CHRISTOPHER ZERRES

MARKETING

Schriftenreihe „Arbeitspapiere für Marketing und Management“

Herausgeber:
Prof. Dr. Christopher Zerres

Hochschule Offenburg
Fakultät Medien

Arbeitspapier Nr. 89

Handelsrechtlicher Rahmen entscheidungsorientierten Managements

Zerres, S., Zerres, T.

Offenburg, Juli 2026

ISSN: 2510-4799

Impressum

Prof. Dr. Christopher Zerres
Hochschule Offenburg
Fakultät Medien
Badstraße 24
77652 Offenburg

ISSN: 2510-4799

Vorwort

Das Handelsrecht nimmt als „Sonderprivatrecht der Kaufleute“ eine zentrale Rolle in der Rechtspraxis ein. Im Wesentlichen geht es dabei um die Vorschriften des Handelsgesetzbuches (HGB), die in Bezug auf Verträge spezielle, auf die unternehmerische Praxis ausgerichtete, Modifizierungen der grundlegenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) vorsehen.

Das vorliegende Arbeitspapier skizziert in kompakter Form die handelsrechtlichen Rahmenbedingungen, die ein davon betroffenes Management bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen sollte.

Konstanz, im Juli 2026 Stephanie Zerres, Thomas Zerres

Inhalt

1 Einführung ... 1
1.1 Rechtsgrundlagen und Funktion ... 1
1.2 Überblick über wesentliche Bestimmungen ... 2
2 Kaufmannseigenschaft ... 3
2.1 Kaufmann kraft Handelsgewerbe ... 3
2.1.1 Betreiben eines Gewerbes ... 3
2.1.2 Vorliegen eines Handelsgewerbes ... 4
2.1.3 Kaufmann kraft freiwilliger Eintragung – Kann-Kaufmann ... 6
2.2 Sonderreglungen für Land- und Forstwirte ... 6
2.3 Handelsgesellschaften und Formkaufleute ... 7
2.4 Scheinkaufmann ... 7
3 Handelsfirma ... 8
4 Handelsregister ... 10
4.1 Begriff und Bedeutung ... 10
4.2 Publizitätswirkung des Handelsregisters ... 12
4.2.1 Überblick ... 12
4.2.2 Negative Publizität ... 12
4.2.3 Positive Publizität ... 14
4.2.4 Wirkung richtiger Eintragung und Bekanntmachung ... 14
5 Handelsunternehmen ... 16
5.1 Übertragung eines kaufmännischen Unternehmens ... 16
5.2 Unternehmenserwerb unter Lebenden ... 17
5.3 Inhaberwechsel kraft Erbfolge ... 18
5.4 Haftung bei Eintritt in das Geschäfts eines Einzelkaufmanns ... 19
6 Prokura und Handlungsvollmacht ... 19
6.1 Stellvertretung nach den Regelungen des BGB ... 19
6.2 Prokura ... 20
6.3 Handlungsvollmacht ... 22
6.4 Ladenvollmacht ... 23
7 Kaufmännische Geschäftsmittler ... 24
7.1 Handelsvertreter ... 24
7.2 Handelsmakler ... 25
7.3 Kommissionär ... 25
7.4 Sonstige Geschäftsmittler ... 25
8 Handelsgeschäfte ... 27

8.1 Allgemeine Vorschriften 27
8.1.1 Begriff des „Handelsgeschäfts“ 27
8.1.2 Handelsbräuche und Incoterms 28
8.1.3 Besonderheiten beim Vertragsabschluss 29
8.1.4 Besonderheiten bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen 31
8.1.5 Sonderregel zur Formfreiheit und zur Verzinsung kaufmännischer Forderungen 31
8.1.6 Kontokorrent 31
8.1.7 Erleichterungen beim gutgläubigen Erwerb 32
8.1.8 Wirksame Abtretung trotz Abtretungsverbot 33
8.1.9 Besonderheiten beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht 33
9 Besondere Handelsgeschäfte 33
9.1 Handelskauf 33
9.1.1 Allgemeine Vorschriften 33
9.1.2 Besonderheiten beim beiderseitigen Handelskauf 34
9.1.3 Grenzüberschreitender Handelskauf 35
9.2 Fracht-, Speditions- und Lagervertrag 36
10 Besonderheiten für Kaufleute im Zivilprozess 38
10.1 Vereinbarung über den Gerichtsstand 38
10.2 Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen 38
10.3 Schiedsvereinbarungen 39
11 Rechtformen und Rechtsformwahl 40
11.1 Bedeutung der Rechtsformwahl 40
11.2 Personengesellschaften 41
11.2.1 Gesellschaft bürgerlichen Rechts 41
11.2.2 Offene Handelsgesellschaft 42
11.2.3 Kommanditgesellschaft 42
11.2.4 Stille Gesellschaft 42
11.3 Körperschaften und Kapitalgesellschaften 43
11.3.1 Verein 43
11.3.2 Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Unternehmergesellschaft 44
11.3.3 GmbH & Co. KG 46
11.3.4 Aktiengesellschaft 46
11.3.5 Genossenschaft 47
11.4 Stiftung 47
11.5 Unternehmensrelevanz der Rechtsformwahl 49
LITERATURVERZEICHNIS 51

Autorenprofil.....51

1 EINFÜHRUNG

1.1 RECHTSGRUNDLAGEN UND FUNKTION

Das Handelsrecht ist das besondere Privatrecht für Kaufleute. Die zentrale Rechtsquelle des Handelsrechts ist das Handelsgesetzbuch (HGB). Es ist ein Teil des Privatrechts, das die Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen gleichgeordneten Rechtssubjekten regelt. Das HGB gilt grundsätzlich nur für Kaufleute. Ausnahmsweise ist es nach manchen Vorschriften im Handelsgesetzbuch ausreichend, dass (nur) einer der Beteiligten Kaufmann ist (§ 345 HGB). Die Normen des HGB haben den Zweck, den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs Rechnung zu tragen, für die das BGB keine ausreichenden Regelungen enthält Die Bedürfnisse des kaufmännischen Handelsverkehrs sind vor allem gerichtet auf rasche Abwicklung von Rechtsgeschäften, auf Rechtsklarheit, Publizität und erhöhtem Vertrauensschutz, eine stärkere Bindung an Bräuche und Gepflogenheiten, Professionalität und Selbstverantwortung des Handelnden (Vgl. Braasch, Rn. 1 mit Beispielen).

Das Handelsrecht steht dabei nicht isoliert neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), sondern ist mit diesem eng verknüpft. Das HGB enthält im Prinzip Ausnahme- und Sondertatbestände zum BGB im Vertrags- und Sachenrecht („Sonderprivatrecht“). Der Grund besteht darin, dass bei Kaufleuten davon ausgegangen wird, dass sie geschäftserfahrener sind als Privatleute und deshalb nicht in gleichem Maße eines Schutzes durch das Gesetz bedürfen wie diese. Diese speziellen Bestimmungen verdrängen dann diejenigen des BGB, das jedoch im Übrigen anwendbar bleibt (Art. 2 EGHGB). So gelten z. B. für die rechtsgeschäftliche Vertretung neben den Vorschriften über Prokura und Handlungsvollmacht (§§ 48 ff. HGB) ergänzend die allgemeinen Vertretungsregeln des BGB (§§ 164 ff. BGB). Ebenso finden neben den Bestimmungen über den Handelskauf (§§ 373 ff. HGB) die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts für Kaufverträge (§§ 433 ff. BGB) Anwendung. In anderen Fällen ergänzen die handelsrechtlichen Normen nicht nur die entsprechenden Vorschriften des BGB, sondern ersetzen diese, wie etwa § 350 HGB, nach der die Formvorschriften zur Bürgschaftserklärung, zum Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis (§§ 766 S. 1, 780, 781 BGB) keine Anwendung finden.

Das HGB besteht aus fünf „Büchern“. Das erste Buch behandelt den Handelsstand (§§ 1-104a HGB), also Recht der Kaufleute und ihrer Hilfspersonen. Das zweite Buch (§§ 105-237 HGB) behandelt die Personengesellschaften, insbesondere die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG). Das dritte Buch „Handelsbücher“ (§§ 238-342a HGB) behandelt Fragen vor allem der handelsrechtlichen Rechnungslegung. Das vierte Buch (§§ 343-475h HGB) behandelt das Recht der Handelsgeschäfte und das fünfte Buch behandelt das Seehandelsrecht (§§ 476-619 HGB). Das HGB enthält ganz überwiegend privatrechtliche Vorschriften. Vereinzelt finden sich im HGB auch öffentlich-rechtliche Normen, die aufgrund des Sachzusammenhangs zum Handelsrecht gezählt werden, z. B. diejenigen zum Handelsregister (§§ 8 ff. HGB).

Zum Handelsrecht im weiteren Sinne können auch das Recht der Handelsgesellschaften (§§ 105-237 HGB) einschließlich des Aktiengesetzes oder des GmbH-Gesetzes, die Vorschriften über die Handelsbücher (§§ 238-342e BGB), das Bank- und Börsenrecht, das Wertpapierrecht, das Wettbewerbs- und Markenrecht, das Seehandelsrecht (§§ 476 ff. HGB) oder das vornehmlich im Versicherungsvertragsgesetz (VVG) geregelte Versicherungsrecht gezählt werden. Im Vordergrund stehen in diesem Arbeitspapier die Vorschriften des Handelsrechts

im engeren Sinne, also diejenigen im ersten Buch zum Handelsstand und im vierten Buch zu den Handelsgeschäften; abschließend soll noch ein Überblick über die typischen Rechtformen gegeben und die Relevanz der Rechtsformwahl aufgezeigt werden.

Maßgebend für die Anwendbarkeit des Handelsrechts ist der Begriff des Kaufmanns (Vgl. im Folgenden zu 2).Der Begriff des Kaufmanns ist zu unterscheiden von dem des Unternehmers (§ 14 BGB) und nicht mit diesem gleichzusetzen. Dieser Begriff des Unternehmers stammt aus dem Verbraucherschutzrecht der EU und bildet den Gegensatz zum Verbraucher (§ 13 BGB). Trotz vieler Überschneidungen ist der Begriff des Unternehmers weiter als der Begriff des Kaufmanns. So ist jeder Kaufmann auch Unternehmer in diesem Sinne, aber nicht jeder Unternehmer ist auch Kaufmann im handelsrechtlichen Sinne. So umfassen gewerbliche Tätigkeiten jedes planmäßige Anbieten von Waren und Dienstleistungen gegen Entgelt, wobei es nicht darauf ankommt, ob die weiteren Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft vorliegen (Vgl. Braasch, Rn. 2).

1.2 Überblick über wesentliche Bestimmungen

Um sich zunächst einen Überblick zu verschaffen, in welcher Hinsicht das Handelsrecht die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts modifiziert, seien hier zunächst einige handelsrechtliche Sonderregeln genannt, die dann im jeweiligen Sachzusammenhang im weiteren Verlauf vertieft und mit Beispielen veranschaulicht werden. Das Handelsrecht beruht auf der Überzeugung des Gesetzgebers, dass das Privatrecht auf besondere Bedürfnisse des Handelsverkehrs reagieren muss. Zu den Bedürfnissen des Handelsrechts gehören vor allem Einfachheit und Schnelligkeit, Rechtssicherheit im Rechtsverkehr und ein gesteigerter Verkehrs- und Vertrauensschutz.

Ein gut funktionierender Handelsverkehr setzt Einfachheit und Schnelligkeit des Abschlusses und der Abwicklung von Handelsgeschäften voraus. So schreibt z. B. § 766 BGB die Schriftform (§ 126 BGB) für ein Bürgschaftsversprechen vor. Nach § 350 HGB kann ein Kaufmann eine Bürgschaft formlos, d. h. also auch mündlich übernehmen.

Nach den Vorschriften des BGB (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) kann beim Kauf einer beweglichen Sache erst nach zwei Jahren ab Übergabe die Verjährungseinrede gegen die Geltendmachung von Mängelansprüchen erhoben werden, während beim beiderseitigen Handelskauf schon nach unterbliebener unverzüglicher Rüge Gewährleistungsansprüche eines Käufers ausgeschlossen sind (§ 377 Abs. 1 und 2 HGB).

Der gesetzliche Zins ist für Kaufleute (§ 352 HGB) höher als der von einer Privatperson geschuldete gesetzliche Zins.

Es gibt viele handelsrechtliche Vorschriften, die dem Verkehrs- und Vertrauensschutz in besonderer Weise dienen. Hierzu zählen insbesondere die Vorschriften zur Publizität von Rechtsverhältnissen (§ 15 HGB), zum Kaufmann kraft Eintragung (§ 5 HGB) oder die Grundsätze, die von der Rechtsprechung in jahrzehntelanger Praxis zum so genannten Scheinkaufmann entwickelt worden sind und gewohnheitsrechtlich anerkannt sind (BGH; NJW 1966, 1915; vgl. Bitter/Linardatos, § 1, Rn. 38 ff. m. w. N.). Danach ist ein Scheinkaufmann zwar kein Kaufmann, tritt aber im Geschäftsverkehr wie ein Kaufmann auf und muss sich daher in rechtlicher Hinsicht wie ein solcher behandeln lassen.

Bei der Lösung handelsrechtlicher Fälle sind daher typischerweise zunächst Normen des bürgerlichen Rechts anzuwenden. Danach ist zu entscheiden, ob das vom bürgerlichen Recht vorgegebene Ergebnis durch handelsrechtliche Normen modifiziert wird.

2 KAUFMANNSEIGENSCHAFT

Entscheidende Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Handelsrechts ist, dass zumindest einer der Akteure Kaufmann ist. Wer Kaufmann ist, bestimmt sich nach §§ 1-6 HGB. Die Abgrenzung zum übrigen Zivilrecht erfolgt also nach einem subjektiven System.

2.1 KAUFMANN KRAFT HANDELSGEWERBE

2.1.1 Betreiben eines Gewerbes

Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Ob ein Handelsgewerbe betrieben wird, ergibt sich aus § 1 Abs. 2 HGB (Ist-Kaufmann). Ein Handelsgewerbe setzt voraus, dass die ausgeübte Tätigkeit überhaupt ein Gewerbe darstellt Eine gesetzliche Definition des Gewerbebegriffs existiert weder im HGB noch im Gewerberecht. Der steuerrechtliche Gewerbebegriff in § 15 Abs. 2 EStG ist jedoch für das Handelsrecht nicht verbindlich und liefert nur unverbindliche Anhaltspunkte.

Unter Gewerbe versteht man nach h. M. eine äußerlich erkennbare, planmäßig auf (gewisse) Dauer, erlaubte und auf Gewinnerzielung gerichtete selbständige Tätigkeit, mit Ausnahme der so genannten freien Berufe (Vgl. hierzu BGHZ 63, 32 (33); Brox/Henssler, Rn. 25; Hopt/Merkt, § 1 HGB, Rn. 11 ff.).

Die Tätigkeit muss „nach außen hin“ in Erscheinung treten. Die einem Dritten nicht erkennbare innere Absicht, wie z. B. das heimliche Spekulieren an der Börse oder die stille Beteiligung an einem Handelsgewerbe (§ 230 HGB), reicht nicht. Die Tätigkeit muss auf dem Markt angeboten werden (Vgl. Brox/Henssler, Rn. 25a).

Zudem muss es sich um eine rechtliche (nicht notwendigerweise auch wirtschaftliche) selbstständige Tätigkeit handeln. Ein Abgrenzungskriterium enthält für den Handelsvertreter die Vorschrift des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Dieses Kriterium unterscheidet den Kaufmann von abhängig Beschäftigten, wie etwa den Arbeitnehmern und den Beamten.

Die Tätigkeit muss zudem „planmäßig auf gewisse Dauer“, d. h. also nicht nur bei Gelegenheit erfolgen. Erforderlich ist, dass während eines bestimmten Zeitraumes ein ganzer Komplex gleichartiger Geschäfte geschlossen werden soll, d. h., dass die Tätigkeit auf eine unbestimmte Vielzahl von Geschäften ausgerichtet ist (RGZ 74, 150; vgl. Hopt/Merkt, § 1 HGB, Rn. 13). So liegt ein Gewerbe bei einem gastronomischen Saisonbetrieb oder einem Verkaufsstand auf einem Weihnachtsmarkt vor. Kein Gewerbe betreiben daher etwa die so genannten Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe (ARGE), in denen sich Bauunternehmer zu einem zeitlich begrenzten Zweck (z. B. einem gemeinsamen Bau eines Autobahnabschnitts) zusammen gefunden haben (BGH, NJW 2001, 1056), oder die Konsortien, bei denen verschiedene Kreditinstitute zeitlich begrenzt kooperieren, um eine größere Anleihe am Kapitalmarkt zu platzieren; solche Gesellschaften können daher (nur) als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, §§ 705 ff. BGB) und nicht als Offene Handelsgesellschaft (OHG, §§ 105 ff. HGB) gegründet werden, da diese nach § 105 Abs. 1 HGB den Betrieb eines Handelsgewerbes voraussetzen.

Nach wohl noch h. M. muss die Tätigkeit mit „Gewinnerzielungsabsicht“ betrieben werden. Diese Absicht wird grundsätzlich vermutet und genügt allein. Ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird, ist unerheblich (Vgl. die ältere Rspr., BGHZ 57, 191 (199), 95, 155 (157); offen gelassen BGHZ 167, 40 (45 ff.); Brox/Henssler, Rn. 28; Bitter/Linardatos, § 2, Rn. 11; Hopt/Merkt, § 1 HGB, Rn. 15). Dieser Meinungsstreit hat allerdings nur bei öffentlichen

Versorgungsunternehmen praktische Bedeutung (z. B. Stadtwerke), soweit diese bereits nicht als zivilrechtliche Gesellschaft (z. B. GmbH) organisiert und damit Handelsgesellschaften kraft Rechtsform sind. Relevant wurde das Fehlen der Gewinnerzielungsabsicht etwa bei der Beschaffung von FFP2-Masken im Rahmen der Covid-Pandemie durch das Bundesministerium für Gesundheit. Hier wurde eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § 377 HGB verneint, da das Ministerium zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben und nicht mit Gewinnerzielungsabsicht die Masken gekauft hatte und somit kein Handelsgewerbe betrieb (Vgl. Brasch, Rn. 11 m. w. N.).

Umstritten ist, ob die Tätigkeit „erlaubt“ sein muss. Nach heute h. M. ist die früher geforderte Zulässigkeit der Tätigkeit für das Vorliegen eines Gewerbes nicht mehr zwingend erforderlich (Vgl. § 7 HGB). Zwar kann ein Registergericht die Eintragung einer Tätigkeit als Gewerbe ablehnen. Die handelsrechtlichen Vorschriften sind allerdings im Grundsatz auch dann anwendbar, wenn ein Gewerbe unerlaubt betrieben wird. Wertungsmäßig ist es auch nicht überzeugend, die regelmäßig strengeren Regeln für Kaufleute auf Personen, deren Tätigkeit gegen gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen, wie z. B. Rauschgifthandel oder Hehlerei, nur deshalb nicht anzuwenden, weil sie kein Gewerbe betreiben (Vgl. Bitter/Linardatos, § 2, Rn. 12; Brox/Henssler, Rn. 27). Diese Frage dürfte sich in der Praxis bei offensichtlich gesetzeswidrigen Geschäften nicht stellen, da Streitigkeiten in diesen Fällen nicht vor einem staatlichen Gericht ausgetragen werden.

Kein Gewerbe betreiben - aus historischen Gründen - die Angehörigen der so genannten „freien Berufe“, z. B. Rechtsanwälte, Ärzte, Zahnärzte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Künstler, Architekten oder Schriftsteller. Deren Tätigkeit wird weitgehend durch spezielle berufsrechtliche Vorschriften (z. B. der Bundesrechtsanwaltsordnung oder der Bundesärzteordnung) geregelt. Der Grundgedanke ist, dass deren selbstständige Tätigkeit stark durch deren Persönlichkeit und geistigen Fähigkeiten und weniger durch den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (wie es regelmäßig bei einem Gewerbe der Fall ist) geprägt ist. Als Orientierungshilfe, wer als Freiberufler anzusehen ist, dienen § 1 Abs. 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) oder § 18 Abs. 1 Einkommensteuergesetz (EStG), auch wenn sie zur Bestimmung des Kaufmannsbegriffs nach § 1 Abs. 2 HGB nicht unmittelbar maßgebend sind, da sie nur für die jeweiligen Gesetze gelten (Braasch, Rn. 12 m. w. N.). Handelsrechtliche Normen finden allerdings dann Anwendung, wenn sich Freiberufler, soweit das jeweilige Berufsrecht dies zulässt, als Personen- oder Kapitalgesellschaft organisiert haben (Vgl. Bitter/Linardatos, § 2, Rn. 9).

2.1.2 Vorliegen eines Handelsgewerbes

Ein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Kaufmann nach § 1 HGB ist also derjenige, der ein Gewerbe betreibt und dessen Gewerbebetrieb nach Art „und“ Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert. Ein Handelsgewerbe wird daher grundsätzlich bei einem Gewerbebetrieb vermutet.

Eine „kaufmännischer Einrichtung“ bedeutet vor allem eine Einrichtung, die ein Kaufmann für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung benötigt. Hierzu gehören insbesondere eine kaufmännische Buchführung, Inventarerrichtung, Bilanzerstellung und die Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz, also dasjenige, was erforderlich ist, um einen Betrieb übersichtlich und zuverlässig führen zu können.

Das Erfordernis kaufmännischer Einrichtungen soll verhindern, dass auch Kleingewerbetreibende automatisch Kaufleute sind und damit den strengeren Regeln des HGB für Rechtsgeschäfte unterliegen. Diese Kleingewerbetreibenden können allerdings Kaufmann nach

Maßgabe des § 2 HGB sein, d. h., diese können durch (freiwillige) Eintragung Kaufmann werden; es besteht hierzu aber keine Verpflichtung.

Wesentliche Kriterien für eine objektive Notwendigkeit sind nach der Art der Geschäfte unter anderem die Vielfalt und Komplexität des Geschäftsgegenstandes und der Geschäftsbeziehungen, Umfang der Geschäftskorrespondenz, Inanspruchnahme von Kredit oder Teilzahlungen, Art und Weise der betrieblichen Organisation und der räumliche Wirkungsbereich. Kriterien zum Umfang sind der Umsatz, die Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens, die Anzahl der Betriebsstätten und deren Größe, die Anzahl der Beschäftigten und die Lohnsumme. Diese Kriterien sind jedoch nur Anhaltspunkte; letztlich entscheidend ist das Gesamtbild (OLG Dresden, NJW-RR 2002, 33; vgl. Hopt/Merkt, § 1 HGB, Rn. 23; Braasch, Rn. 15 m. w. N.; Brox/Henssler, Rn. 42).

Häufig ist es ein entscheidendes Kriterium, ob die Geschäftsvorgänge so komplex sind, dass eine kaufmännische Buchführung erforderlich ist.

Beispiele:

Ein Dönerimbiss mit einem Jahresumsatz von 240.000 Euro benötigt, da nur gleichförmige Geschäfte gegen Barzahlung getätigt werden, keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb (KG, Urt. v. 21.10.2002, 8 U 255/01). Dagegen erfordert das Unternehmen eines Optikers mit einem Jahresumsatz von 170.000 DM (im Jahr 1967; heute geschätzt: 340.000 Euro) einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb, da die Abwicklung der Geschäftsvorgänge kompliziert ist, weil mit verschiedenen Krankenkassen für ca. 2000 Kunden abgerechnet werden muss und eine unbare verzögerte Zahlungsweise üblich ist (OLG Hamm, OLGZ 1969, 131; vgl. Braasch, Rn. 15).

Fehlt es an dieser Erforderlichkeit entweder in qualitativer oder in quantitativer Hinsicht, so liegt ein Kleingewerbe vor. In der Praxis hilft die Vermutungs- und Beweislastregel in § 1 Abs. 2 HGB mit der doppelten Verneinung. Liegt ein Gewerbe vor, dann ist ein Handelsgewerbe anzunehmen, z. B. wenn der Geschäftsgegner im Prozess nichts zur fehlenden Erforderlichkeit vorträgt (oder in einer Klausur keine Anhaltspunkte für ein Kleingewerbe ersichtlich sind).

Die Kaufmannseigenschaft wird nach § 1 HGB kraft Gesetzes erworben. Nach § 29 HGB besteht eine Pflicht zur Eintragung der Firma in das Handelsregister. Diese Eintragung hat hierbei lediglich deklaratorische Wirkung, d. h., dass man auch ohne Eintragung Kaufmann ist. Die Kaufmannseigenschaft endet durch die Aufgabe des Geschäfts oder durch ein Herabsinken unter die Schwelle des § 1 Abs. 2 HGB.

Das Handelsgewerbe muss zudem betrieben werden. Dieses Kriterium bestimmt über die Person des Kaufmanns. Das ist die - natürliche oder juristische - Person, in deren Namen das Handelsgewerbe ausgeübt wird, also die Person, die aus den geschlossenen Geschäften berechtigt und persönlich verpflichtet wird. Keine Kaufleute sind daher die gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen (z. B. Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstand einer AG) oder der Insolvenzverwalter (BGH, BB 2006, 177, vgl. Braasch, Rn. 18 ff.). Dagegen sind Handelsvertreter regelmäßig Kaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB, da sie neben dem Abschließen von Geschäften in fremden Namen zugleich ein eigenes Handelsgewerbe betreiben (so genannter Agenturbetrieb). Bei Gesellschaftern einer Personenhandelsgesellschaft (OHG und KG) sind die Kommanditisten keine Kaufleute. Bei den Gesellschaftern einer OHG bzw. den persönlich haftenden Gesellschafter einer KG ist deren Kaufmannseigenschaft umstritten. So wird die OHG als rechtsfähige Gesellschaft selbst verpflichtet, so dass die Gesellschafter danach keine Kaufleute sind; wegen ihrer persönlichen und unbeschränkten Haftung nach § 126 HGB

werden nach h. M. die für Kaufleute geltenden Vorschriften (zumindest teilweise) entsprechend angewandt (Vgl. Braasch, Rn. 21 m. w. N.).

