiebenden Bedingung, daß das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Unter „Ausführung“ ist die Leistung des Dritten zu verstehen.

2. Weiterhin kann der Kommissionär den Ersatz aller Aufwendungen gem. §§ 675, 670 BGB verlangen, die er zur Ausführung des Geschäfts gemacht hat und die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Zu diesen Aufwendungen gehört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs (§ 396 Abs. 2 HGB).

### III. Pflichten des Kommissionärs

1. Der Kommissionsvertrag zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär ist eine besondere Form des Geschäftsbesorgungsvertrages gem. § 675 BGB. Soweit daher in den §§ 383 ff. HGB keine Regelung erfolgt ist, gilt die Rechtslage des BGB : §§ 675, 662 ff..

2. Der Kommissionär ist verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen (§ 384 HGB).

3. Er hat das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen (§ 384 HGB). Er muß sich um den Geschäftsabschluß bemühen, er muß abschließen, wenn das möglich ist und er muß einen möglichst vorteilhaften Vertragsabschluß zu erreichen versuchen.

4. Er hat die Weisungen des Kommittenten zu befolgen (§ 384 HGB). Handelt der Kommissionär nicht gemäß den Weisungen des Kommittenten, so ist er diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet; der Kommittent braucht das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen (§ 385 HGB).

## § 10 Industrie- und Handelskammern

### I. Organisation

Die Industrie- und Handelskammern sind Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Ihre Rechtsgrundlage ist das Gesetz zur vorläufigen Regelung der IHK von 1956. Sie verdanken ihre Entstehung u.a. der genossenschaftlichen Idee der Selbstverwaltung der Wirtschaft. Die Mitglieder der Industrie- und Handelskammern sind durch § 2 festgelegt. Danach werden erfaßt: die zur Gewerbesteuer veranlagten natürlichen Personen, Handelsgesellschaften und andere nicht rechtsfähige Personennmehrheiten und juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts, welche im Bezirk der Kammer eine gewerbliche Niederlassung, Betriebsstätte oder Verkaufsstelle haben. Großhandwerker, die in der Handwerksrolle eingetragen sind, können freiwillig der IHK angehören. Auch Gemeinden, die eigene Betriebe unterhalten, können der IHK beitreten. Die Kammerzugehörigen haben die Kosten der IHK durch Beiträge zu finanzieren.

Über die Angelegenheiten der IHK beschließt die Vollversammlung, deren Mitglieder von den Kammerzugehörigen gewählt werden. Die Vollversammlung wählt den Präsidenten, die weiteren Mitglieder des Präsidiums und den Hauptgeschäftsführer. Die Kammern unterstehen der staatlichen Rechtsaufsicht ihres Landes. D.h., sie haben das Recht der Selbstverwaltung in eigener Verantwortung und Entschlußfreiheit. Die Rechtsaufsichtsbehörde prüft lediglich, ob die einschlägigen Rechtsvorschriften eingehalten werden. Spitzenorganisation der IHK ist der Deutsche Industrie- und Handelstag e.V. Zu dessen Aufgaben gehört auch die Betreuung der deutschen Außenhandelskammern.

### II. Aufgaben

Die Industrie- und Handelskammern haben die Aufgabe:

- das Gesamtinteresse der ihnen zugehörenden Gewerbetreibenden ihres Bezirks wahrzunehmen, für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu wirken und dabei die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbezweige oder Betriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen;
- durch Vorschläge, Gutachten und Berichte die Behörden zu unterstützen und zu beraten.

Darüber hinaus haben die IHK einen umfassenden Aufgabenkatalog, wovon einige Bereiche genannt seien:

- Die Unterstützung des Amtsgerichts bei Handelsregistereintragungen  
(§ 126 FGG in Verb. mit der Handelsregisterverfügung: "Die Organe des Handelsstandes sind verpflichtet, die Registergerichte bei der Verhütung unrichtiger Eintragungen, bei der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters sowie beim Einschreiten gegen unzulässigen Firmengebrauch zu unterstützen; sie sind berechtigt, zu diesem Zweck Anträge bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen der Registergerichte das Rechtsmittel der Beschwerde einzulegen.");
- Feststellung von Handelsbräuchen;
- Vorschläge für die Ernennung von ehrenamtlichen Richtern bei den Kammern für Handelssachen;
- Bildung von Schiedsgerichten;
- öffentliche Bestellung von Sachverständigen i.S. § 36 GewO;
- Förderung und Durchführung der kaufmännischen und gewerblichen Berufsausbildung und der damit verbundenen Prüfungen.

Ferner errichten die Landesregierungen bei Industrie- und Handelskammern Einigungsstellen zur

- Beilegung von Wettbewerbsstreitigkeiten in der gewerblichen Wirtschaft (§ 27 a UWG).