2.1.3 Kaufmann kraft freiwilliger Eintragung – Kann-Kaufmann

Derjenige Gewerbetreibende, der nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Kaufmann ist, kann Kaufmann nach § 2 HGB werden. Dabei handelt es sich um solche Gewerbetreibende, deren Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, also um Kleingewerbetreibende. Kaufleute werden sie gemäß § 2 HGB, indem sie sich mit ihrer Firma in das Handelsregister eintragen lassen (§ 2 S. 1 HGB). Dazu sind sie berechtigt, aber nicht verpflichtet (§ 2 S. 2 HGB).

Die Handelsregistereintragung unter § 2 HGB ist konstitutiv, d. h. rechtsbegründend. Ohne Handelsregistereintragung sind diese Personen kein Kaufmann nach § 2 HGB, sondern nur Kleingewerbetreibende. Im Gegensatz dazu sind die Kaufleute im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB auch ohne Registereintragung Kaufleute. Bei ihnen bringt die Handelsregistereintragung also nur zum Ausdruck, was ohnehin schon der Rechtslage entspricht; die Eintragung ins Handelsregister ist also lediglich deklaratorisch (§ 29 HGB).

Bei Überschreitung des Größenkriteriums wird der Kann-Kaufmann automatisch zum Ist-Kaufmann. Umgekehrt wird die Kaufmannseigenschaft ex nunc durch Aufgabe des Geschäftsbetriebs oder durch den Antrag eines Kaufmanns auf Löschung der Firma beendet.

Diese Regelung in § 5 HGB besagt, dass derjenige stets dann als Kaufmann gilt, der in das Handelsregister eingetragen ist, d. h. dieser kann im Falle einer Eintragung nicht geltend machen, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei (Fiktiv-Kaufmann). Mit der Implementierung des § 2 HGB im Rahmen der Handelsrechtsreform 1998 hat die Vorschrift des § 5 HGB nur noch geringe praktische Bedeutung, da ein eingetragenes Kleingewerbe bereits nach § 2 HGB als Kaufmann gilt. Während nach einer Ansicht § 5 GB neben § 2 HGB keine eigenen Regelungsgehalt hat, greift dieser nach einer anderen Ansicht noch in zwei Fällen ein, nämlich dann, wenn ein Gewerbebetrieb nach der Eintragung zu einem Kleingewerbe herabsinkt sowie dann, wenn die Eintragung zur Anmeldung fehlt oder nichtig ist (Vgl. Braasch, Rn. 31 m. w. N.).

Nach ganz h. M. setzt § 5 HGB entsprechend seinem Wortlaut voraus, dass überhaupt ein „Gewerbe“ betrieben wird. Danach gelten eingetragene Nichtgewerbetreibende, z. B. (versehentlich eingetragene Freiberufler) auch nach § 5 HGB nicht als Kaufleute (Vgl. Braasch, Rn. 32 m. w. N.).

2.2 Sonderreglungen für Land- und Forstwirte

Land- und Fortwirte sind nach § 3 Abs. 1 HGB keine Ist-Kaufleute nach § 1 Abs. 2 HGB. Sie können sich jedoch optional für ein Handelsgewerbe eintragen lassen, müssen es aber nicht. Sie können Kaufmann durch Eintragung werden, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert und sie sich (freiwillig) in das Handelsregister eintragen lassen. Die Handelsregistereintragung wirkt dann, ebenso wie bei § 2 HGB, konstitutiv. Landwirtschaftliche Tätigkeit setzt voraus, dass der Grund und Boden in bestimmter Weise genutzt wird (Ackerbau, Gemüse-/Obstanbau). Fortwirtschaft betrifft demgegenüber die Gewinnung von Waldprodukten durch Auf- und Abforstung und ihre Verwertung. Wird jedoch lediglich Handel mit land- und forstwirtschaftlichen Produkten betrieben (z. B. Gemüsemarkt, Holzhandel), gehört dies nicht zur Land- und Fortwirtschaft.

Beispiel:

So betreiben Gärtnereien oder Baumschulen nur dann Landwirtschaft nach § 3 HGB, wenn der Betrieb auf die Gewinnung oder Züchtung von Pflanzen im Eigenanbau gerichtet ist. Werden dagegen lediglich gekaufte Pflanzen vertrieben, liegt keine Landwirtschaft vor.

Nach § 3 Abs. 3 HGB gilt § 3 Abs. 1 HGB auch für ein Nebengewerbe eines Landwirtschafts- und Forstbetriebes, Beispiele hierfür sind etwa eine mit der Tierhaltung verbundene Molkerei oder ein Schlachtbetrieb, eine das angebaute Obst verarbeitende Brennerei oder ein das Holz des Fortwirts verarbeitendes Sägewerk (Vgl. Bitter/Linardatos, § 2, Rn. 25). Ein Land- oder Forstwirt kann sich daher auch mit einem Nebenbetrieb, wenn dieser nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, freiwillig in das Handelsregister eintragen lassen.

2.3 Handelsgesellschaften und Formkaufleute

Handelsgesellschaften sind gemäß § 6 Abs. 1 HGB stets Kaufleute und unterliegen dem gesamten Handelsrecht. Handelsgesellschaften sind Gesellschaften, die als solche im Handelsregister eingetragen werden.

Handelsgesellschaften des HGB sind die Offene Handelsgesellschaft (OHG, §§ 105 ff. HGB) und die Kommanditgesellschaft (KG), gesetzlich geregelt in den §§ 105 ff., 161 Abs. 2 HGB). Für sie hat § 6 Abs. 1 HGB allerdings im Regelfall keine Bedeutung, da diese Gesellschaften schon deshalb Kaufleute sind, weil sie ein Handelsgewerbe betreiben. Durch besondere gesetzliche Anordnung werden weiterhin als Handelsgesellschaften bezeichnet: die Aktiengesellschaft (AG, § 3 Abs. 1 AktG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH, § 13 Abs. 3 GmbHG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA, § 278 Abs. 3, § 3 Abs. 1 AktG), die Europäische Aktiengesellschaft (SE, Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO i. V. m. § 3 AktG) und die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV, § 1 EWIV-Ausführungsgesetz). Genossenschaften sind dagegen keine Handelsgesellschaften, gelten aber nach § 17 Abs. 2 GenG als Kaufleute. Partnerschaftsgesellschaften i. S. d. PartGG sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung dem Handelsrecht entzogen, da es sich bei ihnen um Zusammenschlüsse von Angehörigen der freien Berufe handelt (§ 1 Abs. 1 S. 2 PartGG).

Durch § 6 Abs. 2 HGB wird klargestellt, dass bestimmte Gesellschaften auch dann als Kaufmann gelten, wenn sie kein Handelsgewerbe betreiben. Dabei handelt es sich um juristische Personen und Kapitalgesellschaften, die in anderen Gesetzen als Handelsgesellschaften definiert werden und kraft ihrer Rechtsform Kaufleute sind (Form-Kaufmann). Formkaufleute in diesem Sinne sind die AG, die GmbH, die KGaA, die SE und die Genossenschaft. Der Betrieb eines Handelsgewerbes wird bei ihnen kraft gesetzlicher Anordnung fingiert.

2.4 Scheinkaufmann

Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt gegenüber gutgläubigen Dritten als Kaufmann. Der Scheinkann ist nicht gesetzlich geregelt. Rechtsprechung und Lehre haben zum Schutz des Rechtsverkehrs die Lehre vom „Scheinkaufmann“ entwickelt, die gewohnheitsrechtlich anerkannt ist (BGH, NJW 1966, 1915; vgl. Braasch, Rn. 33 m. w. N.).

Beispiel:

Jemand betreibt ein kleines Einzelhandelsgeschäft und ist nicht im Handelsregister eingetragen. Tritt derjenige, z. B. um günstigere Einkaufskonditionen zu erhalten, als „Großhandel“ auf, muss er sich gutgläubigen Dritten gegenüber wie ein Kaufmann behandeln lassen.

Diese Rechtsscheingrundsätze dienen vornehmlich der zügigen Geschäftsabwicklung im Handelsverkehr. Diese wäre beeinträchtigt, wenn der Geschäftspartner in solchen Fällen jeweils nachprüfen müsste. Voraussetzung ist jedenfalls, dass der Vertragspartner des Scheinkaufmanns, der sich auf den zurechenbar gesetzten Rechtsschein beruft, gutgläubig gewesen sein muss. Weiß er, dass es sich um keinen Kaufmann handelt oder hätte er es wissen können, ist er nicht schutzwürdig (Vgl. Bitter/Linardatos, § 2, Rn. 42 zur groben Fahrlässigkeit). Erforderlich ist weiterhin eine Entschließung des Geschäftsgegners im Vertrauen auf die Kaufmannseigenschaft (Kausalität).

Die Rechtsfolge unterscheidet sich von derjenigen des § 5 HGB. Der Scheinkaufmann ist kein Kaufmann, sondern muss sich nur gegenüber den Personen, denen gegenüber er diesen Rechtsschein erzeugt hat und die darauf vertraut haben, so behandeln lassen, also ob er Kaufmann wäre. Der Schein wirkt damit nur im Verhältnis der Parteien untereinander, d. h. zugunsten des Dritten. Dem Dritten, also dem Geschäftspartner des Scheinkaufmanns, steht allerdings, wie beim Rechtsschein des Handelsregisters nach § 15 HGB, ein Wahlrecht zu, ob er sich auf die tatsächliche Rechtslage (keine Kaufmannseigenschaft) oder auf die scheinbare Rechtslage (bestehende Kaufmannseigenschaft) beruft (Vgl. Bitter/Linardatos, § 2, Rn. 43).

Vergleichbare Probleme ergeben sich bei der Scheingesellschaft oder beim Scheingesellschafters. Wer etwa im Rechtsverkehr zurechenbar den Anschein einer bestehenden Handelsgesellschaft (OHG oder KG) hervorruft, muss sich gutgläubigen Dritten gegenüber entsprechend dem Rechtsschein behandeln lassen.

3 HANDELSFIRMA

Die Firma ist der Name des Kaufmanns, unter dem er im Handelsverkehr seine Geschäfte betreibt oder seine Unterschrift abgibt sowie klagen und verklagt werden kann (§ 17 HGB). Die Firma ersetzt nur im Handelsverkehr den Namen des Kaufmanns. Dies ist allerdings nur für den Einzelkaufmann von Bedeutung, da er zwei Namen führt, zum einen die Firma als Handelsnamen, zum anderen den bürgerlichen Namen. Handelsgesellschaften haben dagegen nur einen Namen, die Firma. Nichtkaufleute dürfen keine Firma führen, wohl aber eine Geschäftsbezeichnung. Geschäftsbezeichnungen werden durch das Markengesetz (§§ 5, 15 MarkenG), mitunter auch durch das Namensrecht (§ 12 BGB) oder das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geschützt.

Die Firma ist zu unterscheiden von dem Unternehmen und der Marke. Mit „Unternehmen“ ist die organisatorische Einheit sachlicher und personeller Mittel (z. B. Produktionsmittel, Fahrzeuge, Grundstücke, Angestellte…) gemeint, mit deren Hilfe der Inhaber des Unternehmens am Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Das Unternehmen ist einem Unternehmensträger zugeordnet, bei dem es sich um eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft handeln kann. Die Marke ist eine Bezeichnung für Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens; wesentliche Rechtsgrundlage ist das Markengesetz.

Nach § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen, d. h., sie muss sich hinreichend von anderen Firmen unterscheiden. Die Kennzeichnungseignung erfordert, dass die Firma als Name für ein Unternehmen dienen kann (abstrakte Namenfähigkeit). Zulässig sind dabei Personen-, Sach- und

Phantasiefirmen. Eine Sachfirma nimmt auf den Gegenstand des Unternehmens Bezug. Eine Phantasiefirma hat weder Bezug zum Namen des Kaufmanns noch zum Gegenstand des Unternehmens (Vgl. Bitter/Linardatos, § 3, Rn. 8 ff.). Das Kriterium Kennzeichnungsfähigkeit stellt darauf ab, ob die Firma für sich genommen einprägsam und merkbar ist. Bildzeichen alleine reichen nicht aus. Abkürzungen sind als Firma zulässig, wenn sie artikulierbar sind (z. B. „DBK“ als „Debeka“). Nicht zulässig sind gleichförmige (sinnlose) Aneinanderreihung an Buchstaben, etwa DDDD. Demgegenüber bezieht sich die Unterscheidungskraft darauf, ob diese im Verhältnis zu anderen Firmen gegeben ist. So sind etwa Wortkombinationen, die nur den Unternehmensgegenstand bezeichnen, z. B. die Bezeichnungen „Video-Rent“ (BGH, NJW 1987, 438); Immobilien-Börse“, Grundbesitz AG (OLG Frankfurt, DB 2005, 1732) oder „Profi-Handwerker-GmbH“, mangels Unterscheidungskraft nicht zulässig (Vgl. Braasch, Rn. 44 m. w. N.).

Die Firma darf gemäß § 18 Abs. 2 HGB keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse irrezuführen. Es gilt der Grundsatz der Firmenwahrheit (Irreführungsverbot). Nicht irregeführt werden darf über Angaben über Art und Umfang des Unternehmens, z. B. die Bezeichnung „International“ für ein nur regional tätiges Unternehmen oder die Bezeichnung „Großhandel“ für ein kleines Einzelhandelsgeschäft. Nicht irregeführt werden darf auch über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers. z. B. durch unzulässige Verwendung akademischer Titel.

Beispiele:

Unzulässig ist der von einer Sozietät von Rechtsanwälten und Steuerberatern gewählte Rechtsform „GbRmbH“, da es eben keine GbR mit beschränkter Haftung gibt (BayObLG 1999, NJW 1999, 297); ebenso darf sich ein bloß lokal tätiger Getränkemarkt nicht „Euro-Spirituosen“ nennen (BGHZ 53, 339); unzulässig ist auch die Bezeichnung „Not und Elend-GmbH“ für ein Unternehmen, das Glücksspiel, Gastronomie und Handel mit Lebensmitteln und Kleinwaren betreibt, weil die Bezeichnung keinen Bezug zum eigentlichen Geschäftsbetrieb aufweist und der Eindruck erweckt werde, das Unternehmen kümmere sich um Personen, die sich in „Not und Elend“ befinden (OLG Düsseldorf, NZG 2020, 308). Als irreführend wurde auch die Bezeichnung „Tax-Care-GmbH“ angesehen, weil der Eindruck erweckt werde, dass zum Geschäftsbetrieb auch die Betreuung und Beratung in Steuerangelegenheiten gehören, obwohl es sich nicht um eine von der zuständigen Steuerberaterkammer anerkannte Steuerberatungsgesellschaft (§ 49 StBerG) handelt (OLG Düsseldorf, NZG 2020, 835; vgl. Braasch, Rn. 49 ff.).

Alle Kaufleute müssen ihrer Firma einen Rechtsformzusatz anfügen (§ 19 HGB, z. B. e. K. bzw. e. Kfr., OHG, KG). Es besteht bei der Verwendung einer allgemein verständlichen Abkürzung im Prinzip kein Gestaltungsspielraum, da die Haftungsverhältnisse für den Rechtsverkehr deutlich erkennbar sein müssen, z. B. GmbH für Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 4 GmbHG) oder AG für Aktiengesellschaft (§ 4 AktG).

Dem Grundsatz der Firmenbeständigkeit tragen die §§ 22-24 HGB Rechnung. So ist das Recht zur Firmenfortführung aufgrund dieser Regelungen grundsätzlich übertragbar. Der Grundsatz der Firmenbeständigkeit besagt, dass die ursprünglich richtige Firma in bestimmten Fällen unverändert bestehen bleiben darf, obwohl sie unrichtig (unwahr) geworden ist; es wird also in bestimmten Fällen eine Art „Bestandsschutz“ gewährt.

Der Grundsatz der Firmenöffentlichkeit kommt dadurch zum Ausdruck, dass für Kaufleute eine Pflicht zur Eintragung der Firma in das Handelsregister (§ 29 HGB) sowie zur Führung der Firma auf allen Geschäftsbriefen besteht (§ 37a HGB).

Die Firma muss sich von anderen Firmen an demselben Ort unterscheiden (§ 30 HGB; Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit). Es besteht ein Freihaltebedürfnis von Seiten der

Mitbewerber. Firmen innerhalb einer politischen Gemeinde müssen sich gemäß § 30 HGB voneinander unterscheiden, wodurch eine Verwechselungsgefahr ausgeschlossen werden soll.

Verwendet ein Kaufmann eine nach den genannten Vorschriften unzulässige Firma, kann ihn das Registergericht zur Unterlassung durch Festsetzung eines Zwangsgeldes anhalten (§ 37 Abs. 1 HGB). Zudem kann ein Inhaber eines Handelsgeschäfts von demjenigen, der eine Firma unzulässig gebraucht und ihn dadurch in seinen Rechten verletzt, Unterlassung verlangen (§ 37 Abs. 2 HGB). Unabhängig davon können auch Ansprüche nach § 15 MarkenG in Betracht kommen, der geschäftliche Bezeichnungen schützt sowie ergänzend, wenn diese Vorschrift nicht eingreift, auch Ansprüche aus § 12 BGB, §§ 3 ff. UWG oder § 823 Abs. 1 BGB (Vgl. Braasch, Rn. 67).

Beispiele:

Anspruch der McDonald's AG gegen die McChinese GmbH, die Schnellrestaurants betreibt, in denen chinesische Speisen zubereitet werden, nach § 15 Abs. 4 MarkenG; auf Unterlassung der Firmenbezeichnung wegen Zeichenähnlichkeit und daraus resultierender Verwechslungsgefahr (ebenso auch Ansprüche aus § 37 Abs. 1 und 2 BGB); wegen geringerer Branchennähe wurde demgegenüber eine Verwechslungsgefahr verneint bei einer Firma namens McShirt, die T-Shirts bedruckt (OLG München, MDR 1995, 817) sowie bei den Firmenbezeichnungen Mac Dog und Mac Cat, da es sich hier um Hunde- und Katzenfutter handelte und eine Verwechslungsgefahr eindeutig ausgeschlossen war (Vgl. Braasch, Rn. 71 m. w. N.)

4 HANDELSREGISTER

4.1 BEGRIFF UND BEDEUTUNG

Das Handelsregister ist für den Handelsverkehr von großer Bedeutung. Das Handelsregister soll die Öffentlichkeit über wesentliche, die Kaufleute und Handelsgesellschaften betreffende Tatsachen informieren (Publizitätsfunktion). Zu den rechtserheblichen Tatsachen gehören insbesondere die Firma, der Name des Inhabers bzw. der persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft, die Haftung des Kommanditisten, das Stammkapital der GmbH oder die Erteilung bzw. Entziehung der Prokura. Es dient damit den Interessen des Kaufmanns, seiner Geschäftspartner und der Allgemeinheit. Das Handelsregister wird bei den zuständigen Amtsgerichten (Registergericht) elektronisch geführt (§ 8 Abs. 1 HGB). Inhalt und Funktion ergeben sich aus den §§ 8 ff. HGB sowie aus den Vorschriften zur Handelsregisterverordnung (HRV). Es handelt sich damit um ein öffentliches Verzeichnis von Rechtstatsachen im Bereich des Handelsrechts. Im Unterschied zum Grundbuch (§ 12 GBO) ist die Einsicht (ww.handelsregister.de) jedermann ohne Nachweis eines besonderen Interesses kostenfrei gestattet (§ 9 Abs. 1 HGB); das Einsichtsrecht besteht auch dann, wenn die erlangten Informationen kommerziell genutzt werden sollen (BGHZ 108, 32).

Es ist zu unterscheiden zwischen einzutragenden Tatsachen und eintragungsfähigen Tatsachen. Von einer einzutragenden Tatsache spricht man, wenn der Kaufmann gesetzlich verpflichtet ist, eine Tatsache zur Eintragung anzumelden (eintragungspflichtige Tatsache, vgl. Brox/Henssler, Rn. 71).

Beispiele:

Firma des Kaufmanns (§ 29 HGB), Erteilung und Widerruf einer Prokura (§ 53 HGB), Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer OHG (§ 106 Abs. 6 HGB); Gründung einer GmbH (§ 7 GmbHG) oder AG (§ 7 AktG).

Eine Tatsache ist demgegenüber (bloß) eintragungsfähig, wenn sie in das Handelsregister eingetragen werden kann, ohne dass hierzu eine Pflicht besteht. Das ist bei solchen Tatsachen gegeben, für deren Eintragung nach Sinn und Zweck des Handelsregisters ein sachliches Bedürfnis besteht. Eintragungsfähig sind etwa die Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB bei Firmenfortführung. Diese Eintragung hat dann konstitutive Wirkung. Diese Eintragungen von eintragungsfähigen Tatsachen hängen von der Kontrolle durch das Registergericht ab, so dass damit zugleich die Verlässlichkeit der Eintragungen im Handelsregister erhöht wird.

Nicht eintragungsfähig sind z. B. eine Handlungsvollmacht, ein Nacherbenvermerk oder sonstige Verfügungsbeschränkungen, auch wenn sie für den Handelsverkehr von Bedeutung sein können. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrecht (BGBl. 2021, I 3436 - MoPeG) wurde für die unternehmerisch tätige Gesellschaft bürgerlichen Recht (GbR) die Möglichkeit geschaffen, diese (optional) in ein neben dem Handelsregister bestehendes Gesellschaftsregister eintragen zu lassen (§ 707 BGB).

Ferner ist zu unterscheiden zwischen rein deklaratorischen Eintragungen und konstitutiven Eintragungen. Deklaratorisch ist eine Eintragung, wenn sie nur die bestehende Rechtslage zum Ausdruck bringt, ohne diese zu ändern, z. B. die nach § 29 HGB bestehende Eintragungspflicht für einen Kaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB. Konstitutiv ist eine Handelsregistereintragung, wenn sie rechtsbegründend wirkt, d. h., dass das Recht erst durch die Eintragung entsteht. Hierzu zählen die Kann-Kaufleute (§ 2 HGB) oder die Land- und Forstwirtschaft (§ 3 HGB), für die die Kaufmannseigenschaft mit Eintragung begründet wird, die Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB sowie vor allem die Eintragung einer GmbH (§ 11 GmbHG) oder einer AG (§ 41 Abs. 1 AktG) in das Handelsregister, die beide als juristische Person mit der Eintragung entstehen.

Das Handelsregister besteht aus zwei Abteilungen (§ 3 Abs. 1 Handelsregisterverordnung (HRV)). In Abteilung A werden insbesondere Einzelkaufleute, OHG und KG sowie die in § 33 HGB genannten juristischen Personen eingetragen (§ 3 Abs. 2 HRV). In die Abteilung B gehören die Aktiengesellschaften, die SE, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§ 3 Abs. 3 HRV).

Vereine, Partnerschaftsgesellschaften und Genossenschaften werden in eigenständigen Registern eingetragen. Das Eintragungsverfahren ist in der HRV geregelt.

Nach § 10 Abs. 1 S. 1 HGB werden die Eintragungen in das Handelsregister sowie Registerbekanntmachungen durch ihre erstmalige Abrufbarkeit bekannt gemacht (Vgl. Bitter/Linardatos, § 4, Rn. 8a). Entscheidend für die in der juristischen Ausbildung maßgebende und im Folgenden zu behandelnde Publizitätswirkung des Handelsregisters sind die Eintragung und Bekanntmachung. Mit der fortschreitenden Digitalisierung des Handelsregisters liegen Eintragung und Bekanntmachung regelmäßig zeitlich eng beieinander. Nach § 10 Abs. 4 HGB gilt eine Eintragung mit dem Ablauf des Tages der Eintragung und der Registerbekanntmachung als bekannt gemacht.

Weiterhin gibt es ein Unternehmensregister, das als Teil des elektronischen Bundesanzeigers geführt wird (www.unternehmensregister.de). Es handelt sich dabei um eine übergeordnete Plattform mit Verbindungen zu den einzelnen Registern, also Handels-, Gesellschafts-, Genossenschafts- oder Partnerschaftsregister. Hier erhält man kostenlosen Zugang zu

sämtlichen, ein Unternehmen betreffende (öffentlich zugängliche) Informationen, die in § 8b Abs. 2 Nr. 1 bis 13 HGB aufgelistet sind (Vgl. Hopt/Merkt, § 8b HGB, Rn. 1 ff.).

4.2 Publizitätswirkung des Handelsregisters

4.2.1 Überblick

Die wesentliche Funktion des Handelsregisters besteht in seiner Publizitätswirkung. Diese sind in § 15 Abs. 1 bis 3 HGB normiert. Die Vorschrift des § 15 HGB knüpft an eine Handelsregistereintragung und Bekanntmachung materiell-rechtliche Konsequenzen und stellt mit ihrer Publizitätswirkung eindeutig den Schwerpunkt in der juristischen Ausbildung dar. So schützen § 15 Abs. 1 und 3 HGB das Vertrauen des gutgläubigen Rechtsverkehrs in den Inhalt des Handelsregisters. In der Praxis ist § 15 Abs. 2 HGB der Regelfall. Danach muss ein Dritter die (zulässig und richtig) eingetragenen und bekanntgemachten Tatsachen grundsätzlich gegen sich gelten lassen. Der Eintragungspflichtige kann sich danach auf eine (eventuelle) Änderung der Sachlage berufen, wenn diese im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht ist.

Die besondere Prüfungsrelevanz der Rechtsfragen zur Publizitätswirkung des Handelsregisters hat sich durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) mit der Einführung eines Gesellschaftsregisters für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 707 BGB) noch erhöht. So ist nach § 707a Abs. 3 BGB die Vorschrift des § 15 HGB entsprechend anwendbar. Im Folgenden sollen alle drei Fallkonstellationen näher dargestellt und an Beispielen veranschaulicht werden.

4.2.2 Negative Publizität

Nach § 15 Abs. 1 HGB kann eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache, solange sie nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengehalten werden, es sei denn, dass sie diesem bekannt war. Da es sich um Tatsachen handelt, die nicht eingetragen und bekanntgemacht wurden, ist Kerngehalt des § 15 Abs. 1 HGB, das sich der Rechtsverkehr auf das Schweigen des Handelsregisters verlassen kann; daher spricht man von „negativer“ Publizität. Wird z. B. das Erlöschen einer Prokura nicht eingetragen (§ 53 Abs. 3 HGB) und schließt derjenige Prokurist danach einen Vertrag für das Unternehmen, dann muss das Unternehmen die (pflichtwidrige) Nichteintragung gegen sich gelten lassen.

Die Vorschrift des § 15 Abs. 1 HGB hat folgende Voraussetzungen.

Es muss sich um eine eintragungspflichtige Tatsache handeln.

Beispiele:

Eintragung der Firma (§ 29 HGB), Eintragung und Erlöschen der Prokura (§ 53 HGB), Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer OHG (§ 106 Abs. 6 HGB), Ausschluss eines OHG-Gesellschafters von der Vertretung (§ 125 Abs. 1 HGB) , Bestellung und Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers (§ 39 GmbH; ebenso ist auch die Abberufung eines vorher nicht eingetragenen Geschäftsführers eintragungspflichtig, vgl. OLG Köln, ZIP 2015, 1831).

Diese betreffende Tatsache muss im Zeitpunkt des Vorgangs, aus dem der Dritte, also regelmäßig der Geschäftspartner, Rechte herleitet, wahr geworden sein. Nicht von § 15 Abs. 1 HGB erfasst sind daher die bloß eintragungsfähigen Tatsachen.

Eine Tatsache ist nicht eingetragen oder zwar eingetragen, aber noch nicht bekanntgemacht worden; unerheblich ist dabei, warum die Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht worden ist.

Diese einzutragende Tatsache darf dem Dritten auch nicht bekannt gewesen sein (§ 15 Abs. 1 HGB a. E.). Der gute Glaube wird danach vermutet. Dem Dritten schadet daher, anders als bei § 932 Abs. 2 BGB oder § 173 BGB, nur positive Kenntnis und nicht bereits grob fahrlässige Unkenntnis. Das Handelsregister bietet insoweit eine gesteigerte Richtigkeitsgewähr. Die Beweislast für die Kenntnis des Dritten liegt beim Eintragungspflichtigen.

Als weitere (ungeschriebene) Voraussetzung verlangt die h. M., dass der rechtsbegründende Vorgang zum „Geschäftsverkehr“ gehört. Es ist zwar unerheblich, ob der Dritte das Handelsregister tatsächlich eingesehen und auf sein Schweigen vertraut hat. Allerdings soll das Handelsregister dem Verkehrsschutz Rechnung tragen. Dieser kann daher nicht zur Anwendung kommen, wenn Vertrauensschutz überhaupt nicht eingreifen kann. Es muss daher zumindest abstrakt die Möglichkeit bestehen, dass der Dritte sein Verhalten mit Rücksicht auf seine Kenntnis von bestimmten Tatsachen ausrichtet (Vgl. Braasch, Rn. 213 m. w. N.). Diese Möglichkeit besteht, außer im Falle rechtsgeschäftlichen Handelns, auch bei sonstigen privatrechtlichen Beziehungen, z. B. bei ungerechtfertigter Bereicherung, die mit dem Geschäftsverkehr in einem inneren Zusammenhang stehen. Der Begriff des Geschäftsverkehrs ist weit auszulegen und erfasst rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Beziehungen, die ein Kaufmann mit Dritten aufnimmt. Nicht darunter fallen rein deliktische Handlungen, bei denen ein Bezug zum Geschäftsverkehr völlig fehlt, z. B. bei einem Verkehrsunfall (Vgl. Braasch, Rn. 213).

Als Rechtsfolge bestimmt § 15 Abs. 1 HGB, dass die eintragungspflichtige Tatsache dem Dritten nicht entgegengesetzt werden kann. § 15 Abs. 1 HGB schützt damit den Geschäftspartner. Der Dritte muss daher etwa den Widerruf der Prokura nicht gegen sich gelten lassen, d. h., ihm gegenüber gilt der als Prokurist Handelnde auch als Prokurist und damit als Vertreter mit Vertretungsmacht. Da § 15 Abs. 1 HGB zugunsten des Dritten wirkt, steht diesem allerdings ein Wahlrecht zu, d. h. er kann entscheiden, ob er sich entweder auf die Registerlage nach § 15 Abs. 1 HGB oder auf die wahre Rechtslage berufen möchte (BGHZ 55, 267 (273); BGH, NJW-RR 1990, 737 (738); Brox/Henssler, Rn. 85). Nach h. M. findet § 15 Abs. 1 HGB auch dann Anwendung, wenn es an einer entsprechenden Voreintragung der Tatsache fehlt.

Beispiel:

Ein Inhaber eines großen Lebensmittelhandelsgeschäfts (I) erteilt seinem Verkäufer (V) Prokura. Angenommen, es kommt kurz darauf zu einem Zerwürfnis, das den I veranlasst, seine Prokura zu widerrufen. Dann könnte V, wenn die Prokura ins Handelsregister eingetragen worden ist, grundsätzlich für I wirksam Verträge mit Dritten schließen. § 15 Abs. 1 HGB findet nach h. M. auch dann Anwendung, wenn eine Eintragung der Erteilung der Prokura für V unterblieben ist. Nach einer Ansicht bedarf es in diesem Fall keiner Eintragung des Erlöschens der Prokura, da nun wieder die wahre Rechtslage mit dem Handelsregister übereinstimmt. Nach der h. M. sei das aber in jedem Fall erforderlich, da Dritte in der Zwischenzeit auch anderweitig von der Erteilung der Prokura erfahren haben könnten. Dieser Vertrauenstatbestand könne nur durch eine entsprechende Eintragung beseitigt werden (BGHZ 55, 267 (272); BGH, NJW 1983, 2258 (2259); vgl. Hopt/Merkt, § 15 HGB, Rn. 11 m. w. N.).

Umstritten ist, ob sich der Dritte auch hinsichtlich einer nicht eingetragenen Tatsache teilweise auf die wirkliche und teilweise auf die sich nicht aus dem Register ergebende Tatsache berufen können soll (Vgl. Hopt/Merkt, § 15 HGB, Rn. 11 m. w. N..zur „Rosinentheorie“; Braasch, Rn.

221 m. w. N. zur überwiegend befürwortenden Ansicht; dagegen etwa Brox/Henssler, Rn. 86 m. w. N. mit Hinweis auf das widersprüchliche Verhalten des Dritten).

4.2.3 Positive Publizität

In dem Fall der „positiven Publizität“ nach § 15 Abs. 3 HGB liegt dem Rechtsschein nicht das „negative“ Fehlen einer Eintragung oder Bekanntmachung, sondern eine unrichtig erfolgte Eintragung zugrunde. Hier ist zu beachten, dass nach § 10 Abs. 1 HGB Eintragungen durch ihre erstmalige Abrufbarkeit über www.handelsregister.de bekannt gemacht werden. Wegen der engen zeitlichen und technischen Verknüpfung von Eintragung und Abrufbarkeit (= Bekanntmachung) ist ein Auseinanderfallen zwischen einzutragender Tatsache und Bekanntmachung praktisch „technisch ausgeschlossen“. Das bedeutet, dass keine separate Bekanntmachung mit eigenem Wortlaut mehr erfolgen, sondern die erfolgte Eintragung aus dem elektronischen Handelsregister (nur) offengellegt wird (Vgl. Bitter/Linardatos, § 4, Rn. 17a HGB).

Der Dritte nimmt hier irrig an, dass die unrichtige Eintragung und Bekanntmachung der Wirklichkeit entspreche; dieses (abstrakte) Vertrauen schützt die Regelung des § 15 Abs. 3 HGB. § 15 Abs. 3 HGB hat folgende Voraussetzungen:

Es muss sich um eine eintragungspflichtige Tatsache handeln, die bei Unterstellung ihrer Richtigkeit eintragungspflichtig gewesen wäre, und diese Eintragung muss unrichtig gewesen sein. Unrichtig ist eine Eintragung, wenn sie mit der wirklichen Sach- oder Rechtslage nicht in Einklang steht.

Beispiel:

Der Inhaber eines Handelsgeschäfts (I) erteilt seinem Angestellten A Prokura. Durch ein Versehen wird aber dem Angestellten B Prokura erteilt. Hier liegt ein solcher Fall einer unrichtigen Eintragung vor mit der Folge, dass der Angestellte B aufgrund der Handelsregistereintragung mit „Prokura“ handeln könnte, obwohl sie ihm tatsächlich nicht erteilt worden ist.

Die Unrichtigkeit der eingetragenen Tatsache darf dem Dritten zudem nicht bekannt sein (§ 15 Abs. 3 HGB a. E.). Der gute Glaube des Dritten wird, ebenso wie bei § 15 Abs. 1 HGB, vermutet. Dem Dritten schadet lediglich positive Kenntnis, nicht jedoch grobe Fahrlässigkeit (Vgl. Hopt/Merkt, § 15 HGB, Rn. 7, 20 m. w. N*).* Auch hier ist nicht erforderlich, dass der Dritte das Handelsregister zuvor eingesehen hat. Ausreichend ist, dass er die unrichtige Eintragung hätte zur Kenntnis nehmen können. Ebenso wie bei § 15 Abs. 1 HGB ist auch bei § 15 Abs. 3 HGB die Zugehörigkeit des rechtsbegründenden Vorgangs zum „Geschäftsverkehr“ erforderlich.

Umstritten ist, ob die unrichtige Eintragung auf ein zurechenbares Verhalten des Eintragungspflichtigen zurückzuführen sein muss. Nach h. M. muss zwar nicht die Fehlerhaftigkeit der Eintragung, wohl aber die Eintragung als solche auf einem Verhalten des Eintragungspflichtigen beruhen (Vgl. Hopt/Merkt, § 15 HGB, Rn. 19; Braasch m. w. N. zur h. M. zum „Veranlasserprinzip“, da die Vorschrift nur zu Lasten des Eintragungspflichtigen wirke; a. A. Brox/Henssler, Rn. 101 ff.). Auf ein Verschulden kommt es in diesem Fall nicht an.

Als Rechtsfolge bestimmt § 15 Abs. 3 HGB, dass der Geschäftsgegner sich auf die unrichtige Eintragung berufen kann. Er kann aber auch, wie bei § 15 Abs. 1 HGB, auf die Begünstigung verzichten und sich auf die wahre Rechtslage berufen. Er hat also, wie bei § 15 Abs. 1 HGB, ein Wahlrecht.

4.2.4 Wirkung richtiger Eintragung und Bekanntmachung

Demgegenüber bezieht sich § 15 Abs. 2 HGB auf die Wirkung richtiger Eintragungen und Bekanntmachungen. Diese Vorschrift ist in der Praxis der Regelfall. Danach muss ein Dritter die

(zulässig und richtig) eingetragenen und bekanntgemachten Tatsachen grundsätzlich gegen sich gelten lassen; § 15 Abs. 2 HGB kommt damit dem Eintragungspflichtigen zugute.

§ 15 Abs. 2 HGB hat folgende Voraussetzungen:

Es muss sich um eine eintragungspflichtige Tatsache handeln. § 15 Abs. 2 HGB bezieht sich tatbestandlich auf § 15 Abs. 1 HGB und handelt von der Wirkung einzutragender Tatsachen im Geschäftsverkehr gegen Dritte nach Eintragung und Bekanntmachung (Vgl. Hopt/Merkt, § 15 HGB, Rn. 13 mit Verweis auf Rn. 4 ff.).

Die Tatsache muss richtig eingetragen und bekannt gemacht worden sein. Eintragung und Bekanntmachung müssen der wahren Rechtslage entsprechen. Der Dritte kann sich z. B. nicht auf das Erlöschen einer Prokura berufen. Eine Ausnahme gilt für den Fall, wenn diese Rechtshandlung innerhalb der Frist von 15 Tagen nach der Eintragung vorgenommen wurde und der Dritte nachweisen kann, dass er das Erlöschen der Prokura weder kannte noch kennen musste (§ 15 Abs. 2 S. 2 HGB). Diese Regelung verlängert damit die Rechtsscheinwirkung aus § 15 Abs. 1 HGB um 15 Tage über die Bekanntmachung (= erstmalige Abrufbarkeit der Eintragung, § 10 Abs. 1 HGB) hinaus. An das Kennenmüssen (= fahrlässige Unkenntnis, vgl. Legaldefinition in § 122 Abs. 2 BGB) des Dritten sind allerdings strenge Anforderungen zu stellen. So wird man von Kaufleuten erwarten können, dass sie die in das Handelsregister eingetragenen Tatsachen kennen (Vgl. BGH, NJW 1972, 1418 (1419); vgl. Hopt/Merkt, § 15 HGB, Rn. 14). Der Anwendungsbereich dieser Regelung ist infolge der vollständigen Digitalisierung des Handelsregisters insofern sehr begrenzt. Denkbar sind allenfalls Fälle, in denen die Eintragung in das Handelsregister ordnungsgemäß erfolgt ist, dem Dritten aber ein Zugriff auf das Online-Handelsregister unverschuldet (z. B. aufgrund einer großflächigen Internet- oder Serverstörung) nicht möglich ist. Naheliegender dürften Geschäftsvorfälle mit einem sehr geringeren finanziellen Volumen sein, bei denen eine (erneute) Einsichtnahme in das Handelsregister unmittelbar vor Vertragsabschluss nicht erwartet werden kann oder solche Fälle, in denen eine Einsichtnahme erfolgte, sich aber die Vertragsunterzeichnung (unvorhergesehen) um einige Tage verzögert und sodann das Handelsregister nicht noch einmal eingesehen wird (Vgl. Bitter/Linardatos, § 4, Rn. 11 mit anschaulichem Beispiel).

Als Rechtsfolge bestimmt § 15 Abs. 2 HGB, dass der Dritte die Tatsache gegen sich gelten lassen muss, d. h. diese wirkt zu seinen Ungunsten. Diese Vorschrift geht von richtigen Eintragungen aus, während § 15 Abs. 1 und 3 HGB die „kranken“ Fälle betreffen, in denen die im Handelsregister verlautbarten Tatbestände nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen.

Von größerer Bedeutung als die Einschränkung in § 15 Abs. 2 S. 2 HGB ist diejenige, die sich aus einer teleologischen Reduktion des § 15 Abs. 2 HGB ergibt. Diese Regelung beseitigt nur den sich aus dem Handelsregister ergebenden (falschen) Rechtschein, wirkt aber nicht gegenüber einem unabhängig vom Handelsregister gesetzten Rechtsschein, der stärker wirkt als die Bekanntmachung und Eintragung (Vgl. Hopt/Merkt, § 15 HGB, Rn. 15 m. w. N.; Bitter/Linardatos, § 4, Rn. 12 ff.; Brox/Henssler, Rn. 91a; Braasch, Rn. 234 ff. zum Rechtsschein außerhalb des Handelsregisters). Das bedeutet, dass sich gutgläubige Dritte auf den Rechtsschein, der unabhängig von der Eintragung des § 15 Abs. 2 HGB gesetzt wird, berufen können. Ist etwa einem Prokuristen eine Vollmachturkunde ausgehändigt worden, kann sich auch nach einem eingetragenen Widerruf der Prokura der Rechtsschein der Bevollmächtigung nach § 172 Abs. 2 HGB ergeben. Ein weiteres Beispiel ist die persönliche Haftung wegen Weglassens des haftungsbeschränkenden Rechtsformzusatzes. Wer z. B. im (schriftlichen) Rechtsverkehr unzulässig ohne den Zusatz „GmbH“ auftritt, kann den Geschäftsgegner nicht darauf verweisen, dass das Unternehmen aber doch als „GmbH“ ordnungsgemäß im Handelsregister eingetragen sei (Vgl. Bitter/Linardatos, § 4, Rn. 12 ff.).

5 HANDELSUNTERNEHMEN

5.1 ÜBERTRAGUNG EINES KAUFMÄNNISCHEN UNTERNEHMENS

Ein Unternehmen ist eine organisatorische Einheit, die auf einer Verbindung personeller und sachlicher Ressourcen beruht. Das Unternehmen selbst ist allerdings nicht rechtsfähig, da es für sich genommen kein Rechtssubjekt ist, sondern nur der Inhaber des Unternehmens. Soll diese organisatorische Einheit verkauft werden, so bieten sich für den Unternehmenskaufvertrag zwei Gestaltungsmöglichkeiten an, von denen der eine („asset deal“) wegen des mit ihm verbundenen Wechsels der Unternehmensträgerschaft besondere rechtliche Probleme mit sich bringt, während die andere („share deal“) nichts an der Zuordnung der Rechtsverhältnisse zum verbleibenden Rechtsträger ändert.

Ein Unternehmen kann also durch den so genannten „asset deal“ oder den „share deal“ übertragen werden. Im Falle des „asset deal“ werden die einzelnen, zum Unternehmens gehörenden Vermögensgegenstände (assets), also Sachen (Produktionsanlagen, Grundstücke, Gebäude, Einrichtungen, Vorräte) und Rechte (z. B. Patente, Marken, Forderungen aus Verträgen und Verbindlichkeiten) als Einheit im Rahmen eines Vertrages verkauft (§§ 433, 453 BGB) und sodann auf einen neuen Unternehmensträger übertragen. Der Unternehmensveräußerer erfüllt seine Verpflichtung dadurch, dass er die einzelnen Vermögensgegenstände nach den jeweils dafür einschlägigen (dinglichen) Vorschriften übernimmt. So werden bewegliche Sachen nach §§ 929 ff. BGB (Einigung und Übergabe), Grundtücke nach den §§ 873 ff. BGB (Einigung und Eintragung) und Forderungen sowie Rechte nach den §§ 398, 413. BGB (durch Abtretung) übertragen. Es kommt also bei einem asset deal zu einer Trennung des Unternehmens von seinem Unternehmensträger.

Demgegenüber sind bei einem „share deal“ nicht das Unternehmen (und auch nicht die einzelnen Gegenstände) Gegenstand eines Kaufvertrages, sondern die Gesellschaftsanteile („shares“) am Unternehmensträger. Das Unternehmen verbleibt also bei demselben Unternehmensträger, z. B. einer Personen- oder Kapitalgesellschaft. Handelt es sich bei einem Unternehmensträger um eine natürliche Person, dann kann für eine Unternehmensveräußerung nur ein „asset deal“ in Betracht kommen, da es in diesem Fall keine Anteile an einer Gesellschaft gibt.

Beispiel:

Die XY-GmbH betreibt einen Handel mit Schuhen. Alleingesellschafter A veräußert seine Geschäftsanteile an der XY-GmbH an K. Für die Altverbindlichkeiten der Gesellschaft, also der GmbH aus der Zeit vor ihrer Veräußerung an K, haftet auch nach der Veräußerung der Anteile an K die XY-GmbH. Sämtliche unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse bleiben bei der XY-GmbH.

Anders ist es bei einem asset deal. Hier stellt sich die Frage, ob der Unternehmenserwerber für die Altverbindlichkeiten des Unternehmensveräußerers haftet, ob Altschuldner von ihren Verbindlichkeiten frei werden, wenn sie an den Unternehmenserwerber leisten und ob sogar ganze Rechtsverhältnisse vom alten auf den neuen Unternehmensträger übergehen können. Bei einem „share deal“ stellen sich diese Fragen nicht, da der Unternehmensträger nicht wechselt, sondern weiter besteht. In diesem Fall bestehet kein Bedürfnis nach einer besonderen Regelung zur Haftung für Altverbindlichkeiten, den Schutz von Altschuldnern oder gar den Übergang von Rechtsverhältnissen (Vgl. Bitter/Linardatos, § 5, Rn. 3 ff.).

Beispiel:

Veräußert im obigen Beispiel die XY-GmbH nicht V seine Geschäftsanteile, sondern verkauft die XY-GmbH die zu dem Unternehmen gehörenden Sachen und Rechte an K, dann ist die XY-GmbH Vertragspartner. K wird damit zum neuen Träger des zuvor von der XY-GmbH gehaltenen Unternehmens. Fraglich ist dann, ob die (nunmehr unternehmenslose) GmbH weiterhin für die Altverbindlichkeiten, d. h. Verbindlichkeiten aus der Zeit vor der Unternehmensveräußerung an K, haftet oder ob Gläubiger sich auch an K halten können. Fraglich ist zudem, ob Schuldner der XY-GmbH, deren Verbindlichkeiten aus der Zeit vor der Unternehmensveräußerung stammen, von ihrer Schuld befreit werden, wenn sie an den nunmehr unternehmenstragenden K zahlen (Vgl. Bitter/Linardatos, § 5, Rn. 9).

Vor diesem Hintergrund regeln die §§ 25 bis 28 HGB für den Fall, dass es auf Grundlage eines Unternehmenskaufvertrages in Form eines „asset deal“ oder eines ähnlichen Rechtsgeschäfts zu einer Übertragung eines Unternehmens auf einen neuen Unternehmensträger kommt, die Haftung des Erwerbers gegenüber den Altgläubigern (= den Gläubigern des Unternehmens vor dessen Übergang) sowie die Stellung der Altschuldner (= die Schuldner des Unternehmens vor dessen Übergang). Diese Regelungen sind mit dem Firmenrecht verknüpft. Wird etwa die Firma trotz Inhaberwechsels fortgeführt, bleibt der Eindruck der Kontinuität der Verhältnisse im Handelsverkehr erhalten, so dass mit den §§ 25 bis 28 HGB Fragen des Übergangs von Forderungen und Schulden geregelt werden sollen (Vgl. zur nicht unumstrittenen dogmatischen Begründung der Unternehmenskontinuität Bitter/Linardatos, § 5, Rn. 11 ff. m. w. N.).

5.2 Unternehmenserwerb unter Lebenden

Nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB haftet derjenige, der ein Handelsgeschäft unter Lebenden erworben hat, für alle im Betrieb des früheren Inhabers begründeten Verbindlichkeiten, wenn er die bisherige Firma fortführt. Die Haftung des früheren Inhabers bleibt neben der Haftung des Erwerbers bestehen. Diese Nachhaftung des bisherigen Inhabers wird durch § 26 Abs. 1 S. 1 HGB zeitlich begrenzt.

Voraussetzung ist für eine Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung (§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB) zunächst, dass es sich um ein Handelsgeschäft handelt (§ 343 HGB); diese Vorschrift findet damit keine Anwendung, wenn es sich nicht um ein kaufmännisches Unternehmen handelt. Für einen Erwerb in diesem Sinne ist jeder Erwerbstatbestand ausreichend, d. h. auch ein zeitlich begrenzter Erwerb durch Miete, Pacht oder Nießbrauch reicht aus.

Von einer Unternehmensfortführung ist bereits dann auszugehen, wenn der Betrieb von dem Erwerber in seinem Kern fortgeführt worden ist. Es muss für den Rechtsverkehr der Eindruck bestehen, dass das Unternehmen unverändert fortgeführt wird.

Das Handelsgeschäft muss weiterhin unter derselben Firma fortgeführt werden. Dabei ist eine wort- oder buchstabengetreue Übereinstimmung zwischen neuer und alter Firma nicht erforderlich. Entscheidend ist, ob der Geschäftsverkehr die neue Firma noch mit der alten identifiziert. Es genügt dabei, wenn „der Kern der Firma und die prägenden Zusätze“ übernommen werden. Die Änderung des Rechtsformzusatzes ist nach h. M. hierbei ohne Bedeutung (BGH, NJW 1992, 911 (912); BGH, NJW-RR 2004, 1173; vgl. Braasch, Rn. 92; Hopt/Merkt, § 25 HGB, Rn. 7 ff. m. w. N.).

Die Rechtsfolge ist, dass der Erwerber für die im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten gegenüber Altgläubigern nach § 25 Abs. 1 S 1 HGB haftet.

Beispiel:

Neu hat das Textilgeschäft von Alt übernommen und führt es, um den Kundenkreis zu behalten, mit Einwilligung Alt's unter der bisherigen Firma "Karl Alt, Textilwaren, Inhaber Neu" fort. Nach zwei Monaten verlangt der Importeur I von Neu Zahlung einer Schuld von 12000 Euro aus einem mit Alt vor sechs Monaten abgeschlossenen Geschäft. Neu haftet nach § 25 Abs. 1 HGB für die früheren Verbindlichkeiten. Ein Nachfolgezusatz beseitigt die Haftung nicht. Grund für die Haftung ist nicht die Firmenfortführung, sondern der Übergang und die Fortführung des Unternehmens. Für Alt besteht zudem eine zeitlich befristete Haftung nach §§ 25, 26 HGB.

Die Haftung des Erwerbers kann ausgeschlossen werden. Dazu bedarf es einer entsprechenden Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber. Hinzutreten müssen die Eintragung und Bekanntmachung dieser Vereinbarung in das Handelsregister oder eine entsprechende Mitteilung an den Gläubiger (§ 25 Abs. 2 HGB).

Nach § 25 Abs. 1 S. 2 HGB „gelten" bei einer Firmenfortführung die im Betrieb des früheren Inhabers begründeten Forderungen „den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergangen". Diese Regelung betrifft damit die Frage, an wen der Schuldner einer Forderung des Handelsgeschäfts im Falle der Übernahme des Handelsgeschäfts durch einen Dritten leisten muss. Sofern auch kein in das Handelsregister eingetragener Ausschlussgrund nach § 25 Abs. 2 HGB vorliegt, wird der Schuldner durch Zahlung an den Erwerber von seiner Verbindlichkeit befreit. Das bedeutet, dass Alt von seinen Schuldnern, wenn diese nach der Veräußerungen ihre Schuld durch Zahlung an Neu beglichen haben, von ihnen keine Zahlung mehr verlangen kann. Alt kann sich allerdings an Neu halten und Ausgleich über die (ungerechtfertigt erhaltene) Leistung von den Altschuldnern nach § 816 Abs. 2 BGB fordern.

Wird die Firma nicht fortgeführt, dann haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekanntgemacht worden ist (§ 25 Abs. 3 HGB). Besondere Verpflichtungen können sich ergeben aus § 75 Abgabenordnung (AO) für betriebsbezogene Steuern bei der Übertragung von Unternehmen oder Betrieben oder nach § 613a BGB gegenüber Arbeitnehmern im Falle eines Betriebsübergangs.

5.3 Inhaberwechsel kraft Erbfolge

Der Erbe eines Kaufmanns haftet für die Verbindlichkeiten des verstorbenen Erblassers sowohl nach erbrechtlichen Vorschriften (§§ 1922, 1967 BGB) als auch nach handelsrechtlichen Vorschriften (§ 27 HGB).

Nach den Regeln des BGB haftet ein Erbe für alle Schulden des Erblassers, also auch für die Geschäftsschulden mit seinem gesamten privaten Vermögen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann dieser seine Haftung durch Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz beschränken (§§ 1965 ff. BGB). Unter bestimmten Voraussetzungen kann ein Erbe auch die Erbschaft als Ganzen ausschlagen (§ 1942 BGB), d. h., dieser wird dann erbrechtlich als nicht existent betrachtet.

Die Vorschrift des § 27 HGB begründet daneben eine strengere Haftung des Erben im Falle der Fortführung des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma. Von dieser Haftung kann der Erbe nach § 27 Abs. 2 HGB oder § 25 Abs. 2 HGB befreit werden, nicht dagegen von der zivilrechtlichen Haftung als Erbe. Die praktische Bedeutung des § 27 HGB ist heute nur von

geringer praktischer Bedeutung, da einzelkaufmännische Unternehmen heute selten geworden sind und Unternehmen häufig in der Rechtsform der GmbH betrieben werden.

5.4 Haftung bei Eintritt in das Geschäfts eines Einzelkaufmanns

§ 28 HGB regelt den Schulden- und Forderungsübergang für den Fall, dass ein Einzelkaufmann einen Teilhaber aufnimmt und demzufolge eine OHG oder KG entsteht. Nach § 28 Abs. 1 S. 1 HGB haftet die Gesellschaft – OHG oder KG – für die Schulden des Einzelkaufmanns. Auf eine Fortführung der Firma kommt es hier für die Haftung nicht an. Der so genannte Eintretende bleibt gegenüber seinem Gläubiger aus Vertrag verpflichtet. Daneben haftet die neue Gesellschaft als neuer Unternehmensträger nach §§ 28 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB. sowie der/die anderen eingetretenen Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft (§§ 126 HGB, 161 Abs. 2 HGB). Handelt es sich um .eine KG, dann haften die Kommanditisten nach §§ 126, 161 Abs. 2 HGB (bis zur Höhe der eingetragenen Haftsumme) für die Schulden der Gesellschaft. Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn sie die Einlage erbracht haben (§ 171 HGB). Handelt es nicht um ein Handelsgeschäft, dann kommt diese Vorschrift nicht zur Anwendung; eine analoge Anwendung auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) wird nach h. M. abgelehnt (Vgl. Braasch, Rn. 113 ff.; Hopt/Merkt, § 28 HGB, Rn. 2).

Beispiel:

Kaufmann V ist Kfz-Händler als Einzelkaufmann V möchte sein Geschäft vergrößern und gründet zusammen mit dem finanzkräftigen B eine OHG, die das bisherige Unternehmen unter einem neuen Namen fortführt. Dem G stand gegen V eine Kaufpreisforderung in Höhe von 40.000 Euro zu. G hat nach wie vor gegen V einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 40.000 Euro nach § 433 Abs. 2 BGB; die Gründung der OHG führt nicht zu einer Haftungsbefreiung des V. Die OHG haftet gegenüber G nach § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 28 Abs. 1 HGB, 105 Abs. 2 HGB. Die Haftung wurde auch nicht nach § 28 Abs. 2 HGB ausgeschlossen. Als Gesellschafter der OHG haftet V nach § 433 Abs. 2 BGB, §§ 28 Abs. 1, 126 HGB für die bestehende Verbindlichkeit der Gesellschaft; auch B haftet als Gesellschafter für deren Schulden nach § 433 Abs. 2,BGB, §§ 28 Abs. 1, 126 HGB.

6 Prokura und Handlungsvollmacht

6.1 Stellvertretung nach den Regelungen des BGB

Jeder kann sich beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch einen anderen vertreten lassen. Die Stellvertretung ist in den §§ 164 bis 181 BGB geregelt. Die Voraussetzungen der Stellvertretung sind nach § 164 Abs. 1 BGB die Abgabe einer „eigenen Willenserklärung“ des Handelnden „im Namen des Vertretenen“. Der Vertreter unterscheidet sich von einem „Boten“, dass er einen eigenen Entscheidungsspielraum hat und nicht lediglich eine vorgegebene Willenserklärung übermittelt. Letztlich bedarf es eines Handelns mit „Vertretungsmacht“. Die Vertretungsmacht des „Stellvertreters“ kann sich aus Gesetz ergeben oder auf einer Erklärung des Vertretenen beruhen. Die durch eine Willenserklärung erteilte Vertretungsmacht wird als Vollmacht bezeichnet (§ 167 BGB). Zur gesetzlichen Vertretungsmacht zählt z. B. die Vertretungsmacht der Eltern (§§ 1626, 1629 BGB) für ihre minderjährigen Kinder und vor allem auch die Vertretungsbefugnisse der Organe von juristischen Personen, insbesondere des Vereinsvorstandes für den Verein (§ 26 BGB), des Geschäftsführers für die GmbH (§ 35 GmbHG)

oder des Vorstands für die AG. Das Geschäft, das der Vertreter tätigt, wirkt nur dann für und gegen den Vertretenen, wenn der im Namen des Vertretenen handelnde Vertreter innerhalb der ihm konkret erteilten Vollmacht bleibt. Überschreitet der Vertreter seine Vertretungsmacht, so ist der Vertretene an das abgeschlossene Geschäft grundsätzlich nicht gebunden, es sei denn, er genehmigt dieses nachträglich (§ 177 Abs. 1 BGB). Genehmigt er das Rechtsgeschäft nicht, wird der Vertreter selbst zur Erfüllung des Vertrages oder zum Schadensersatz verpflichtet (§ 179 Abs. 1 BGB).

Diese Regelungen des bürgerlichen Rechts werden den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs nach rascher Abwicklung und Rechtsklarheit nicht gerecht. Es bedarf daher typisierter Vertretungsformen, die den Handelsverkehr erleichtern sollen. Die gesetzliche Beschreibung des Umfangs der Vertretungsmacht durch typisierende Vertretungsformen hat zur Folge, dass sich der Vertragspartner grundsätzlich auf die Vertretungsmacht seines Verhandlungspartners verlassen kann. Besondere Formen der Vollmacht im Handelsverkehr sind die Prokura, die Handlungsvollmacht und die Rechtsscheinvollmacht der Ladenangestellten.

6.2 Prokura

Die Prokura trägt den Bedürfnissen des Handelsverkehrs Rechnung. Sie ist eine Vollmacht, deren Umfang grundsätzlich nicht vom Vollmachtgeber, sondern vom Gesetz bestimmt wird. Jeder, der mit einem Prokuristen ein Rechtsgeschäft abschließt, soll wissen, ob der Prokurist im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelt. Daher bestimmt die Vorschrift des § 49 Abs. 1 HGB, dass der Prokurist zu allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ermächtigt ist. Mit „eines“ ist irgendein Gewerbe gemeint, d. h., dass ein Bezug zum konkreten Gewerbe des Kaufmanns nicht notwendig ist. Grundsätzlich richtet sich die Erteilung der Prokura als rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht nach den §§ 167 ff. BGB.

Das Handelsrecht sieht allerdings einige Besonderheiten vor. Die Prokura muss „ausdrücklich“ vom Inhaber eines Handelsgeschäfts erteilt werden und der Vertretene muss „Kaufmann“ sein (§ 48 HGB). Die Erteilung bedarf keiner besonderen Form, kann also auch mündlich erfolgen. Die Prokura ist in das Handelsregister einzutragen (§ 53 Abs. 1 HGB). Die Wirksamkeit der Erteilung hängt allerdings nicht von deren Eintragung ab; diese hat nur deklaratorische Bedeutung (Vgl. Brox/Henssler, Rn. 197). Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, dass er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatz, z. B. ppa (lat.: per procura autoritate) voranstellt (§ 51 HGB). Der Prokurist kann also mit Wirkung für und gegen den Geschäftsinhaber Geschäfte jeder Art abschließen. Darunter können auch ungewöhnliche Geschäfte fallen, z. B. Personal einstellen und entlassen, Prozessführung für das Unternehmen und Vertretung vor Gericht, sämtliche An- und Verkäufe oder Kreditaufnahmen.

Der weite Umfang der Prokura kann Dritten gegenüber nicht beschränkt werden (§ 50 Abs. 1 HGB). Eine Vereinbarung, z. B. im Arbeitsvertrag, nach der ein Prokurist bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften nur unter bestimmten Voraussetzungen vornehmen darf, ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 50 Abs. 2 HGB). Der Dritte soll darauf vertrauen dürfen, dass der Prokurist alle Geschäfte abschließen kann, die generell zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehören, um den Rechtsverkehr zu schützen.

Der Geschäftsinhaber kann allerdings bei Überschreitung der im Innenverhältnis beschränkten Vertretungsmacht Schadensersatzansprüche gegen den Prokuristen haben; darüber hinaus könnte er gegebenenfalls das Anstellungsverhältnis fristlos aus wichtigem Grund kündigen. Ausnahmsweise kann sich der Dritte auf die Unbeschränkbarkeit der Prokura nicht berufen,

wenn der Prokurist arglistig mit ihm zum Nachteil des Geschäftsinhabers zusammenwirkt (Vgl. Kollusion, §§ 138, 826 BGB) oder wenn der Prokurist seine Vertretungsmacht bewusst missbraucht, d. h. seine im Innenverhältnis (Rechtsbeziehungen zwischen Kaufmann und Prokurist) gezogenen Grenzen überschreitet und der Dritte dies erkennt oder ihm dies aufgrund besonderer Umstände ohne weiteres erkennbar war (Missbrauch der Vertretungsmacht). Hier ist auf die Regelungen zur Stellvertretung nach den §§ 164 ff. BGB zurückzugreifen (Vgl. Brox/Henssler, Rn. 199 ff.). In diesen Fällen ist der Dritte nicht schutzwürdig. Dann wirkt das Rechtsgeschäft nicht gegen den Geschäftsinhaber.

Die umfassende Vertretungsmacht wird allerdings durch die Immobiliarklausel des § 49 Abs. 2 HGB eingeschränkt. Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur befugt, wenn er dazu vom Inhaber des Handelsgewerbes besonders bevollmächtigt ist, d. h., wenn ihm für die Vornahme solcher Geschäfte eine ausdrückliche Vollmacht erteilt worden ist. § 49 Abs. 2 HGB beschränkt aber nicht die Möglichkeit des Prokuristen, für den Geschäftsinhaber Grundstücke zu erwerben bzw. auf diese zur Absicherung des Restkaufpreises eine Hypothek oder Grundschuld zu bestellen.

Die Prokura umfasst auch nicht solche Geschäfte, die nicht dem „Betrieb“ dienen (z. B. Einstellung oder Veräußerung des Geschäftsbetriebes), reine Inhabergeschäfte (Bilanzunterzeichnung oder die Erteilung der Prokura sowie die so genannten Grundlagengeschäfte, z. B. Änderung der Firma oder die Aufnahme neuer Gesellschafter sowie die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (Vgl. Brox/Henssler, Rn. 201 f.; Braasch, Rn. 126 m. w. N.). Zudem deckt die Prokura keine Privatgeschäfte eines Kaufmanns, da diese der Betrieb eines Handelsgewerbes gerade nicht mit sich bringt.

Der Kaufmann kann Einzelprokura oder Gesamtprokura erteilen. Die Einzelprokura ist die umfassende Bevollmächtigung einer Person. Aus Sicherheitsgründen kann Gesamtprokura (§ 48 Abs. 2 HGB) an mehrere Personen erteilt werden. Diese können die genannten Geschäfte dann nur gemeinsam vornehmen. Handelt ein Gesamtprokurist alleine, dann handelt er demnach ohne Vertretungsmacht. Eine Ausnahme besteht bei Entgegennahmen von Willenserklärungen; hierzu ist jeder Gesamtprokurist auch einzeln befugt.

Die Prokura erlischt durch Widerruf des Geschäftsinhabers gemäß § 52 Abs. 1 HGB, durch die Beendigung des Grundverhältnisses (z. B. des Arbeitsvertrages) zwischen dem Unternehmer und dem Prokuristen, wenn nichts anderes vereinbart ist (168 BGB), durch den Tod des Prokuristen (§ 52 Abs. 3 HGB), durch Verlust der Kaufmannseigenschaft des Geschäftsinhabers, durch Einstellung oder Veräußerung des Geschäftsbetriebes oder im Falle der Insolvenz des Prinzipals (§ 117 InsO).

Das Erlöschen der Prokura hat die Folge, dass der Prokurist nicht mehr vertretungsberechtigt ist. Das Handeln im Namen des Geschäftsinhabers wirkt dann nicht mehr für und gegen den Geschäftsinhaber. Für von ihm dennoch abgeschlossene Geschäfte gelten die allgemeinen Regelungen zum Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht (§ 177 ff. BGB). Der Geschäftsinhaber muss das Erlöschen der Prokura zum Handelsregister anmelden (§ 53 Abs. 2 HGB).

Zu beachten ist jedoch, dass der Eintragung des Erlöschens in das Handelsregister nur „deklaratorische“ Wirkung zukommt, d. h., dass die Prokura auch ohne Eintragung erlischt. Wird das Erlöschen nicht ins Handelsregister eingetragen, wird der Dritte gemäß § 15 Abs. 1 HGB geschützt. Der gutgläubige Rechtsverkehr kann sich auf die Eintragung im Handelsregister verlassen. Solange dort also die Prokura nicht gelöscht ist, wird der Unternehmer durch die von dem vollmachtlosen Prokuristen getätigten Geschäfte verpflichtet.

6.3 HANDLUNGSVOLLMACHT

Die Handlungsvollmacht ist eine Vollmacht, die im Betrieb eines Handelsgewerbes erteilt wird und die keine Prokura ist (§ 54 Abs. 1 HGB). Auf die Handlungsvollmacht sind ebenfalls die §§ 164 ff. BGB anwendbar, soweit diese nicht durch die spezielleren Vorschriften des HGB verdrängt werden. Wie die Prokura betrifft auch die Handlungsvollmacht das Außenverhältnis zwischen dem Geschäftsinhaber und dem Dritten. Diese ist vom Grundverhältnis (Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsinhaber und Bevollmächtigtem) zu trennen. Wie oben ausgeführt, hat die Prokura im Interesse des Handelsverkehrs einen vom Gesetz festgelegten weiten Umfang. Dieser weite Umfang kann für den Kaufmann riskant sein. Deshalb liegt es im Interesse des Kaufmanns, dass die Rechtsordnung im Handelsverkehr auch solche Vollmachten zulässt, deren Umfang der Kaufmann mit Wirkung gegenüber Dritten bestimmen kann. Dem dienen die Vorschriften über die Handlungsvollmacht. Danach kann der Kaufmann Handlungsbevollmächtigte ernennen, deren Vertretungsmacht den Bedürfnissen des Handelsbetriebes angepasst ist. Andererseits liegt es im Interesse des Dritten, der mit einem Handlungsbevollmächtigten Geschäfte abschließt, dass er nicht von ungewöhnlichen Beschränkungen der Handlungsvollmacht überrascht wird. Deshalb hat die Handlungsvollmacht zum Schutz gutgläubiger Dritter einen gesetzlich festgelegten Mindestumfang (§ 54 HGB).

Die Handlungsvollmacht muss nach § 54 Abs. 1 HGB von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder von dessen Vertreter erteilt werden. Eine konkludente Erteilung ist hierbei, im Gegensatz zur Prokura, ausreichend. Erforderlich ist hierfür nur, dass der Geschäftsinhaber als Vollmachtgeber Kaufmann ist.

Im Unterschied zur Prokura kann die Handlungsvollmacht nicht ins Handelsregisters eingetragen werden; § 15 HGB gilt daher gerade nicht. Auch bei der Möglichkeit der Beschränkung der Handlungsvollmacht ergeben sich Unterschiede zur Prokura. Da der Umfang der Handlungsvollmacht im Gegensatz zur Prokura sehr unterschiedlich sein kann, darf der Dritte sich nicht darauf verlassen, dass die Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten auch das betreffende Geschäft umfasst. Ungewöhnliche Beschränkungen muss der Dritte nur dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie kannte oder kennen musste (§ 54 Abs. 3 HGB).

Der Umfang der Handlungsvollmacht wird durch denjenigen bestimmt, der die Vollmacht erteilt (§ 54 Abs. 1 HGB). Anders als bei der Prokura gibt es drei verschiedene Arten der Handlungsvollmacht, die bei der Frage, ob Handlungsvollmacht erteilt worden ist, voneinander abgegrenzt werden müssen. Um welche Art es sich im Einzelfall handelt und welchen Umfang sie konkret hat, ist durch Auslegung der Erklärung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln (Vgl. Bitter/Linardatos, § 6, Rn. 45).

Die Handlungsvollmacht kann zu allen Geschäften bevollmächtigen, die zum Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes gehören (Generalhandlungsvollmacht); diese kann aber auch nur zur Vornahme einer bestimmten Art von Geschäften, die zu einem Handelsgewerbe gehören, bevollmächtigen (Arthandlungsvollmach), z. B. zu Verkäufen oder Kassierer-tätigkeiten oder auch nur zu einem bestimmten einzelnen Geschäft bevollmächtigen (Spezialhandlungsvollmacht). Die jeweilige Handlungsvollmacht erstreckt sich dann auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte „gewöhnlich“ mit sich bringt. Die Branchenüblichkeit bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Ebenso wie eine Gesamtprokura kann der Geschäftsherr auch eine Gesamthandlungsvollmacht erteilen. Dann sind die Gesamthandlungsbevollmächtigten nur gemeinschaftlich befugt, den Geschäftsherrn zu vertreten.

Der Umfang der Handlungsvollmacht kann also im Unterschied zur Prokura im Außenverhältnis beschränkt werden (Vgl. § 50 HGB). Es besteht ein Gutglaubensschutz nach § 54 Abs. 3 HGB, nach dem eine wirksame Handlungsvollmacht vorliegen muss. § 54 Abs. 3 HGB schützt daher den guten Glauben an den Umfang der Vollmacht, nicht allerdings an den Bestand der Vollmacht.

Nach § 54 Abs. 2 HGB erstreckt sich die Handlungsvollmacht nicht auf die Veräußerung und Belastung von Grundstücken, die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen und die Prozessführung. Für alle diese Geschäfte benötigt der Handlungsbevollmächtigte eine besonders erteilte Vollmacht. Denn diese Geschäfte sind für den Geschäftsherrn besonders gefährlich. Beschränkungen der erteilten General-, Art- oder Spezialhandlungsvollmacht sind zwar grundsätzlich möglich, jedoch sind diese Beschränkungen Dritten gegenüber aber nur dann wirksam, wenn diese die Beschränkung kannten oder kennen mussten (§ 54 Abs. 3 HGB).

§ 54 HGB regelt unmittelbar nur die Handlungsvollmacht der im Betrieb des Kaufmanns beschäftigten Hilfspersonen (Vgl. arg. Ex § 55 HGB). Besonderheiten gelten für Hilfspersonen im Außendienst, wobei das Gesetz sowohl für den unselbstständigen Handlungsgehilfen als auch für den selbstständigen Handelsvertreter gleiche Regeln aufstellt. Im Gesetz wird nur danach unterschieden, ob der Hilfsperson Abschlussvollmacht (§§ 55 Abs. 1, 99 Abs. 1 HGB) oder (nur) Vermittlungsvollmacht (§§ 55 Abs. 4, 75g, 91 Abs. 2 HGB) erteilt worden ist. Liegt eine solche Abschlussvollmacht für den Handlungsgehilfen bzw. Handelsvertreter vor (§ 55 Abs. 1 HGB), dann erstreckt § 91 Abs. 1 HGB die Regelung des § 55 HGB auch auf von Nichtkaufleuten erteilte Vollmachten. Der Umfang der Handlungsvollmacht bestimmt sich auch für den Abschlusshandelsvertreter von Nichtkaufleuten nach den §§ 54, 55 HGB. Sind die im Außendienst tätigen Hilfspersonen (nur) mit der Vermittlung von Geschäften betraut (und nicht auch zu Vertragsabschlüssen bevollmächtigt), dann ist für Dritte oft nicht erkennbar, ob der Vermittler eine (begrenzte) Handlungsvollmacht hat oder nur Bote ist. Zum Schutz des gutgläubigen Dritten bestimmt daher § § 75g HGB für den Handlungsgehilfen und § 91 Abs. 2 HGB für den Handelsvertreter, dass diese ebenso wie ein Abschlussbevollmächtigter (§ 55 Abs. 4 HGB) zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt sind, die mangelhafte Waren oder Leistungen betreffen (Vgl. Braasch, Rn. 142 ff.).

Die Vollmacht erlischt gemäß § 168 BGB mit der Beendigung des Grundverhältnisses (= Vertrag, der den Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsinhaber und dem Bevollmächtigten zugrunde liegt) oder durch Widerruf. Nach dem Erlöschen der Handlungsvollmacht fehlt dem Handlungsbevollmächtigten die Vertretungsmacht. Für von ihm dennoch abgeschlossene Geschäfte gelten die allgemeinen Regelungen zum Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht (§ 177 ff. BGB); entsprechendes gilt, wenn eine nur zur Vermittlung von Geschäften bevollmächtigte Person einen Vertrag abschließt.

6.4 Ladenvollmacht

Nach § 56 HGB gilt derjenige, der in einem „Laden oder offenen Warenlager“ angestellt ist, zu Verkäufen und Empfangnahmen als bevollmächtigt, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich vorkommen. Unter einem Laden ist jede für Publikum frei zugängliche Verkaufsstätte zu verstehen, die zum Abschluss von Geschäften bestimmt ist, z. B. Warenhaus, Einzelhandelsgeschäft, Selbstbedienungsläden; kein Laden oder offenes Warenlager sind dagegen Büros- oder Fabrikräume, soweit nicht dort auch Verkaufsgeschäfte vorgenommen werden. Ein Ladenangestellter im Sinne dieser Regelung ist jeder, der mit Wissen und

Wollen des Geschäftsinhabers in dem Laden tätig wird, unabhängig von seinem konkreten Aufgabenbereich. Der Verkehrsschutz des § 56 HGB setzt voraus, dass die angestellte Person in oder von dem Laden bzw. Warenlager aus geschäftlich tätig wird, z. B. einen Vertrag anbahnt, abschließt oder einen solchen erfüllt, z. B. auch per Telefon oder E-Mail (Vgl. Hopt/Merkt, § 56 HGB, Rn. 1, 2 HGB). Der erzeugte Rechtsschein bezieht sich auf übliche Verkäufe und Empfangnahmen, nicht dagegen Ankäufe, sofern ein örtlicher Zusammenhang zwischen Laden und Geschäftsabschluss besteht.

7 KAUFMÄNNISCHE GESCHÄFTSMITTLER

7.1 HANDELSVERTRETER

Der Handelsvertreter gehört zu den selbstständigen Geschäftsmittlern. Nach § 84 Abs. 1 S. 1 HGB ist Handelsvertreter, wer als selbstständiger Gewerbebetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbstständig ist danach, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB). Maßgebend ist hier das Gesamterscheinungsbild des Handelnden, aus denen sich die persönliche Unabhängigkeit ergibt, die ihn von dem Angestellten unterscheidet. Indizien sind etwa eigene Geschäftsräume, die Führung von Handelsbüchern, das Tätigwerden für mehrere Unternehmen, keine feste Vergütung oder die Tragung der eigenen Kosten. .

Wesentliche Kennzeichen eines Handelsvertreters sind danach seine Selbstständigkeit (§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB), das Betreiben eines Gewerbes (§ 84 Abs. 4 HGB; ein „Kleingewerbe“ reicht dafür aus), die Vermittlung oder Abschluss von Geschäften (als Einfirmenvertreter oder für mehrere Unternehmer) sowie das Bestehen eines ständigen Vertragsverhältnisses zum Unternehmer

Der Handelsvertreter unterscheidet sich vom Handlungsgehilfen (§ 59 HGB) durch seine Selbstständigkeit, vom Handelsmakler durch ein bestehendes Dauerschuldverhältnis mit dem Unternehmer, vom Kommissionär, Vertragshändler und Franchisenehmer dadurch, dass er lediglich vermittelnd tätig ist oder in fremden Namen handelt.

Zu den wesentlichen Pflichten des Handelsvertreters zählen unter anderem die Pflicht zum Tätigwerden (§ 86 HGB) und die Pflicht zur Berichterstattung (§ 86 Abs. 2 HGB). Verstöße hiergegen begründen eine Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB. Der Handelsvertreter steht selbst in keinem Vertragsverhältnis zu den Kunden des Unternehmers, für den er tätig ist.

Der Umfang seiner Handlungsbefugnis ergibt sich aus §§ 91, 55 HGB; die Vorschriften differenzieren nur danach, ob die Hilfsperson Abschlussvollmacht (§§ 55 Abs. 1, 91 Abs. 1 HGB) oder Vermittlungsvollmacht (§§ 55 Abs. 4, 75g, 91 Abs. 2 HGB) hatte und nicht danach, ob diese selbständig oder unselbstständig für den Kaufmann tätig wird. Sind die im Außendienst tätigen Hilfspersonen nur mit der Vermittlung von Geschäften betraut, wie es bei Handelsvertretern häufiger der Fall ist, ohne dass sie selbst Vertragsabschlüsse tätigen dürfen, dann ist für den potenzielle Geschäftspartner häufig unklar, ob der Vermittler eine (begrenzte) Handlungsvollmacht hat oder nur als Bote des Kaufmanns tätig ist. Zum Schutz eines gutgläubigen Kunden bestimmen daher die §§ 75g HGB für den Handlungsgehilfen und § 91 Abs. 2 HGB für den Handelsvertreter, dass diese ebenso wie ein Abschlussbevollmächtigter (§ 55 Abs. 4 HGB) zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt sind, die mangelhafte Waren oder Leistungen betreffen (Vgl. auch 6.3. zur Handlungsvollmacht).

Wichtige Rechte des Handelsvertreters sind sein Provisionsanspruch (§§ 87, 87a HGB) und ein bei Beendigung der Vertragsbeziehung zum Unternehmer gegebenenfalls in Betracht kommender Ausgleichsanspruch (§ 89b HGB).

7.2 Handelsmakler

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 (z. B. Aktien, Schuldverschreibungen, Investmentanteile, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs) übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmaklers; für Börsen- und Wertpapiermakler gelten ergänzend Sonderregelungen, wie z. B. das Börsengesetz.

Der Handelsmakler ist demnach Kaufmann, wobei auch ein Kleingewerbe ausreicht. Er vermittelt lediglich Verträge (über Gegenstände des Handelsverkehrs), d. h., er schließt diese nicht selbst ab. Letztlich darf er nicht ständig von einer Partei mit Vertragsvermittlungen betraut sein. Im Gegensatz zum Zivilmakler (§ 652 Abs. 1 BGB), z. B. einem Immobilienmakler, ist der Handelsmakler stets Vermittlungsmakler. Das bedeutet, dass er Verträge zu vermitteln hat, d. h. durch seine Tätigkeit die Bereitschaft zum Abschluss eines Vertrages herbeizuführen. Nicht ausreichend ist allerdings der bloße Nachweis von Gelegenheiten zum Vertragsabschluss, z. B. bei Immobilienmaklern. Im Unterschied zum Handelsvertreter ist der Handelsmakler nicht ständig, sondern nur von Zeit zu Zeit für das Unternehmen tätig. Im Unterschied zum Kommissionär (§ 383 HGB) ist er auf reine Vermittlungstätigkeit beschränkt, während der Kommissionär Waren oder Wertpapiere im eigenen Namen für Rechnung eines anderen (Kommittenten) kauft und verkauft.

Der Handelsmakler ist zum Tätigwerden grundsätzlich nicht verpflichtet. Er hat eine Neutralitätspflicht sowie eine doppelte Beurkundungspflicht. Letzteres bedeutet, dass ihm im Erfolgsfall eine Schlussnote (§ 94 HGB) auszustellen und den Parteien zuzustellen ist; zudem hat er diesen Vertragsabschluss in einem besonderen Tagebuch (§ 100 HGB) zu vermerken. Ihm steht auch ohne besondere Vereinbarung ein Provisionsanspruch zu (§ 99 HGB).

7.3 Kommissionär

Nach der Legaldefinition des § 383 HGB ist Kommissionär, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für einen anderen (des Kommittenten) im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Der Kommissionär steht in einem doppelten Rechtsverhältnis. Mit seinem Auftraggeber (Kommittenten) verbindet ihn ein Kommissionsvertrag. Dem Dritten gegenüber ist er aus dem Ausführungsgeschäft verpflichtet. Daneben tritt noch das Abwicklungsgeschäft zwischen Kommissionär und Kommittenten, durch das der Kommissionär die aus dem Ausführungsgeschäft erlangten Rechte oder Sachen auf den Kommittenten überträgt. Dem Kommissionär steht nach Erfüllung des Ausführungsgeschäfts ein Provisionsanspruch zu (§ 396 Abs. 1 HGB). Regeln zum Schutz des Kommittenten, dem erst nach dem Abwicklungsgeschäft die Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft zustehen, enthält § 392 HGB.

7.4 Sonstige Geschäftsmittler

Fachhändler sind für einen Hersteller regelmäßig aufgrund von so genannten Fachhändlerverträgen tätig. Dieser ist gesetzlich nicht speziell geregelt. Häufig werden diese unter

Verwendung von vorformulierten Vertragsbedingungen geschlossen und unterliegen damit – auch im B2B Geschäft – der AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB), insbesondere im Hinblick auf Transparenz und dem Verbot unangemessener Benachteiligung. Flankierend können lauterkeitsrechtliche Grenzen aus dem UWG, z. B. Irreführungstatbestände, relevant werden, etwa bei vertikalen Preisempfehlungen in der Marktkommunikation.

Zu den weiteren Geschäftsmittlern mit stärkerer Vertriebsbindung zählen die so genannten Kommissionsagenten, die im Rahmen von einem „Depotsystem“ tätig werden. Ein Kommissionsagent ist als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut, im eigenen Namen und für Rechnung eines anderen Unternehmers Verträge abzuschließen. Unter einem Depotsystem versteht man die vertragliche Bindung eines Händlers, das Programm eines Herstellers unter dessen Marke und in einheitlicher Ladeneinrichtung zu führen; typische Beispiele für diese Vertragskonstruktion finden sich etwa in der Kosmetik- und Parfümeriebranche. Es handelt sich damit bei einem Kommissionsagenturvertrag um einen gemischten Vertrag, der Elemente aus dem Handelsvertretervertrag (für das Innenverhältnis) und aus dem Kommissionsvertrag für das Außenverhältnis (Vertragsabwicklung mit Dritten) enthält, in dessen Rahmen insbesondere zivil-, handels-, kartell- und steuerrechtliche Regelungen zu beachten sind. Der Verkauf erfolgt dabei, je nach vertraglicher Ausgestaltung, als Eigengeschäft des Händlers oder als Kommissionsgeschäft. Im Falle eines Kommissionsgeschäfts verkauft der Händler („Kommissionär“) Waren im eigenen Namen, aber für Rechnung des Herstellers („Kommittent“); gesetzlich geregelt ist das Kommissionsgeschäft in den §§ 383–406 HGB. Aus kartellrechtlicher Sicht ist zu beachten, dass vertikale Vertriebsbindungen den Beschränkungen der Vertikal-GVO (EU) 2022/720 unterliegen.

Der Vertragshändlervertrag ist ein Rahmenvertrag eigener Art, durch den sich ein Vertragshändler verpflichtet, Waren des Herstellers oder Lieferanten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu vertreiben. Durch diesen Vertrag wird der Vertragshändler in die Verkaufsorganisation des Herstellers bzw. Lieferanten eingegliedert (BGH, BB 2002, 2520; vgl. Braasch, Rn. 181 m. w. N.). Beispiele findet man insbesondere im Kfz-Handel, z. B. bei VW, BMW oder Ford. Die Vertriebsbindung ist hier noch größer als bei einem Depotsystem. Der Vertragshändlervertrag ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Das Handelsvertreterrecht wird teilweise analog herangezogen, soweit der Vertragshändler handelsvertretertypische Rechte und Pflichten übernommen hat (BGH, BB 2007, 1586; BGH, BB 2006, 1648; BB 2002, 2520; vgl. Braasch, Rn. 182).

Franchising ist ein Absatzsystem für Waren oder Dienstleistungen. Man unterscheidet je nach Gegenstand des Vertrages das Waren-Franchising, das Service-Franchising sowie das Herstellerfranchising. Das Waren-Franchising ist ein bestimmtes Vertriebssystem für die vom Franchisegeber hergestellten Waren. Beim Service-Franchising steht die standardisierte Dienstleistung unter einem einheitlichen Namen im Vordergrund (z. B. Hilton, Sheraton, Mövenpick). Stellt der Franchisenehmer Produkte nach den Vorgaben des Franchisegebers her und vertreibt sie unter dessen Marke (z. B. Coca-Cola), spricht man von Herstellungsfranchising (Vgl. Braasch, Rn. 184 ff.). Der Franchisevertrag ist, ebenso wie der Vertragshändlervertrag, ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichen Elementen. Durch diesen typengemischten Vertrag wird vom Franchisegeber gegen eine Franchisegebühr das Recht eingeräumt, Waren oder Dienstleistungen zu vertreiben. Der Franchisenehmer ist dann berechtigt und verpflichtet, Namen, Marke, Symbole und Einrichtungen des Franchisegebers zu benutzen (z. B. Schutzrechte und Know-how werden lizensiert) und die von diesem genau festgelegte Geschäftskonzeption zu übernehmen. Anders als der Vertragshändler ist der Franchisenehmer an ein bis ins Detail gehendes Geschäfts- und Marketingkonzept des Franchisegebers gebunden und insoweit dessen Überwachungs- und Weisungsrecht unterworfen. Nach dem

Franchisesystem arbeiten insbesondere McDonald's, Apollo-Optik, Burger King, Subway Sandwiches und TUI Reisecenter. Rechtlich wird jede einzelne Maßnahme des Franchisepakets nach den Regeln des jeweiligen einschlägigen Vertragstyps beurteilt (Vgl. Brox/Henssler, Rn. 242; Braasch, Rn. 186). Der Franchisenehmer ist regelmäßig selbstständig, d. h., er handelt im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und ist damit selbst Kaufmann. In der Praxis können sich wegen der starken Bindung an die Vorgaben des Franchisegebers Abgrenzungsschwierigkeiten zum Arbeitnehmer (Scheinselbständigkeit) ergeben. Aus dem Handelsvertreterrecht finden die Regeln zur ordentlichen und fristlosen Kündigung (§§ 89, 89a HGB) Anwendung; umstritten ist die Anwendung des § 89b HGB, der einen Ausgleichsanspruch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses vorsieht (Vgl. Braasch, Rn. 187).

Mit der nachfolgenden Abbildung sollen die komplexen vertriebspolitischen Strukturen veranschaulicht werden.

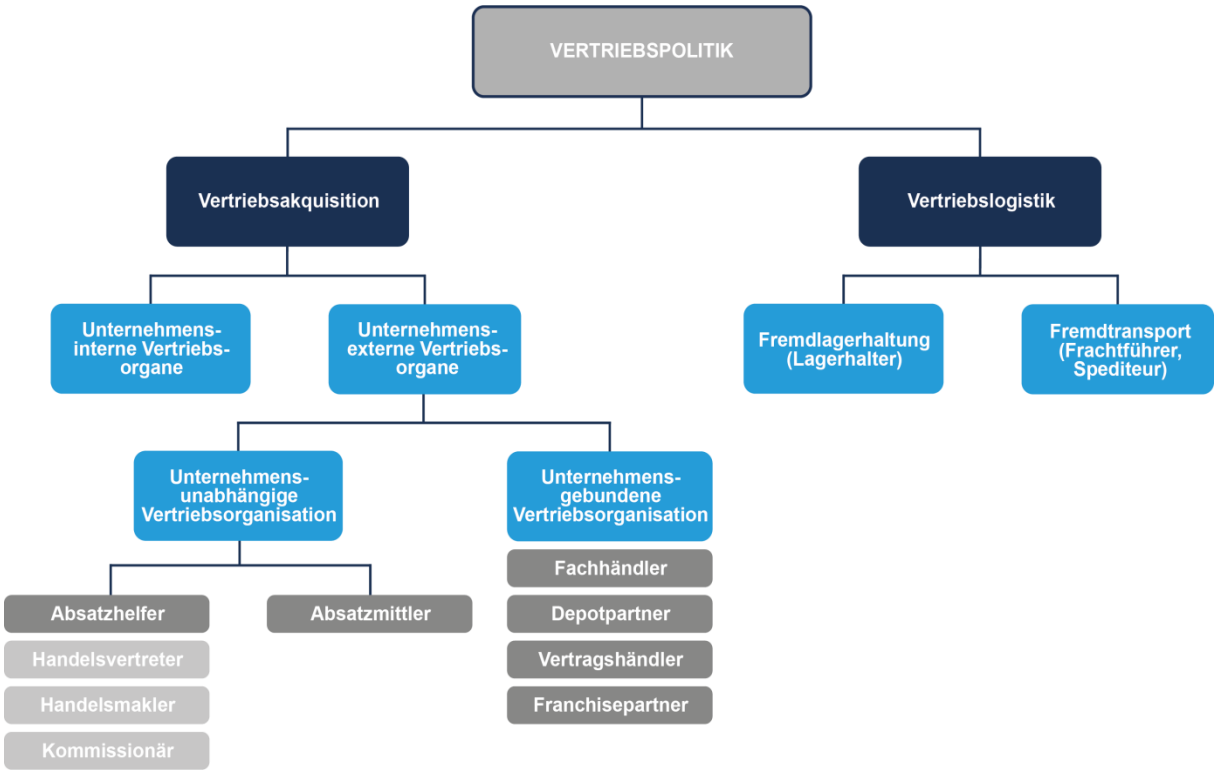


Abbildung 1: Vertriebspolitische Strukturen (Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 107)

8 HANDELSGESCHÄFTE

8.1 ALLGEMEINE VORSCHRIFTEN

8.1.1 Begriff des „Handelsgeschäfts"

Für Handelsgeschäfte enthalten die §§ 373-372 HGB besondere Vorschriften. „Handelsgeschäfte" sind nach 343 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Für die Betriebszugehörigkeit spricht die Vermutung nach § 344 HGB; diese Regeln finden also nur dann keine Anwendung, wenn das Geschäft ein für den

Rechtsverkehr erkennbares Privatgeschäft des Kaufmanns handelt (z. B. Friseurbesuch). Diese Abgrenzung ist nur bei einem Einzelkaufmann (e. K.) von Relevanz, da sie bei Handelsgesellschaften nicht vorkommen.

Derjenige, der das Geschäft danach tätigt, muss also Kaufmann i. S. d. §§ 1-6 HGB sein. Je nachdem, ob von den am Geschäft Beteiligten eine Partei oder beide Parteien Kaufmann sind, spricht das Gesetz von einem einseitigen oder beiderseitigen Handelsgeschäft. Grundsätzlich gelten die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Parteien, auch wenn es sich nur um ein einseitiges Handelsgeschäft handelt; dann gelten die Vorschriften auch für den Beteiligten, der kein Kaufmann ist (§ 345 HGB). Wenn bei einem einseitigen Geschäft eine Bestimmte Partei Kaufmann sein muss, ist dies im Gesetz ausdrücklich geregelt. Müssen bei einem Geschäft beide Vertragsparteien Kaufmann sein, dann ist dies ebenfalls speziell geregelt. Ein beiderseitiges Handelsgeschäft liegt danach vor, wenn beide Vertragspartner Kaufleute sind und das Geschäft zu ihrem Handelsgewerbe gehört.

8.1.2 Handelsbräuche und Incoterms

Handelsbräuche sind die kaufmännischen Verkehrssitten. Sie entstehen durch einheitliche und von Marktteilnehmern freiwillig anerkannte Übungen von gewisser Dauer (BGH, NJW 1994, 659 (660)). Sie sind also keine Rechtsnormen, sondern Verkehrssitten im Handel (Vgl. Braasch, Rn. 244), die zwischen Kaufleuten nach § 346 HGB rechtlich verbindlich Bedeutung haben. Handelsbräuche sind auch dann verbindlich, wenn die Beteiligten ihre Geltung nicht vereinbart haben oder ihnen unbekannt waren. Sie verdrängen dispositives Gesetzesrecht; gegen zwingendes Recht kann sich ein Handelsbrauch dagegen nicht entwickeln (BGHZ 62, 71; OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 548 (549)). Der Anwendungsbereich von Handelsbräuchen liegt vornehmlich bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen, insbesondere zur Bestimmung der beiderseitigen Rechte und Pflichten (Vgl. mit Beispielen Hopt/Leyens, § 346 HGB, Rn. 12 ff.). Besonderheiten gelten für die Handelsklauseln. Hier verwenden die Vertragsparteien oftmals nur die Kurzform, z. B. Nachnahme, Selbstbelieferung, ab Werk (Vgl. mit weiteren Beispielen Hopt/Leyens, § 346 HGB, Rn. 40 ff.).

Bei einem grenzüberschreiten Handelskauf möchten die Parteien nicht, dass im Streitfall das Recht des Staates der jeweiligen anderen Vertragspartei Anwendung findet. Der Vertragsabschluss ist einfacher, wenn man sich auf einheitliche Regeln einigen kann, die sich aus einer internationalen Gepflogenheit oder aus einer internationalen Rechtsordnung ergeben. Im internationalen Handelsverkehr werden zur Regelung der Lieferung und des Transports in Verträgen häufig die so genannten Incoterms (International Commercial Terms) vereinbart. Es handelt sich um besondere Allgemeine Geschäftsbedingungen, die katalogmäßig von der ICC (International Chamber of Commerce) in Paris (aktuelle Fassung von 2020, abrufbar auf der deutschen Website der ICC) zur besseren Abwicklung grenzüberschreitender Handelsgeschäfte entwickelt worden sind. Mit den von der ICC herausgegebenen Incoterms werden internationale Regeln zur Auslegung der hauptsächlich verwendeten Vertragsformeln in Außenhandelsverträgen aufgestellt. Dadurch werden Unsicherheiten, die durch unterschiedliche Auslegung solcher Klauseln in verschiedenen Ländern entstehen können, vermieden oder zumindest erheblich eingeschränkt. Die Incoterms beziehen sich auf bestimmte Rechte und Pflichten der Vertragspartner eines Kaufvertrages, speziell im Hinblick auf die Lieferung der Ware. Sie enthalten z. B. Regelungen zum Lieferort, zu den Transportkosten und der Transportversicherung, zur Risikozuordnung im Falle der Beschädigung oder des Untergangs der Kaufsache während des Transports sowie auch zu der Frage, wer Export- oder Importgenehmigungen zu beschaffen und gegebenenfalls Einfuhrzölle zu bezahlen hat.

Beispiele:

FOB (free on board) - benannter Verschiffungshafen: Verkäufer trägt Kosten und Gefahr des Untergangs oder von Schäden an der Ware bis zum Überschreiten der Schiffsreling; CIF (cost, insurance, freight) - benannter Bestimmungshafen: Verkäufer trägt Kosten, Versicherung und Fracht bis zum Abladen im Bestimmungshafen; EXW (Ex works) - Ab Werk: Verkäufer ist lediglich verpflichtet, die Ware auf seinem Grundstück zur Verfügung zu stellen. Der Käufer trägt alle Kosten und Gefahren, die mit dem Transport der Ware vom Werk zum Bestimmungsort verbunden sind; DDP (Delivered Duty Paid) – benannter Bestimmungsort im Inland: Verkäufer ist verpflichtet, die Ware auf eigene Kosten und Gefahrverzollt am Bestimmungsort abzuliefern und alle im Kaufvertrag vorgesehenen Belege dafür zu erbringen (Vgl. Braasch, Rn. 246).

Es ist jedoch zu beachten, dass es sich um ein lückenhaftes Regelwerk handelt, da es sich nur auf Fragen der Risikoverteilung beim Transport, nicht jedoch auf die Gewährleistungshaftung bezieht (Vgl. hierzu auch Bitter/Linardatos, § 10, Rn. 3). Incoterms erfassen damit nur einen, wenn auch wichtigen Teilbereich der Vertragsabwicklung bei grenzüberschreitenden Handelskäufen (Vgl. ausführlich Hopt/Hopt, 2. Teil, Handelsrechtliche Nebengesetze, (6), Incoterms 2020).

8.1.3 Besonderheiten beim Vertragsabschluss

Schweigen hat im allgemeinen bürgerlichen Recht in der Regel keine rechtliche Bedeutung. Schweigen bedeutet also weder Zustimmung zu einem Geschäft noch Ablehnung. Im Handelsrecht ist Schweigen dagegen in einigen Fällen bedeutsam sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn nach einem bestehenden Handelsbrauch und den Umständen des Einzelfalls ein ausdrücklicher Widerspruch zu erwarten gewesen wäre. In solchen Fällen kann das Schweigen bzw. Nichtstun gegebenenfalls als Zustimmung gelten. Zwei Fälle sind von besonderer Bedeutung: das Schweigen des Kaufmanns auf Anträge (§ 362 HGB) und das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben (§ 346 HGB).

Aus § 362 HGB ergibt sich, dass das Schweigen auf einen „Antrag zum Vertragsschluss“ ausnahmsweise als Annahme gilt. Schweigen führt also zum Vertragsschluss, wenn es sich um einen Kaufmann handelt, dessen Gewerbe darin besteht, „Geschäfte für andere zu besorgen“ und der „Kaufmann“ auf den Antrag zur Besorgung solcher Geschäfte eines Geschäftspartners, mit dem er „in ständiger Geschäftsverbindung steht“, „schweigt“. Unter „solchen Geschäften“ versteht man Geschäfte, die der Gewerbebetrieb des Kaufmanns typischerweise mit sich bringt. Eine Geschäftsverbindung meint eine Sonderverbindung zwischen den Parteien, die auf eine gewisse Dauer angelegt ist und wiederholende Geschäftsabschlüsse in Zukunft erwarten lässt. Ein typischer Geschäftsbesorgungsvertrag ist der Vertrag mit einer Bank, die für ihre Kunden Zahlungs-, Überweisungs- oder Einziehungsaufträge erledigt. Der Grund dafür, den Kaufmann, z. B. eine Bank, zu einem ausdrücklichen Ablehnen des Antrags zu verpflichten, liegt darin, dass der Kaufmann aufgrund seiner Tätigkeit an Angeboten im Sinne von § 362 HGB generell interessiert ist und mit dem Antragenden in ständiger Geschäftsbeziehung steht. Dahinter stehen das handelsrechtliche Schnelligkeitsprinzip und das Prinzip des Vertrauensschutzes.

Eine weitere Ausnahme, dass einem Schweigen rechtliche Bedeutung beim Zustandekommen eines Handelsgeschäft zukommen kann, stellen die Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben dar, die sich aus einem Handelsbrauch (§ 346 HGB) entwickelt haben. Dieser Handelsbrauch beinhaltet die Übung, Vertragsverhandlungen zu bestätigen, bei einer abweichenden Bestätigung zu widersprechen und bei Unterlassen eines Widerspruchs die Bestätigung als Zustimmung zu dem Inhalt anzusehen. Diese Grundsätze sind heute durch jahrzehntelange ständige Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht anerkannt. Aus dogmatischer

Sicht wird die rechtliche Bedeutung des “Schweigens” mit den Grundsätzen zur Rechtsscheinhaftung begründet (BGH, NJW 2007, 987; vgl. Bitter/Linardatos, § 7, Rn. 17 ff.).

Die Rechtsprechung hat bestimmte Voraussetzungen entwickelt, bei deren Vorliegen von einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben ausgegangen werden kann (Vgl. Brox/Henssler, Rn. 296 ff. m. w. N.). Erforderlich ist zunächst das Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts. Diese Grundsätze beziehen sich allerdings nicht nur auf Kaufleute i. S. v. §§ 1-6 HGB, sondern auch auf alle sonstigen unternehmerisch tätigen Personen, z. B. Rechtsanwälte, Steuerberater oder Architekten (Vgl. Bitter/Linardatos, § 7, Rn. 18). Weiterhin müssen dem Schreiben Vertragsverhandlungen vorangegangen sein. Das bedeutet, dass geschäftliche Gespräche über den schriftlich bestätigten Vertrag stattgefunden haben, wobei die Vertragsverhandlungen bisher nicht beiderseitig schriftlich fixiert worden sein dürfen, da sonst kein Bedarf für ein Bestätigungsschreiben besteht. Das Schreiben muss nach den Vertragsverhandlungen den wesentlichen Vertragsinhalt wiedergeben. Der Inhalt des Schreibens ist dabei durch Auslegung zu ermitteln. Es kommt nicht darauf an, dass vorher bereits tatsächlich ein Vertrag geschlossen worden ist, sondern (nur), dass der Absender des Schreibens von einem bereits geschlossen Vertrag ausgeht. Wird dagegen nur das Zustandekommen eines Vertrag durch Annahme bestätigt, handelt es sich um eine bloße Auftragsbestätigung, auf die diese Grundsätze nicht anzuwenden sind (Vgl. Bitter/Linardatos, § 7, Rn. 19 m. w. N.). Es muss das Bestätigungsschreiben dem Empfänger alsbald nach dem Ende der Vertragsverhandlungen zugehen, d. h., es bedarf eines unmittelbaren zeitlichen Zusammenhanges wischen Verhandlungen und Zugang des Bestätigungsschreibens. Der Absender muss dabei redlich gewesen sein. Nicht unredlich ist es, wenn der Absender auf diesem Weg auf seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen verweist, wenn diese branchenüblich sind. Der Inhalt des Schreibens darf auch objektiv nicht so erheblich von dem Verhandlungsergebnis abweichen (regelmäßig dürfte hier auch Unredlichkeit vorliegen), dass der Absender mit dem Einverständnis redlicherweise nicht rechnen konnte. Letztlich darf kein Widerspruch des Empfängers vorliegen. Der Widerspruch muss rechtszeitig, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, erfolgen, regelmäßig innerhalb einer Woche (Vgl. Hopt/Leyens, § 346 HGB, 18 m. w. N.).

Die Rechtsfolge im Falle eines fehlenden oder nicht rechtzeitigen Widerspruchs besteht nun darin, dass dem Schweigen des Empfängers eines solchen Schreibens, wenn dieses vom mündlich besprochenen Inhalt abweicht, konstitutive Bedeutung zukommt und der Vertrag dann im Interesse der Rechtssicherheit als so abgeschlossen gilt, wie er im Bestätigungsschreiben formuliert ist. Der Zweck besteht darin, Unsicherheiten im Hinblick auf den Vertragsabschluss oder Vertragsinhalt zu vermeiden; entspricht der Inhalt des Schreibens exakt dem mündlich vereinbarten Inhalt, dann hat ein solches Schreiben lediglich deklaratorische Bedeutung.

Besondere Bedeutung erlangen kaufmännische Bestätigungsschreiben dann, wenn es um die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geht sowie in den Fällen, in denen ein Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat und der Vertragspartner an den Vertretenen ein solches Bestätigungsschreiben schickt. So kann ein Schweigen im ersten Fall zur Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen führen, auf die Bezug genommen wurde. In Bezug auf das Auftreten eines Vertreters ohne Vertretungsmacht führt Schweigen zu einer Genehmigung des Vertreterhandelns.

In der Praxis liegen die Probleme weniger bei den Rechtswirkungen, sondern meistens im “tatsächlichen” Bereich, d. h., ob es sich (überhaupt) um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben handelt. Der “Clou” des kaufmännischen Bestätigungsschreibens besteht also darin, dass vorherige mündliche Absprachen grundsätzlich verdrängt werden können.

Unter Kaufleuten kommt es häufiger vor, dass sie sich gegenseitig Bestätigungsschreiben schicken. Im Fall solcher „sich kreuzender Bestätigungsschreiben“ ist der Absender dann nicht schutzwürdig, wenn die Schreiben inhaltlich voneinander abweichen, da aus dem jeweils empfangenen Schreiben entnommen werden kann, ob und inwieweit die Inhalte miteinander übereinstimmen (Vgl. Brox/Henssler, Rn. 302; Bitter/Linardatos, § 7, Rn. 25).

8.1.4 Besonderheiten bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind in der Praxis von großer Bedeutung. Werden AGB gegenüber einem Unternehmer verwendet, gelten die Schutzvorschriften der §§ 305 ff. BGB nur eingeschränkt (§ 310 BGB). Nach § 310 Abs. 1 S. 1 BGB finden § 305 Abs. 2 und 3, § 308 Nr. 1, 2 bis 8 und § 309 BGB zur (gerichtlichen) Inhaltskontrolle keine Anwendung auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Das bedeutet, dass die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht nach den strengen Regeln der § 305 Abs. 2 und 3 BGB, sondern nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB erfolgt. Ferner findet eine (gerichtliche) Inhaltskontrolle (nur) nach der Generalklausel des § 307 BGB statt. Die Rechtsprechung ist allerdings nicht daran gehindert, die in den Klauselverbotskatalogen der §§ 308, 309 BGB enthaltenen Wertungen im Rahmen einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB heranzuziehen und damit in Ermangelung besonderer Umstände des Einzelfalls nach der Generalklausel zur Unwirksamkeit entsprechender Klauseln auch im unternehmerischen Bereich zu kommen (Vgl. Bitter/Linardatos, § 7, Rn. 63).

Schließt ein Kaufmann Verträge mit Verbrauchern (§ 13 BGB), bestehen zahlreiche gesetzliche Verbraucherschutzvorschriften mit einem zwingenden Charakter. Das bedeutet, dass diese nicht durch Vertrag, insbesondere durch AGB, zum Nachteil der Verbraucher modifiziert werden können.

8.1.5 Sonderregel zur Formfreiheit und zur Verzinsung kaufmännischer Forderungen

Eine weitere Besonderheit bei Handelsgeschäften ergibt sich aus § 350 BGB bei Bürgschaften, Schuldversprechen und Schulanerkenntnissen. Da derartige Verträge für den Versprechenden gravierende Rechtsfolgen mit sich bringen, unterliegen sie nach bürgerlichem Recht der Schriftform (§ 126 BGB), welche eine Warnfunktion hat. Erforderlich ist danach eine eigenhändige Unterschrift auf dem Dokument; Textform (z. B. eine E-Mail) und elektronische Form (§ 126a BGB) reichen nicht aus. Nach § 350 HGB finden aber nun diese Formschriften der § 766 S. 1 und 2 BGB, § 780 und § 781 BGB, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntnis auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, keine Anwendung. Das bedeutet, dass Kaufleute (§§ 1-6 HGB) auch mündlich eine wirksame Bürgschaftserklärung, ein wirksames Schuldversprechen oder -anerkenntnis abgeben können.

Nach § 352 HGB liegt der gesetzliche Zinssatz, mit Ausnahme der Verzugszinsen, bei 5% für das Jahr, während dieser nach dem bürgerlichen Recht (§ 246 BGB) nur bei 4% liegt. Ferner bestimmt § 353 HGB, dass Kaufleute untereinander berechtigt sind, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern berechtigt sind (Fälligkeitszinsen). Es werden also, anders als nach bürgerlichem Recht, Zinsen nicht erst ab Verzug (§§ 286, 288 BGB) geschuldet. Zinsen von Zinsen können auf Grund dieser Vorschrift nicht gefordert werden (§ 353 HGB).

8.1.6 Kontokorrent

Nach der Legaldefinition des § 355 Abs. 1 HGB liegt ein Kontokorrent vor, wenn jemand mit einem Kaufmann derart in einer Geschäftsbeziehung steht, dass die aus dieser Verbindung

entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabständen durch Verrechnung und Feststellung des für einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschuss ausgeglichen werden.

Das Kontokorrent hat sich aus der kaufmännischen Praxis heraus entwickelt, so dass seine praktische Bedeutung nach wie vor sehr groß ist. Der Hauptanwendungsfall ist das laufende Konto bei einer Bank, d. h. also das Girokonto. Es ist aber auch zwischen Kaufleuten und ihren Handelsvertretern (z. B. in Form eines Maklerkontokorrents) oder zwischen Groß- und Einzelhändlern von großer Praxisrelevanz. Aus wirtschaftlicher Sicht geht es dabei um eine Vereinfachung des Zahlungsverkehrs, da es zwischen den jeweiligen Vertragsparteien eine Vielzahl von Zahlungen gibt und diese durch ein Kontokorrent nicht einzeln durch Zahlung reguliert werden müssen, sondern (zur Vereinfachung) auf eine einzige Saldoforderung zum jeweiligen (vereinbarten) Abrechnungszeitraum reduziert werden können (Vgl. Bitter/Linardatos, § 8, Rn. 2).

Voraussetzungen für das Vorliegen eines Kontokorrents ist, dass zumindest einer der Beteiligten Kaufmann ist, eine laufende Geschäftsverbindung besteht, aus der beiderseitige Forderungen entstehen sowie eine Verrechnungsabrede (Kontokorrentabrede) getroffen worden ist.

Die Rechtsfolge besteht dann darin, dass die in ein solches Kontokorrent eingestellten Forderungen ihre rechtliche Selbstständigkeit verlieren und zu bloßen Rechnungsposten werden. Sie können daher weder selbstständig geltend gemacht werden, noch sind sie isoliert erfüllbar. Diese Forderungen sind nicht abtretbar und auch nicht pfändbar (§ 851 ZPO) (Vgl. ausführlicher Bitter/Linardatos, § 8, Rn. 34 ff. zu den Wirkungen, zur Pfändung sowie zu den Besonderheiten beim Girokonto, bei dem zusätzlich zu den Zustellungs- und künftigen Abschlusssalden der während der Rechnungsperiode bestehende Anspruch auf Auszahlung des Tagesguthabens, sofern ein Habensaldo besteht, des Kunden gegen die Bank pfändbar ist).

Beispiel:

Verlag A liefert an einen Großhändler G Bücher unter verlängertem Eigentumsvorbehalt, d. h., der A lässt sich die Ansprüche, die G aus dem Weiterverkauf an seinen Kunden hat, im Voraus abtreten. G hat nun mit dem Buchhändler B eine Kontokorrentvereinbarung getroffen, Er liefert an B Bücher im Wert von 3000 Euro. A verlangt von B Zahlung aus abgetretenem Recht. Zwar haben sich A und G mit der Vereinbarung des verlängerten Eigentumsvorbehalts wirksam im Voraus über die Abtretung der dem G aus dem Weiterverkauf zustehen. den Ansprüche geeinigt. Auch ist G als Forderungsinhaber grundsätzlich zu einer Abtretung berechtigt. Allerdings ist die Abtretung hier ausgeschlossen, da die Forderung des G in das Kontokorrent eingestellt wurde In einem solchen Kontokorrent entstehen die Forderungen von vornherein als nicht abtretbar (BGHZ 70 (86, 92); BGH; NJW 1998, 2527; vgl. Braasch, Rn. 280 m. w. N.).

8.1.7 Erleichterungen beim gutgläubigen Erwerb

Eine weitere Besonderheit besteht beim (gutgläubigen) Erwerb einer Sache von einem Nichtberechtigten nach § 366 HGB. Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft (§ 366 Abs. 1 HGB). Die Vorschrift des § 366 Abs. 1 HGB enthält damit eine Erweiterung des zivilrechtlichen Gutglaubensschutzes auf die Verfügungsbefugnis, während § 932 BGB auf den guten Glauben in Bezug auf die Berechtigung, also z. B. das Eigentum, abstellt.

8.1.8 Wirksame Abtretung trotz Abtretungsverbot

Nach § 399 Alt. 2 BGB kann eine Forderung, z. B. eine Kaufpreisforderung, nicht abgetreten werden, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Erfolgt die Abtretung dennoch, dann ist sie unwirksam. Der Zedent bleibt also Inhaber der Forderung. Von dieser zivilrechtlichen Vorschrift macht § 354a HGB eine Ausnahme für solche Geldforderungen, die aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft herrühren. Bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft ist diese Abtretung trotz einer entgegenstehenden Vereinbarung wirksam (§ 354a Abs. 1 S. 1 HGB), d. h., die Forderung geht also nach § 398 S. 2 BGB auf den Zessionar über; nur dieser kann die Forderung geltend machen. Der Schuldner kann aber mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten (§ 354a Abs. 1 S. 2 BGB). Der Zweck dieser Regelung besteht darin, den Refinanzierungsspielraum mittelständischer Unternehmen zu sichern. Kaufleute sollen Forderungen aus Warenlieferungen und Dienstleistungen zur Kreditsicherung gegenüber Kreditinstituten oder zur Finanzierung durch Verkauf an Factoringinstitute verwenden können (Vgl. Bitter/Linardatos, § 7, Rn. 45 ff.; Braasch, R. 270). Nach § 354a Abs. 1 S. 3 HGB sind abweichende Vereinbarungen unwirksam.

8.1.9 Besonderheiten beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht

Die Regelung in § 369 HGB bezieht sich auf das Zurückbehaltungsrecht in § 273 BGB. Nach dieser Vorschrift kann ein Schuldner seine Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird, wenn er gegen den Gläubiger einen fälligen Anspruch hat, der auf demselben rechtlichen Verhältnis wie seine Verpflichtung beruht (Konnexität) oder einen herauszugebenden Gegenstand betrifft (auf Verwendungs- oder Schadensersatz). Dies gilt uneingeschränkt auch für den kaufmännischen Rechtsverkehr.

Unter Kaufleuten besteht darüber hinaus ein besonderes Zurückbehaltungsrecht. Nach § 369 HGB hat ein Kaufmann wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitze gelangt sind, sofern er sie noch im Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch dann begründet, wenn das Eigentum an dem Gegenstand von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist (§ 369 Abs. 1 HGB).

Diese Norm erweitert damit das Zurückbehaltungsrecht im kaufmännischen Bereich, da das Erfordernis der Konnexität, wie es bei § 273 BGB vorausgesetzt ist, nicht verlangt wird.

9 Besondere Handelsgeschäfte

9.1 Handelskauf

9.1.1 Allgemeine Vorschriften

Auf den handelsrechtlichen Kauf von Waren und Wertpapieren finden grundsätzlich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung. Das HGB enthält jedoch in den §§ 373-377 HGB einige wichtige Sonderbestimmungen, die grundsätzlich dann gelten, wenn ein Kauf mindestens für einen Geschäftspartner ein Handelsgeschäft ist; § 377 HGB setzt dagegen einen beiderseitigen Handelskauf voraus.

Zu nennen sind etwa die Hinterlegung (§ 373 Abs. 1 HGB), der Selbsthilfeverkauf (§ 373 Abs. 2 HGB), der Bestimmungskauf (§ 375 HGB), der Fixhandelskauf (§ 376 HGB) und vor allem die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers nach § 377 HGB. Der Grundgedanke der Sonderbestimmungen folgt aus dem handelsrechtlichen Beschleunigungs- und Vertrauensschutzprinzip. Aufgrund der großen Bedeutung in Ausbildung und Praxis werden im Folgenden die Voraussetzungen des § 377 HGB näher dargestellt.

9.1.2 Besonderheiten beim beiderseitigen Handelskauf

Ein Käufer hat auch bei einem Handelskauf grundsätzlich die ihm nach allgemeinem bürgerlichen Recht (§§ 437 ff. BGB) zustehenden Ansprüche auf Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz, wenn die gelieferte Ware mangelhaft ist. Ist nun der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, d. h., handelt es sich bei beiden Vertragspartnern um Kaufleute und erfolgt der Kauf im Rahmen des Gewerbebetriebs, dann treffen den Käufer zusätzlich nach § 377 HGB besondere Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten. Zeigt die Untersuchung, dass die Ware mangelhaft ist, so hat der Käufer dies unverzüglich substantiiert zu rügen und zu diesem Zweck eine entsprechende Mängelanzeige an den Verkäufer zu machen. Bei deren Nichtbeachtung gilt die Ware grundsätzlich als genehmigt. .

Die verkaufte Ware muss zunächst durch den Verkäufer abgeliefert worden sein. Eine Ablieferung bedeutet, dass der Käufer oder eine von ihm benannte Person in eine solche tatsächliche räumliche Beziehung zur Ware kommt, dass deren Beschaffenheit geprüft werden kann (BGHZ, 143, 307; BGH, NJW 1993, 461).

Die Rüge muss Art und Umfang des Mangels möglichst genau bezeichnen, muss aber keine Angaben zur Ursache enthalten.

Sowohl die Untersuchung als auch die Rüge müssen also unverzüglich erfolgen. Zur Frage der Rechtzeitigkeit einer solchen Rüge unterscheidet das Gesetz zwischen offenen und versteckten Mängeln. Danach sind versteckte Mängel, d. h. solche, die auch bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht erkennbar waren, dem Verkäufer unverzüglich nach ihrer Entdeckung anzuzeigen Offene Mängel sind demgegenüber Fehler, die – wenn auch erst nach einer ordnungsgemäßen Untersuchung – erkennbar sind, z. B. Artikel, die in einer falschen Farbe geliefert worden sind oder Lebensmittel, die (teilweise) verdorben sind (Vgl. Braasch, Rn. 326; Bitter/Linardatos, § 7, Rn. 80 ff.).

Welche Anforderungen an die Art und Weise der Untersuchung zu stellen sind, lässt sich nicht allgemein festlegen. Art und Umfang der Untersuchung richten sich grundsätzlich nach den geltenden Geschäftsgebräuchen und nach dem objektiven Maßstab der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.

Unterbleibt die Rüge, so gilt die Ware als genehmigt, wenn nicht der Verkäufer den Mangel bei Vertragsschluss arglistig verschwiegen hatte. Mit Genehmigung der Ware verliert der Käufer jegliche Gewährleistungsansprüche. Erfolgt die Rüge allerdings rechtzeitig, dann behält der Käufer die Gewährleistungsrechte nach dem BGB. Vertragliche Milderungen oder Verschärfungen sind ebenso möglich wie der vertragliche Ausschluss der Untersuchungs- und Rügepflicht (Vgl. Bitter/Linardatos, § 7, Rn. 99 m. w. N.).

In einem juristischen Gutachten erfolgt aufgrund des üblichen rechtsfolgenorientierten Aufbaus die Prüfung des § 377 HGB stets über § 377 Abs. 2 HGB. Nach der Feststellung, ob ein Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Gewährleistung nach dem §§ 437 ff. BGB besteht, ist zu fragen, ob die Ware als „genehmigt gilt“ und damit der Anspruch ausgeschlossen

ist. Es handelt sich um eine rechtsvernichtende Einwendung. In dem Rahmen sind dann die Voraussetzungen des § 377 Abs. 1 HGB zu prüfen.

9.1.3 Grenzüberschreitender Handelskauf

Bei grenzüberschreitenden Handelskäufen, d. h., wenn Verkäufer und Käufer ihren Sitz nicht in demselben Staat haben, stellt sich die Frage, welches Recht auf den Kaufvertrag zur Anwendung kommt. Diese Frage stellt sich nicht nur bei Verträgen zwischen Unternehmen. Bedingt durch den Handel über das Internet werden häufig Verbraucherverträge grenzüberschreitend“ zunehmend geschlossen. Diese Frage entscheidet das Internationale Privatrecht (IPR), welches Recht auf die Rechtsbeziehung zwischen Verkäufer und Käufer anzuwenden ist (Art. 3 EGBGB). In diesem, zum BGB ergangenen Einführungsgesetz (EGBGB) sind, neben Übergangsvorschriften, die das Verhältnis des BGB zu den Landesgesetzen oder den zeitlichen Geltungsbereich betreffen, auch das Internationale Privatrecht geregelt (Art. 3–48 EGBGB), das das Verhältnis des deutschen zum ausländischen Recht beinhaltet. Die Bezeichnung Internationales Privatrecht ist dabei insoweit missverständlich, als es sich (überwiegend noch) um ein nationales Recht handelt und sich daher von dem Recht anderer Staaten unterscheidet. Die Regelungen des Internationalen Privatrechts enthalten selbst keine materiellrechtlichen kaufrechtlichen Vorschriften, sondern bestimmen lediglich, welches nationale Kaufrecht im Einzelfall auf einen Kaufvertrag Anwendung findet. Da diese Regelungen des Internationalen Privatrecht aber von Staat zu Staat verschieden sein können, spielt die internationale Zuständigkeit von Gerichten eine wesentliche Rolle. So kann eine geschickte Wahl des Gerichtsstandes, d. h. der örtlichen Zuständigkeit, den Ausgang eines Rechtsstreits beeinflussen, indem man eine Klage vor den Gerichten desjenigen Staates erhebt, dessen IPR das im Einzelfall günstigere Kaufrecht zur Anwendung bringt. Ein solches „forum shopping“ wird vermieden, wenn das IPR der verschiedenen Staaten vereinheitlicht ist. Wenn auf ein und denselben Vertrag vor den Gerichten aller in Betracht kommender Staaten dasselbe Recht angewendet wird, dann ist die Wahl des Gerichtsstandes (zumindest in der Theorie) nicht mehr entscheidend für die rechtliche Beurteilung eines Kaufvertrages. Aus diesem Grund ist die Vereinheitlichung des IPR insbesondere im Bereich des Vertragsrechts weit vorangeschritten. So hat die Europäische Union (EU), um eben Widersprüche der Kollisionsnormen möglichst zu vermeiden, im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse eine Rechtsangleichung geschaffen (Rom I-VO); weitere Rechtsangleichungsmaßnahmen erfolgten auch im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse (Rom II-VO) sowie im Ehescheidungsrecht (Rom III-VO) (Vgl. Medicus/Lorenz, § 17, Rn. 1).

Für das Kaufrecht ist man schon viel früher einen anderen Weg gegangen, um einheitliches materielles Recht zu schaffen. Hier ist vor allem das Übereinkommen der Vereinten Nationen von 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf zu nennen (auch „CISG“ = Convention on the International Sales of Goods genannt; BGBl. 1989 II, 588, berichtigt BGBl. 1990 II, 1699) von Bedeutung, mit dem für grenzüberschreitende Kaufverträge über bewegliche Sachen einheitliches Sachrecht geschaffen worden ist, sofern die Vertragsparteien ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben (Art. 1 CISG). Das CISG enthält vornehmlich Regelungen zum Vertragsabschluss und für Störungen bei der Vertragsabwicklung, also regelmäßig bei Vertragsverletzungen. Nicht geregelt werden Fragen des Eigentumsübergangs, der Willensmängel, der Inhaltskontrolle oder des Schadensersatzes bei Körperverletzungen. Die Geltung des CISG steht allerdings zur Disposition der Vertragsparteien, d. h., dass seine Geltung vertraglich von den Vertragsparteien ausgeschlossen werden kann (Art. 6 CISG), was in der Praxis häufig der Fall ist (Vgl. Medicus/Lorenz, § 17, Rn. 2).

Ist das CISG nicht anwendbar, weil entweder der Anwendungsbereich nicht eröffnet ist oder die Vertragsparteien seine Geltung ausgeschlossen haben oder geht es darum, Lücken zu

füllen, ist das auf den Kaufvertrag anwendbare Recht über die Regeln des IPR zu bestimmen. Das internationale Vertragsrecht ist seit 2009 in der oben erwähnten ROM-I-VO geregelt. Diese ist universell, d. h. auch gegenüber Nicht-Mitgliedstaaten der EU anwendbar (Art. 2 ROM-I-VO). Danach gilt der Grundsatz der Rechtswahlfreiheit, d. h. die Vertragsparteien können das anwendbare Recht durch Vertrag bestimmen (Art. 3 ROM-I-VO). Ist keine solche Rechtswahl erfolgt, dann findet auf Kaufverträge über bewegliche Sachen nach Art. 4 Abs. 1 lit. a ROM-I-VO das Recht des Staates Anwendung, in welchem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 19 ROM-I-VO); Kaufverträge über unbewegliche Sachen, d. h. also Grundstücke, unterliegen dem Belegenheitsrecht (Art. 4 Abs. 1 lit. c ROM-I-VO). Für andere Kaufverträge, etwa den Rechtskauf, gilt nach Art. 4 Abs. 2 ROM-I-VO das Recht des Staates, in welchem die Partei, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat; das führt ebenfalls zum Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verkäufers. Für Verbraucherverträge enthält Art. 6 ROM-I-VO Sonderreglungen, die grundsätzlich zum Recht des Staates des Verbrauchers führt, wenn der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Verbrauchers (z. B. auch durch Websites) ausübt (Vgl. Medicus/Lorenz, § 17, Rn. 6 ff.).

9.2 Fracht-, Speditions- und Lagervertrag

Es geht hier vornehmlich um das Fracht-, Speditions- und Lagergeschäft (Logistik), das weitgehend in den §§ 407 ff. HGB geregelt ist, Die nachstehende Abbildung gibt einen Überblick über die Zusammenhänge.

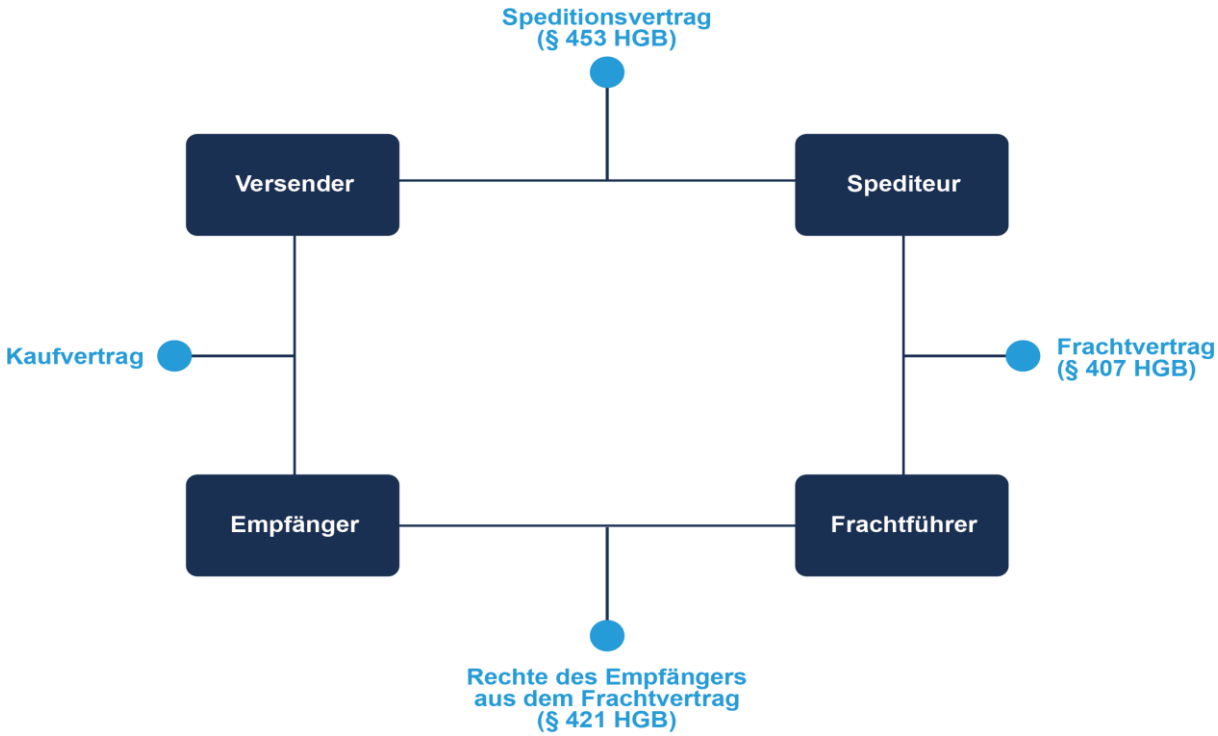


Abbildung 2: Zusammenhang zwischen den verschiedenen Logistikverträgen

(Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 111)

Der Frachtvertrag verpflichtet den Frachtführer gegenüber dem Absender, das Gut zum Bestimmungsort zu befördern und dort an den Empfänger abzuliefern (§ 407 Abs. 1 HGB).

Der sachliche Anwendungsbereich der §§ 408 ff. HGB setzt voraus, dass das Gut zu Lande, auf Binnengewässern oder mit Luftfahrzeugen befördert werden soll (§ 407 Abs. 3 Nr. 1 HGB) und die Beförderung zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens gehört (§ 407 Abs. 3 Nr. 2 HGB).

Die §§ 407-450 HGB gelten für alle Frachtgeschäfte, d. h. für die Güterbeförderung auf der Straße, der Schiene, mit Binnenschiffen oder Luftfahrzeugen.

Neben den Regelungen im HGB sind im Rahmen von grenzüberschreitenden Transporten zahlreiche völkerrechtliche Abkommen zu beachten, insbesondere das CMR („Convention relative au Contrat de transport international des marchandises par route“, übersetzt: Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr, das Vorschriften für den internationalen Transport auf dem Landtransportweg) beinhaltet, ebenso wie das Warschauer Abkommen (WA) bzw. Montrealer Abkommen im internationalen Luftfrachtverkehr sowie das COTIF im grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr.

Für das Zustandekommen eines Frachtvertrages gelten die allgemeinen Regeln (§§ 145 ff. BGB, § 362 HGB). Der Frachtbrief (§ 408 HGB) hat keine konstitutive Wirkung, sondern ist eine Beweisurkunde. Die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sowie haftungsrechtliche Aspekte ergeben sich aus den §§ 407 ff. HGB. § 440 HGB gewährt dem Frachtführer wegen aller Forderungen aus dem Frachtvertrag und wegen unbestrittener Forderungen aus anderen mit dem Absender abgeschlossenen Fracht-, Speditions- und Lagerverträgen ein Pfandrecht an dem Gut.

Die §§ 451 bis 451h HGB enthalten abschließende Regelungen für die Beförderung von Umzugsgut. Die Haftung ist wegen Verlust oder Beschädigung der Höhe nach begrenzt. Keine Haftung besteht bei der Beförderung von Edelmetallen, Briefmarken und Konzertflügeln über enge Treppen. Zu beachten sind beim Umzugsvertrag auch die sehr kurzen Fristen für eine Schadensanzeige. Bei Versäumung dieser Frist sind Ersatzansprüche gegen das Umzugsunternehmen ausgeschlossen.

In den §§ 452 bis 452d HGB sind Sonderreglungen für die Beförderung mit verschiedenen Beförderungsmitteln aufgrund eines einheitlichen Frachtvertrages (multimodaler Transport) enthalten.

Nach § 453 Abs. 1 HGB wird der Spediteur als Gewerbeunternehmen verpflichtet, die Versendung des Gutes zu besorgen. Der Spediteur besorgt den Transport, d. h. er befördert das Gut nicht selbst, sondern durch einen Frachtführer, mit dem er im eigenen Namen Frachtverträge schließt. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Spediteur von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht (§ 458 HGB). Aufgrund seines Auftretens im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung entspricht die Rechtsstellung des Spediteurs weitgehend der eines Kommissionärs.

Regelmäßig werden zwischen den Parteien des Speditionsvertrages die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) als Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart.

Nach § 467 Abs. 1 HGB verpflichtet der Lagervertrag den Lagerhalter, das Gut zu lagern und aufzubewahren. Damit ist mehr als die bloße Bereitstellung von Lagerraum gemeint. Der Lagerhalter muss das Gut grundsätzlich in seinen eigenen Lagerräumen (§ 472 Abs. 2 HGB) ordnungsgemäß unterbringen, es in seinem wirtschaftlichen Bestand gegen Verlust, Beschädigung und Zugriff Dritter sichern und es regelmäßig kontrollieren. Weiterhin ist er nach § 471 Abs. 2 HGB verpflichtet, den Einlagerer zu unterrichten und Weisungen einzuholen, wenn nach der Einlagerung Veränderungen an dem Gut entstanden oder zu befürchten sind. Der

Einlagerer hat die Pflicht, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Nach § 468 HGB treffen ihn Hinweis- und Unterrichtungspflichten, wenn gefährliches Gut eingelagert wird.

10 Besonderheiten für Kaufleute im Zivilprozess

Für Kaufleute gelten im Zivilprozess verschiedene Sonderreglungen. Zu den wichtigsten gehören Vereinbarungen über den Gerichtsstand sowie die besonderen Kammern für Handelssachen. Von großer praktischer Bedeutung im Handelsverkehr ist weiterhin die Schiedsgerichtsbarkeit.

10.1 Vereinbarung über den Gerichtsstand

Kaufleute können nach § 38 Abs. 1 ZPO die Zuständigkeit eines an sich nicht zuständigen Gerichts in gewissen Grenzen vertraglich vereinbaren (Prorogation). Sofern es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, für die keine anderweitige ausschließliche Zuständigkeit angeordnet ist, können Kaufleute (§§ 1 ff. HGB) oder juristische Personen des öffentlichen Rechts eine Gerichtsstandvereinbarung treffen.

Eine solche Gerichtsstandvereinbarung kann sowohl durch Einbeziehung entsprechender Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB; vgl. BGH, NJW 2004, 3706) als auch durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben (Vgl. BGH, NJW 1971, 323) erfolgen. Handelt es sich aber bei dem Vertragspartner des AGB-Verwenders nicht um einen Kaufmann oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts, dann ist die Klausel für diesen nicht bindend. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich dann nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 12, 17 ff. ZPO).

Beispiel:

Kaufmann K mit Sitz in Frankfurt / M betreibt ein bundesweites Netzwerk von Fitness-Studios K möchte verhindern, dass Kunden am Ort des jeweiligen Fitness-Studios klagen können. Er regelt daher in den AGB der Fitnessstudios, dass ausschließlicher Gerichtstand Frankfurt / M sein soll. Diese Klausel ist unwirksam, weil die Voraussetzungen des § 38 ZPO nicht erfüllt sind.

Die Zulässigkeit solcher Vereinbarung gilt grundsätzlich auch in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten (§ 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Ein Gerichtsstand kann auch, sofern keine ausschließliche Zuständigkeit vorliegt, durch eine rügelose Einlassung des Beklagten zur Hauptsache begründet werden (§ 39 ZPO). Das bedeutet, dass ein an sich unzuständiges Gericht zuständig wird, wenn der Beklagte dies in einem Prozess nicht oder nicht rechtzeitig rügt.

10.2 Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen

In handelsrechtlichen Streitigkeiten können an den Landgerichten (nicht an den Amtsgerichten) besondere „Kammern für Handelssachen (KfH) gebildet werden (§§ 93-114 GVG), die mit je einem Berufsrichter als Vorsitzenden und zwei aus der kaufmännischen Praxis stammenden Personen als „ehrenamtliche Richter“ besetzt sind (§ 105 GVG). Es handelt sich hierbei um eine Frage der funktionellen Zuständigkeit. Die Kammer für Handelssachen wird nur auf Antrag der Parteien funktionell zuständig, vorausgesetzt, dass es sich um eine „Handelssache“ (§ 95 GVG) handelt, insbesondere um eine Klage gegen einen im Handelsregister eingetragenen Kaufmann aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft.

Diese (ehrenamtlichen) „Handelsrichter“ (§ 45a DRiG) müssen kaufmännisch qualifiziert sein (§ 109 GVG); sie werden auf Vorschlag der Industrie- und Handelskammern für die Dauer von fünf Jahren ernannt (§ 108 GVG); beim Amtsgericht und Oberlandesgericht gibt es keine besonderen Spruchkörper für Handelssachen. Die Einbeziehung von „ehrenamtlichen Richtern“ erfüllt dabei den Zweck, dass jeweils berufsspezifische Sachkunde eingebracht wird und so gleichzeitig das Vertrauen der Prozessparteien in die Erfassung ihrer speziellen Situation gesteigert wird. Das Heranziehen derartiger ehrenamtlicher Richter findet man auch in anderen Gerichtsbarkeiten, z. B. in der Sozial- und Arbeitsgerichtsbarkeit, ebenso in Form der Schöffen an den unteren Strafgerichten.

Seit 2025 können an den Oberlandesgerichten (OLG) so genannte „Commercial Courts“ gebildet werden (§ 119b GVG), deren Verfahren über bestimmte Handelssachen in englischer Sprache geführt werden (§ 184a GVG). Dies soll die deutsche Justiz sowohl im Wettbewerb zu anderen Jurisdiktionen als auch zu Schiedsverfahren stärken, auf die im folgenden Abschnitt noch kurz eingegangen werden soll (Vgl. Braasch, Rn. 386 m. w. N.).

10.3 Schiedsvereinbarungen

Die ZPO sieht weiterhin die Möglichkeit vor, dass der Rechtsstreit nicht vor nationalen Gerichten, sondern von privaten Schiedsgerichten entschieden werden soll. Dahinter steht die Überlegung, dass die von den Parteien bestimmten Schiedsrichter oftmals über eine größere Praxis- und Sachkunde (z. B. in Bezug auf Kenntnisse einer fremden Rechtsordnung) als Richter bei einem staatlichen Gericht verfügen, die Verfahren flexibler ausgestaltet werden können (z. B. vollständig in englischer Sprache), Streitigkeiten (regelmäßig) schneller entschieden werden und die Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit ablaufen können, was u. U. dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen dient .

Grundlage eines Schiedsverfahrens ist stets eine Vereinbarung der Parteien, dass ein – nach bestimmten Regeln einzusetzendes – Schiedsgericht anstelle des ansonsten zuständigen staatlichen Gerichts abschließend und verbindlich über Rechtsstreitigkeiten entscheiden soll (Schiedsvereinbarung, vgl. §§ 1029 ff. ZPO). Häufig verweisen die Parteien auf die Schiedsordnungen geeigneter Institutionen (z. B. DIS-Schiedsgerichtsordnung, ICC-Arbitration Rules) oder Branchenverbände (z. B. Schiedsordnung des Waren-Vereins der Hamburger Börse e. V.; vgl. anschaulich zum Ganzen Braasch, Rn. 387 m. w. N.). Alternativ können die Parteien die erforderlichen Regelungen auch autonom auf der Grundlage der §§ 1025 ff. ZPO vereinbaren (ad hoc-Verfahren).

Zu den schiedsfähigen Ansprüchen zählen grundsätzlich alle vermögensrechtlichen sowie nichtvermögensrechtlichen Ansprüche, über die von den Parteien ein Vergleich geschlossen werden kann. Grundsätzlich ausgeschlossen sind z. B. Schiedsvereinbarungen über Wohnraummietverhältnisse (§ 1030 Abs. 2 ZPO). Durch den Schiedsvertrag wird eine Klage vor den staatlichen Gerichten unzulässig. Wird etwa vor Gericht Klage in einer Sache erhoben, die Gegenstand einer solchen Vereinbarung ist, so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen, sofern der Beklagte dies vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache rügt, es sei denn, das Gericht stellt fest, dass die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist (§ 1032 Abs. 1 ZPO).

Das Verfahren endet grundsätzlich mit einem Schiedsspruch (§ 1056 Abs. 1 ZPO). Schließen die Parteien einen Vergleich (Schiedsvergleich), so beendet das Schiedsgericht auch das Verfahren (§ 1053 ZPO). Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die gleiche Wirkung wie ein rechtskräftiges gerichtliches Urteil (§ 1055 ZPO). Ein Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch

gibt es regelmäßig nicht (kein Instanzenzug). Eine Zwangsvollstreckung ist allerdings erst dann möglich, wenn der Schiedsspruch durch die staatlichen Gerichte (OLG) für vollstreckbar erklärt worden ist (§§ 1060 ZPO). Er stellt dann einen vollstreckungsfähigen Titel (§ 794 Nr. 4a ZPO) dar. Das Schiedsverfahren steht damit im Endeffekt unter der Kontrolle der staatlichen Gerichte.

11 Rechtformen und Rechtsformwahl

11.1 Bedeutung der Rechtsformwahl

In diesem abschließenden Abschnitt soll zunächst auf die Problematik einer Rechtsformwahl eingegangen werden, eine für ein Unternehmen äußerst wichtige, wenn auch nicht allzu häufig zu treffende Entscheidung. Für ein Unternehmen werden vom Gesetzgeber verschiedene Rechtsformen zur Verfügung gestellt. Dabei wird grundsätzlich zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften unterschieden. Zu den typischen Personengesellschaften zählen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die Offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG) und die Stille Gesellschaft (StG). Zu den Kapitalgesellschaften zählen dagegen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die Aktiengesellschaft (AG) und die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA). Eine bekannte Mischform ist darüber hinaus die GmbH & Co. KG.

Im Hinblick auf die Rechtsformwahl ist zu beachten, dass vom Gesetzgeber bestimmte Rechtsformen zur Verfügung gestellt werden. Aus Gründen des Verkehrs- und Gläubigerschutzes dürfen nur diese gesetzlich vorgegebenen Rechtsformen gewählt werden („numerus clausus der Gesellschaftsformen“, vgl. Saenger, § 2, Rn. 36; Strauch, Rn. 11 m. w. N.). Das Gesetz bietet in gewissem Rahmen auch Gestaltungsfreiheit, insbesondere im Rahmen der Ausgestaltung des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander, da hier Gläubiger- und Verkehrsinteressen weniger betroffen sind. Es besteht in gewissem Rahmen die Möglichkeit, Gesellschaftsformen miteinander zu vermischen (Grundtypenvermischung). Eine solche Grundtypenvermischung liegt z. B. dann vor, wenn eine AG oder GmbH Gesellschafter einer GbR, einer OHG oder einer KG wird; das in der Praxis bekannteste Beispiel ist die GmbH & Co. KG (Vgl. Strauch, Rn. 11 m. w. N.).

Die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform hängt von mehreren Faktoren ab, die sowohl im Rahmen von Neugründungen als auch bei Umwandlungen bereits bestehender Gesellschaften zu berücksichtigen sind. Zu den wesentlichen Kriterien zählen hier etwa Komplexität und Kosten der Gründung, Haftungsfragen, Börsenfähigkeit (im Hinblick auf größere Investitionsvorhaben), Besteuerung oder auch Buchführungs- und Bilanzierungspflichten.

Umwandlungen werden regelmäßig nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG) vollzogen. Umwandlungen sind Vorgänge, bei denen sich die Vermögenszuordnung und/oder die Rechtsform des Vermögensträgers ändern. Das Umwandlungsgesetz (UmwG) sieht hier spezielle Umwandlungsformen vor: Der Vorteil einer solchen Umwandlung nach diesem Gesetz, etwa eine Verschmelzung (Fusion) oder ein Rechtsformwechsel, besteht in erster Linie in der Möglichkeit, das Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragen zu können bzw. bei einem solchen Formwechsel die Identität des Rechtsträgers erhalten zu können. Derartige Umwandlungen sind steuerneutral, im Gegensatz zur Umwandlung außerhalb des UmwG. Erfolgt demgegenüber ein Rechtsformwechsel durch Auflösung und Neugründung einer Gesellschaft mit einer Vermögensübertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge, dann führt dieses

zu einer steuerlich nachteiligen Aufdeckung der stillen Reserven. Stille Reserven bedeuten die Differenz zwischen den bilanziell ausgewiesenen Buchwerten und den tatsächlichen Marktwerten der Vermögensgegenstände eines Unternehmens. Die hohe Praxisrelevanz dieses Gesetzes zeigt, dass die Rechtsformwahl keine einmalige Entscheidung ist. Die Frage nach der richtigen Rechtsform bedarf daher in bestimmten Zeitabständen regelmäßig einer gewissenhaften Überprüfung.

11.2 Personengesellschaften

11.2.1 Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Die Grundform der Personengesellschaft stellt zunächst die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) dar, die im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelt ist (§§ 705 ff. BGB). Sie dient der Erreichung eines gemeinsamen Zieles ihrer (mindestens zwei) Gesellschafter, wobei jedes beliebige, erlaubte Ziel möglich ist, gleich ob wirtschaftlicher, kultureller, ideeller oder sonstiger Art. Der Gesellschaftsvertrag bedarf grundsätzlich keiner bestimmten Form, wird jedoch aus Transparenz- und Beweisgründen zweckmäßigerweise schriftlich abgeschlossen; enthält dieser allerdings formbedürftige Elemente, z. B. die Einbringung eines Grundstückes in die Gesellschaft, dann bedarf der gesamte Vertrag der notariellen Beurkundung. Jeder Gesellschafter hat das Recht und die Pflicht, seine Beiträge zu leisten und grundsätzlich an der Geschäftsführung der Gesellschaft sowie ihrer Vertretung nach außen hin mitzuwirken. Die meisten Regelungen des Gesetzes können durch einen Gesellschaftsvertrag geändert werden. Eine GbR, die ein Kleingewerbe betreibt, wird automatisch zu einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG), wenn ihr Gewerbe durch Erweiterung des Geschäftsbetriebes einen kaufmännischen Umfang im Sinne des Handelsgesetzbuches (HGB) erreicht hat.

Charakteristisch für die GbR, die nach außen unternehmerisch auftritt, ist ihre Rechtsfähigkeit, d. h. sie kann selbst Rechte erwerben oder Verbindlichkeiten eingehen (§ 705 Abs. 2 BGB). Die GbR kann seit einigen Jahren auch in ein so genanntes Gesellschaftsregister eintragen werden (§§ 707 bis 707d BGB); dies ist allerdings weder eine Pflicht noch eine Entstehungsvoraussetzung für die GbR, sondern dient bei bestimmten Geschäften der Vereinfachung des Rechtsverkehrs.

Trotz ihrer Rechtsfähigkeit haften die Gesellschafter neben der GbR grundsätzlich für die Verbindlichkeiten der GbR gegenüber den Gläubigern mit ihrem gesamten Vermögen (§ 721 BGB). Die akzessorische, persönliche und unbeschränkte Haftung bedeutet, dass sich der Gläubiger der GbR an jeden der Gesellschafter unmittelbar halten und wegen der gesamtschuldnerischen Haftung (§ 421 BGB) von jedem die gesamte Summe verlangen kann. Die Gesellschafter haften grundsätzlich persönlich uneingeschränkt, d. h., mit ihrem gesamten Vermögen. Eine solche Haftung kann vertraglich nur durch eine individuelle Vereinbarung mit den Gläubigern ausgeschlossen werden.

Für die Angehörigen der freien Berufe besteht, da sie kein Handelsgewerbe betreiben (§ 1 Abs. 2 S. 1 PartGG), die Möglichkeit, im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft zu kooperieren. Die PartG ist eine Personengesellschaft, aber keine Handelsgesellschaft (§ 1 Abs. 1 S. 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz). Freiberuflern stehen neben der GbR, auch OHG und KG sowie GmbH und AG als weitere Alternativen zur Auswahl, soweit es das jeweilige Berufsrecht zulässt. Eine Variante der Partnerschaftsgesellschaft ist die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbB). Hierbei ist die Haftung für Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Voraussetzung hierfür ist allerdings nach § 8 Abs. 4 PartGG, dass eine

spezielle dem Berufsrecht der Höhe entsprechende Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen und unterhalten wird (Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 14-15).

11.2.2 Offene Handelsgesellschaft

Die Rechtsform der Offenen Handelsgesellschaft (OHG) wird zumeist von kleineren und mittelständischen Unternehmen gewählt. Sie ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist.

Eine OHG muss im Handelsregister eingetragen sein. Zur Gründung bedarf es, wie für alle anderen Personengesellschaften auch, des Abschlusses eines grundsätzlich formfreien Gesellschaftsvertrages zwischen mindestens zwei Personen.

Jeder Gesellschafter der OHG ist alleine zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft nach außen hin berechtigt, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt (§ 124 HGB). Die OHG kann unter ihrem Namen Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden (§ 105 Abs. 2 HGB). Für die Verbindlichkeiten der OHG haftet, neben der Gesellschaft, jeder Gesellschafter persönlich und unmittelbar mit seinem ganzen Vermögen. Diese Haftung kann auch nicht ausgeschlossen werden. Sie ist ein wesentlicher Grund dafür, dass das Interesse an der Rechtsform der OHG in den letzten Jahrzehnten stark gesunken ist, denn die unbeschränkte Haftung begründet zwar eine bessere Kreditwürdigkeit, birgt aber auch erhebliche Risiken in sich.

11.2.3 Kommanditgesellschaft

Auch die Kommanditgesellschaft (KG) ist, wie die OHG, eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Sie unterscheidet sich von der OHG insbesondere dadurch, dass bei einem Teil ihrer Gesellschafter, den sogenannten Kommanditisten, die Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft auf deren Einlage beschränkt ist. Die KG ist in den §§ 161-179 HGB geregelt; dabei finden – soweit hierin nicht etwas anderes bestimmt ist, die Vorschriften zur KG entsprechende Anwendung (§ 161 Abs. 2 HGB).

Der Kommanditist haftet nur in Höhe seiner, im Handelsregister eingetragenen (Haft)Einlage (§ 171 HGB). Hat er diesen nachweislich erbracht und nicht zurückerhalten, so scheidet eine persönliche Haftung aus (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB). Daneben stehen die Komplementäre, die persönlich haftenden Gesellschafter, die, wie ein Gesellschafter einer OHG, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem gesamten Vermögen einstehen müssen (§§ 161 Abs. 2, 126 HGB).

Kommanditisten sind nach dem Gesetz von der Geschäftsführung und der Vertretung der KG ausgeschlossen (§§ 164, 170 HGB). Sie besitzen allerdings Kontroll- und Widerspruchsrechte bei außergewöhnlichen Geschäften. Durch den Gesellschaftervertrag können den Kommanditisten auch Befugnisse der Geschäftsführung übertragen werden. Die Vertretung nach außen hin ist dabei nur über eine gesonderte Vollmacht, eine Prokura oder eine Handlungsvollmacht, möglich. Der Kommanditist hat Anspruch auf Gewinn, dessen Höhe sich dabei nach der Höhe seines Kapitalanteiles bestimmt (Vgl. zur OHG und KG Zerres, T., Zerres, M., S. 15-16).

11.2.4 Stille Gesellschaft

Bei der stillen Gesellschaft, handelt es sich – im Unterschied zur offenen Handelsgesellschaft und zur Kommanditgesellschaft – nicht um eine Handelsgesellschaft. Sie ist im Handelsgesetzbuch geregelt (§§ 230 ff. HGB). Bei einer stillen Gesellschaft beteiligt sich jemand an dem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage. Diese wird in der Form geleistet, dass sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes übergeht. Diese

Vermögensbeteiligung zwischen den beiden wird nicht offengelegt. Nach außen tritt nur der Inhaber des Handelsgeschäfts auf, der aus den getätigten Geschäften allein berechtigt und verpflichtet wird. Für Unternehmen kann diese Rechtsform eine interessante alternative Finanzierungsmöglichkeit bieten.

Die Entstehung einer stillen Gesellschaft setzt (nur) einen Gesellschaftsvertrag voraus, in dessen Rahmen sich der stille Gesellschafter mit einer Einlage an dem Unternehmen des anderen beteiligt. Voraussetzung ist dabei zwingend eine Beteiligung am Gewinn des Unternehmens. Regelmäßig ist dieser auch am Verlust beteiligt; jedoch kann dies ausgeschlossen werden (§ 231 Abs. 2 HGB). Aus steuerlicher Sicht ist die Abgrenzung zur sogenannten atypischen Gesellschaft von Bedeutung. Während der stille Gesellschafter typischerweise als reiner Kapitalgeber am Gewinn teilnimmt, können nach § 311 Abs. 1 BGB aufgrund der Vertragsfreiheit dem Gesellschafter, abweichend vom gesetzlichen Leitbild der §§ 230 ff. HGB, weitergehende Rechte und Pflichten zugestanden werden, z. B. über die Kontrollrechte des § 233 HGB hinausgehende Informations- und Mitspracherechte, etwa Zustimmungsvorbehalte, Widerspruchsrechte oder eine Beteiligung an der Geschäftsführung (Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 16).

11.3 Körperschaften und Kapitalgesellschaften

11.3.1 Verein

(Eingetragene) Vereine sind in der Praxis von großer Bedeutung. Sie sind regelmäßig im sportlichen, aber auch im kulturellen und karitativen Bereich anzutreffen. Als Vereinszweck kann jeder beliebige Inhalt gewählt werden; dieser muss dabei nicht nur ideeller Natur sein.

Das BGB unterscheidet zwischen dem nichtwirtschaftlichen (ideellen) Verein**,** der seine Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister erlangt (§ 21 BGB), und dem wirtschaftlichen Verein**,** der die Rechtsfähigkeit durch behördliche Verleihung erhält (§ 22 BGB). Für die Abgrenzung kommt es auf den Hauptzweck der Vereinigung an: Steht der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb im Vordergrund, liegt ein wirtschaftlicher Verein vor; ist er nur Hilfsmittel beziehungsweise ein Nebenzweck zur Verfolgung ideeller Zwecke, bleibt die Vereinigung ein Idealverein; dieses sogenannte Nebenzweckprivileg ist höchstrichterlich anerkannt. In der Praxis werden Konzessionen nur ausnahmsweise erteilt, wenn andere Rechtsformen nicht sachgerecht sind, z. B. bei Verwertungsgesellschaften, wie etwa der VG Wort. Der Grund besteht darin, dass wirtschaftliche Ziele eher mit den dafür geschaffenen speziellen Rechtsformen verfolgt werden sollen.

Wie jede andere juristische Person muss auch ein Verein über Organe verfügen, die für ihn Entscheidungen vorbereiten und treffen und ihn gegenüber Dritten vertreten. Der Verein ist eine so genannte Körperschaft. Körperschaften sind rechtsfähige Organisationsformen, die durch Organe, z. B. einem Vorstand, vertreten werden. Ein Verein (als Grundform einer Körperschaft) besitzt dabei zwingend zwei Organe, den Vorstand und die Mitgliederversammlung (Saenger, § 2, Rn. 14). Der Vorstand ist das gesetzliche Vertretungsorgan (§ 26 BGB). Dieser kann aus einer oder mehreren Personen bestehen; für seine Zusammensetzung sind die Regelungen in der jeweiligen Vereinssatzung maßgebend. Die Vorstandsmitglieder müssen dabei nicht zwingend Mitglieder des Vereines sein (Prinzip der Fremdorganschaft). Der Vorstand wird von der Mitgliederversammlung bestellt und abberufen. Er besitzt die Geschäftsführungsbefugnis; darunter wird die Handlungsbefugnis im Innenverhältnis verstanden. Die Mitgliederversammlung ist, neben dem Vorstand, das zweite notwendige Vereinsorgan (§ 32 BGB). Sie stellt das oberste Vereinsorgan dar. Ihr kommt so auch in allen Vereinsangelegenheiten die

letzte Entscheidung zu. Die Mitgliederversammlung besteht aus der Gesamtheit der Mitglieder des Vereines. Sie ist zuständig für die Bestellung, Abberufung und Entlastung des Vereinsvorstandes und kann ihm Weisungen erteilen. Der Eintritt in einen Verein stellt einen Vertrag dar, der durch die Annahme der Beitrittserklärung des zukünftigen Mitgliedes seitens des Vereines zustande kommt. Aufgrund der Vertragsfreiheit können Vereine nach Maßgabe ihrer Satzung selbst entscheiden, wen sie als Mitglied aufnehmen möchten. Jedes Mitglied hat das Recht auf Mitwirkung an der Vereinstätigkeit, wie z. B. das Recht zur Teilnahme an der Mitgliederversammlung sowie das Stimmrecht und verschiedene Wertrechte, die sich nach Art und Zweck des betreffenden Vereines ergeben. Für den Fall der wirtschaftlichen Betätigung eines (Ideal)Vereines sind einige grundsätzliche steuerrechtliche Aspekte zu beachten (Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 17-18).

11.3.2 Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Unternehmergesellschaft

Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gehört zu den häufigsten Rechtsformen in Deutschland. Sie ist insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen geeignet und daher weit verbreitet. Nach aktuellen Umsatzsteuerstatistiken gibt es in Deutschland über eine Million Gesellschaften mit beschränkter Haftung; nach Schätzungen sind davon etwa 20% (regelmäßig einzige) Komplementärin einer GmbH & Co. KG. Eine GmbH kann zu jedem beliebigen, gesetzlich erlaubten Zweck gegründet werden (§ 1 GmbHG). Bis zur Gründung sind, im Unterschied zu den Personengesellschaften, mehrere Schritte erforderlich.

Die Gründung beginnt als erstem Schritt mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages (Satzung). Dieser bedarf der notariellen Beurkundung und ist von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen. Der Gesellschaftsvertrag muss die notwendigen Inhalte, also Firma, Sitz und Unternehmensgegenstand, enthalten; regelmäßig werden z. B. auch Vereinbarungen, etwa zum Geschäftsjahr, zur Begrenzung der Geschäftsführung und zum Ausscheiden der Gesellschafter, aufgenommen. Damit ist die GmbH „errichtet“. Das Gründungsverfahren ist damit noch nicht abgeschlossen, sondern lediglich der Vertragsschluss, der sich notwendigerweise mit der Übernahme sämtlicher Geschäftsanteile durch die Gründer verbindet. Damit existiert die Gesellschaft als sogenannte Vor-GmbH. In diesem Stadium können für Gesellschafter und Geschäftsführer bereits Haftungsrisiken entstehen. Zur Vermeidung solcher Haftungsrisiken im Gründungsstadium bietet sich, sofern eine unverzügliche Geschäftsaufnahme geplant ist, ein sogenannter Mantelkauf an. Banken oder Unternehmensberatungen veräußern diese von ihnen selbst, sozusagen „auf Vorrat“ gegründeten GmbH’s, mit denen noch nie ein Geschäft betrieben worden ist und deren Zweck bisher nur in der Verwaltung eigenen Vermögens bestanden hat, an Interessenten, die dann den Unternehmensgegenstand der GmbH entsprechend ändern können.

Nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages werden in einem zweiten Schritt die Organe bestellt. Zwingend gibt es zwei Organe, die Gesellschafterversammlung und der beziehungsweise die Geschäftsführer (§ 35 GmbHG). Ein Beirat beziehungsweise Aufsichtsrat, z. B. zur Kontrolle der Geschäftsführung, kann fakultativ eingerichtet werden. Zwingend ist dieses nur vorgesehen, wenn die arbeitsrechtlichen Mitbestimmungsregelungen eingreifen, d. h., wenn das Unternehmen mindestens 500 Arbeitnehmer beschäftigt.

Die Gesellschafterversammlung ist das oberste Willensbildungsorgan der GmbH ((§ 46 GmbHG). Deren Aufgabenkatalog ergibt sich aus dem GmbH-Gesetz, z. B. die Feststellung des Jahresabschlusses, die Einforderungen von Einzahlungen auf die Geschäftsanteile oder Bestellung, Abberufung und Entlastung des beziehungsweise der Geschäftsführer. Sie kann mit einfacher Mehrheit Beschlüsse zur Geschäftsführung fassen; diese sind für die Geschäftsführer grundsätzlich bindend.

Nachdem die Organe bestellt sind, muss in einem dritten Schritt das Stammkapital aufgebracht werden. Dieses muss bei einer GmbH gegenwärtig mindestens 25.000 Euro betragen. Soll die Einlage in Geld geleistet werden, muss allerdings nicht das gesamte Stammkapital aufgebracht sein. Die Anmeldung darf aber erst erfolgen, wenn auf jeden Geschäftsanteil mindestens ein Viertel auf die jeweilige Stammeinlage eingezahlt worden ist. Insgesamt muss allerdings so viel eingezahlt worden sein, dass der Gesamtbetrag der eingezahlten Geldeinlagen mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals erreicht, also 12.500 Euro. Wenn Sacheinlagen vereinbart sind, z. B. Fahrzeuge oder Grundstücke, dann sind diese vollständig zu erbringen und darüber ein Sachgründungsbericht zu erstellen.

Die Gesellschaft wird im letzten Schritt durch sämtliche Geschäftsführer zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet.

Das Registergericht prüft die ordnungsgemäße Errichtung und Anmeldung auf Grundlage des Eintragungsantrags. Kommt das Handelsregister, genauer der funktionell zuständige Rechtspfleger, zu dem Ergebnis, dass die Gründungsformalitäten erfüllt sind, so wird die betreffende GmbH in das Handelsregister eingetragen und diese Eintragung durch das Registergericht auf elektronischem Wege bekannt gemacht. Damit ist die GmbH entstanden (§ 11 GmbHG).

Der Gesetzgeber hat im Rahmen seiner letzten größeren Reform des GmbH-Gesetzes im Jahre 2009 als Sonderform, insbesondere für kapitalschwächere Interessenten sozusagen als Einstiegsvariante zur GmbH, die sogenannte Unternehmergesellschaft (UG) geschaffen. Die UG war vor allem als deutsche Antwort auf die seinerzeit beliebte englische Rechtsform der Limited private company (Ltd.) geschaffen worden. Es handelt sich bei der UG nicht um eine neue Rechtsform, sondern um eine Sonderform der GmbH. Der wichtigste Unterschied zwischen der UG und der herkömmlichen GmbH besteht darin, dass die UG nicht mit einem Mindeststammkapital ausgestattet werden muss. Die Gesellschaft muss in der Firma den Zusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ beziehungsweise „UG (haftungsbeschränkt)“ führen (§ 5a GmbHG).

Die Unternehmergesellschaft kann mit einem Stammkapital von weniger als 25.000 Euro gegründet werden. Theoretisch ist also auch eine Gründung mit einem Euro möglich, nämlich im Falle einer Ein-Personengesellschaft mit nur einem Geschäftsanteil, dessen Mindestnennbetrag auch einen Euro betragen kann. Zur Vermeidung einer Überschuldung sollte das aufzubringende Stammkapital nicht unter den Gründungkosten liegen, soweit sie nicht von dritter Seite übernommen werden. Für die UG gelten einige Besonderheiten. So kann das Stammkapital nur durch Bareinlagen aufgebracht werden, die vollständig vor der Anmeldung einzuzahlen sind. Sie darf nicht als GmbH firmieren, sondern als Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt). In der Bilanz des nach dem HGB aufzustellenden Jahresabschlusses ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Diese Rücklage darf nur zum Ausgleich von Verlusten oder eben zur vereinfachten Kapitalerhöhung verwendet werden. Zweck dieses Thesaurierungsgebotes ist es, dass die betroffene Gesellschaft in den ersten Jahren ihres Bestehens Eigenkapital ansammelt, so dass ihr Vermögen nach einiger Zeit das Mindeststammkapital einer herkömmlichen GmbH erreicht. Ist das der Fall, dann können die Gesellschafter eine Erhöhung des Stammkapitals auf 25.000 Euro (oder mehr) beschließen; einen Zwang hierzu kennt das Gesetz allerdings nicht. Wird die Kapitalerhöhung unterlassen, so besteht die Pflicht zur Rücklagenbildung weiter, so dass diese das gesetzliche Stammkapital einer normalen GmbH oft sogar deutlich übersteigen kann (Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 18-20).

11.3.3 GmbH & Co. KG

Eine beliebte Kombination von verschiedenen Gesellschaftsformen ist die GmbH & Co. KG. Sie ist eine Kommanditgesellschaft, bei der die GmbH die Rolle des regelmäßig einzigen persönlich haftenden Gesellschafters (Komplementär) übernimmt. Für die Gründung können dabei nicht nur haftungsrechtliche, sondern vor allem auch steuerliche Erwägungen maßgebend sein. Die GmbH haftet dann zwar persönlich, weil sie Komplementär ist. Als juristische Person haftet die GmbH aber nur bis zur Höhe des Stammkapitals. Der Kommanditist haftet ebenfalls nur bis zur Höhe seiner eingetragenen Haftsumme. Auf diese Weise wird praktisch eine Haftungsbeschränkung bewirkt und eine persönliche Haftung einer natürlichen geschäftsführenden Person als Komplementär vermieden.

Die Gründung der GmbH & Co KG setzt die Gründung zweier Gesellschaften voraus, nämlich die der Komplementär-GmbH und die der KG. Alternativ besteht die Möglichkeit der Umwandlung bereits bestehender Gesellschaften in eine GmbH & Co. KG. Die Gründung der GmbH vollzieht sich nach den vorstehend dargestellten Regeln. Der Unternehmensgegenstand der GmbH muss darauf hinweisen, dass diese die Geschäftsführerfunktion in einer bestimmten KG übernehmen soll. Die Gründung der KG vollzieht sich ebenfalls nach den allgemeinen Regeln. Der KG-Gesellschaftsvertrag ist von der Komplementär-GmbH und den als Kommanditisten vorgesehenen Personen abzuschließen.

Die GmbH haftet zwar persönlich, weil sie Komplementär ist. Als juristische Person haftet sie aber nur bis zur Höhe des Eigenkapitals. Der Kommanditist haftet ebenfalls nur bis zur Höhe seiner Einlage. Auf diese Weise wird praktisch eine Haftungsbeschränkung auch der Kommanditgesellschaft bewirkt und so eine risikobehaftete persönliche Haftung des Geschäftsführers und der Gesellschafter vermieden (Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 20-21).

11.3.4 Aktiengesellschaft

Die Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) ist vor allem für große Unternehmen vorgesehen. Ihr liegen in erster Linie die Bestimmungen des Aktiengesetzes (AktG) zugrunde. Daneben bestehen verschiedene, aus Gründen der Rechtsharmonisierung im EU-Binnenmarkt, europarechtliche Regelungen. Die Rechtsform der AG eignet sich zur Teilnahme am Kapitalmarkt und damit zur Beschaffung größerer Kapitalbeträge von einer Vielzahl von Anlegern. Weiterhin kann das Kapitalmarktrecht anwendbar sein; von den zurzeit etwa 15.000 Aktiengesellschaften in Deutschland besitzen etwa 15% eine Börsenzulassung. Eine AG ist grundsätzlich für Unternehmen mit einem großen Kapitalbedarf interessant. Es gibt aber auch Aktiengesellschaften mit nur einem oder wenigen Aktionären. Das Aktienrecht sieht hier gewisse formelle Erleichterungen für nicht börsennotierte Gesellschaften vor, d. h., bei denen also der Kreis der Aktionäre bekannt ist, um durch Kostenreduzierung und eine erhöhte Flexibilität auch für kleinere und mittlere Unternehmer attraktiv zu sein.

Eine AG besitzt drei Organe: Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung. Ein Vorstand leitet und vertritt die Gesellschaft in eigener Verantwortung (§ 6 AktG). Ein Aufsichtsrat hat die Aufgabe, den Vorstand zu überwachen und zu beraten. Er bestellt den Vorstand und beruft ihn ab. In der Hauptversammlung kommen die Anteilseigner (Aktionäre) einer AG zusammen. Ihre Zuständigkeiten ergeben sich grundsätzlich aus dem Gesetz. Sie ist zuständig für grundlegende Entscheidungen, wie etwa Satzungsänderungen, Maßnahmen der Kapitalbeschaffung, Bestellung (Wahl) der Aufsichtsratsmitglieder, die Verwendung des Bilanzgewinns oder die Entlastung des Vorstandes.

Für kleinere Unternehmen ist vor allem der finanzielle Aspekt oftmals problematisch, da hier ein Grundkapital von 50.000 Euro aufgebracht werden muss, wobei vor der Anmeldung nur ein Viertel, d. h. 12.500 Euro, tatsächlich geleistet worden sein muss, also der gleiche Betrag

wie bei einer, mit einem Mindeststammkapital ausgestatteten GmbH. Zudem sind der Gründungs- und Organisationsaufwand größer, weil es zwingend eines mit drei Personen besetzten Aufsichtsrates bedarf. Allerdings besteht, wie erwähnt, nur bei einer AG die Möglichkeit eines Börsenganges. Aktien sind, im Gegensatz zu den Geschäftsanteilen anderer Gesellschaften, in hohem Maße verkehrsfähig. So können GmbH-Anteile nur durch einen notariell zu beurkundenden Vertrag übertragen werden; sie sind daher nicht verkehrsfähig beziehungsweise handelbar. Bei Aktien ist dagegen eine Übertragung grundsätzlich formlos und zügig möglich. Weitere Erleichterungen bestehen zudem bei börsennotierten Unternehmen aufgrund des Depotgesetzes, nach dem sich ein Aktienkauf beziehungsweise -verkauf als reiner Buchungsvorgang darstellt.

Dem Recht der Aktiengesellschaft liegen in erster Linie die Bestimmungen des Aktiengesetzes (AktG) zugrunde. Da die AG vom Grundtypus nach ein eingetragener Verein gemäß § 21 BGB ist, kann bei Fehlen entsprechender Regeln subsidiär das Vereinsrecht, z. B. § 31 BGB zur Anwendung kommen. Soweit eine Börsenzulassung besteht, sind darüber hinaus auch kapitalmarktrechtliche bzw. spezielle börsenrechtliche Regelungen zu beachten (z. B. DepotG, BörsenG, WpHG, WpPG, WpÜG). Börsennotiert im Sinne dieses Gesetzes sind Gesellschaften, deren Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist (§ 3 Abs. 2 AktG); in Deutschland sind das ca. 15% bis 20% der in Deutschland eingetragenen 15.000 Aktiengesellschaften (Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 21-22)..Zu beachten ist, dass für börsennotierte Aktiengesellschaften der Deutsche Corporate Governance Kodex über die Entsprechungsklausel in § 161 AktG Bedeutung erlangt (Vgl. Saenger, § 14, Rn. 521).

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist eine Kapitalgesellschaft, die der Aktiengesellschaft nahesteht, aber wie die Kommanditgesellschaft einen persönlich haftenden Komplementär besitzt (§§ 278 ff. AktG).

11.3.5 Genossenschaft

Die Genossenschaft ist eine vereinsähnliche Körperschaft, die die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder zum Geschäftsgegenstand hat (§ 1 GenG). Zur Entstehung einer Genossenschaft ist eine Eintragung in das Genossenschaftsregister erforderlich. Sie ist eine juristische Person und Kaufmann kraft Rechtsform. Die Firma muss die Bezeichnung „eingetragene Genossenschaft“ oder „e.G.“ enthalten. Die einzelnen Mitglieder bleiben weitgehend selbstständig. In der Generalversammlung wählen sie den Vorstand und den Aufsichtsrat der Genossenschaft.

Genossenschaften spielen im heutigen Wirtschaftsleben eine beachtliche Rolle. Kreditgenossenschaften, wie die Volks- und Raiffeisenbanken, Einkaufsgenossenschaften der Kaufleute, Absatz- und Einlaufgenossenschaften der Landwirte und Wohnungsbaugenossenschaften sind Beispiele für wirtschaftlich bedeutende Genossenschaften

11.4 Stiftung

Bei der rechtsfähigen Stiftung bürgerlichen Rechts handelt es sich um eine rechtsfähige Organisationsform, deren Zweck darin besteht, mithilfe des, der Stiftung gewidmeten Vermögens den vom Stifter festgelegten Stiftungszweck dauerhaft zu erfüllen (§ 80 BGB). Es handelt sich damit um ein verselbständigtes Zweckvermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit. Es gibt bei einer Stiftung, im Unterschied zu den anderen Organisationsformen, keine Gesellschafter oder Mitglieder. Zur Gründung einer solchen Stiftung ist ein Stiftungsgeschäft mit Satzung

(insbesondere mit Angaben zum Namen, Sitz, Zweck, Vermögen und Vorstand) und eine staatliche Anerkennung durch die zuständige Landesbehörde am Stiftungssitz erforderlich (§ 81 BGB). Wird die Anerkennung erst nach dem Tod des Stifters erteilt, gilt die Stiftung für Zuwendungen als bereits zuvor entstanden. Die Stiftung ist danach eine mitgliederlose, verselbständigte Vermögensmasse mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die maßgebenden Rechtsgrundlagen bilden die §§ 80 bis 88 BGB. Das materielle Stiftungsrecht wurde 2021 bundesweit mit dem Ziel vereinheitlicht, in Bezug auf Organisation, Umwandlung, Zusammenlegung auf Bundesebene weitgehend einheitliche Regelungen zu schaffen und damit für mehr Rechtssicherheit für unternehmensverbundene Stiftungen zu sorgen. Das bundesweit geplante Stiftungsregister mit Publizitätswirkung wird voraussichtlich 2028 eingeführt werden. Die von der rechtsfähigen Stiftung abzugrenzende unselbständige Stiftung bedarf eines Rechtsträgers, in dessen Eigentum das Stiftungsvermögen steht. Zu beachten ist, dass eine Stiftung öffentlichen Rechts nicht durch ein privatrechtliches Stiftungsgeschäft entsteht, sondern auf einem Gesetz beruht.

Zwingendes Organ einer rechtsfähigen Stiftung ist regelmäßig der Vorstand; weitere Organe (z. B. Kuratorium) können vorgesehen sein. Stiftungen unterliegen der staatlichen Stiftungsaufsicht der Länder, die über die satzungsmäßige Zweckverwirklichung wacht.

Konstitutive Merkmale jeder Stiftung sind Stiftungszweck, Stiftungsvermögen und Stiftungsorganisation. Maßgebend sind hierbei vor allem das Stiftungsgeschäft, das sich aus dem Stifterwillen ergibt. Nach der Satzung muss die Stiftung nicht auf einen Zweck beschränkt sein. Bei der (häufig) vorkommenden gemeinnützigen Stiftung liegt der Hauptzweck in der Förderung ideeller Zwecke. Nach statistischen Erhebungen des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen sind ca. 90% der etwa 24.000 Stiftungen in Deutschland gemeinnützig im Sinne des Steuerrechts. Andere Stiftungen mit wirtschaftlicher Betätigung sind zulässig, wenn sie jedenfalls das Gemeinwohl nicht gefährden, d. h., wenn sie gemeinwohlkonform sind.

Bei den sogenannten unternehmensverbundenen Stiftungen handelt es sich um Stiftungen, zu deren Vermögen ein Unternehmen oder die Beteiligung an einem Unternehmen gehört. Es kann sich danach um eine Unternehmensträgerstiftung handeln, die unter ihrer Rechtsform selbst ein Unternehmen als Einzelkaufmann betreibt oder um eine Beteiligungsträgerstiftung, die Beteiligungen an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft hält. Erscheinungsformen der unternehmensverbundenen Stiftungen sind die Stiftung & Co. KG oder die Doppelstiftung. Bei beiden Formen kann es sich um eine Familienstiftung handeln, die ausschließlich oder überwiegend dem Wohle einer oder mehrerer Familien dient und damit meistens „privatnützig“ ist. Den begünstigten Familienmitgliedern werden Vorteile entweder voraussetzungslos gewährt oder von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht, z. B. Förderung des Studiums, Bedürftigkeit oder Unterhalt. Die Familienstiftung kann aber auch in der Form einer unternehmensverbundenen Stiftung als Instrument der Unternehmensnachfolge geeignet sein. Sie bietet die Möglichkeit, die Unternehmensnachfolge sicherzustellen, wenn Abkömmlinge des Stifters das Unternehmen nicht weiterführen sollen oder können. Häufig kann es sich dabei um eine Doppelstiftung, d. h. um eine Kombination aus gemeinnütziger und Familienstiftung als Beteiligungsträger, handeln; auch „asset protection“ stellt eine weitere sinnvolle Einsatzmöglichkeit von Familienstiftungen dar.

Zu beachten ist allerdings, dass der Stifterwille stets maßgebend ist beziehungsweise bleibt. Satzungs- und Zweckänderungen sind daher nur ausnahmsweise möglich, etwa bei Unmöglichkeit oder wesentlicher Zweckverfehlung (§ 87 BGB). Die Entscheidung für diese Rechtsform bedarf einer umfassenden Betrachtung zivilrechtlicher, aufsichtsrechtlicher und

steuerrechtlicher (vor allem im Erbschafts-, Schenkungs- und Ertragssteuerrecht) Aspekte. (Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 22-24).

11.5 Unternehmensrelevanz der Rechtsformwahl

Im Folgenden sollen zunächst allgemein die wesentlichen Entscheidungsmerkmale bei der Wahl einer Rechtsform betrachtet werden, um im Anschluss daran dann entsprechende Konsequenzen aufzeigen zu können. Zu den grundsätzlichen entscheidungserheblichen Kriterien zählen dabei vor allem: Organisation und Leitung, Haftung, Vermögensordnung, Kontrollmöglichkeiten, Mitbestimmung, Publizitätspflichten, Finanzierungsmöglichkeiten sowie Steuerabgaben.

Bei den Personengesellschaften, also der GbR, OHG oder der KG, gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft, d. h. , es besteht eine untrennbare Verbindung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mit der Person der Gesellschafter. Angestellten Managern und nicht persönlich haftenden Kommanditisten kann jedoch Prokura oder Handlungsvollmacht erteilt werden. Bei den Kapitalgesellschaften, vor allem der GmbH und der AG, kann auch ein Nichtgesellschafter zum gesetzlichen Vertreter, Geschäftsführer beziehungsweise Vorstand bestellt werden; man spricht hier vom Prinzip der Fremdorganschaft.

In Bezug auf die Haftung ist zu beachten, dass bei den Personengesellschaften die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaften grundsätzlich persönlich mit ihrem Privatvermögen haften. Bei der KG ist die persönliche Haftung des Kommanditisten ausgeschlossen, wenn dieser seine Einlage, d. h. den Betrag, der im Handelsregister als Haftsumme eingetragen ist, geleistet hat. Bei Kapitalgesellschaften ist die Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft (als juristischer Person) beschränkt. Die Gesellschafter einer GmbH beziehungsweise die Aktionäre einer AG haften daher für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich. Hinsichtlich der Vermögenszuordnung ist zu beachten, dass bei den Personengesellschaften das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern insgesamt gehört, während die Kapitalgesellschaften selbst Inhaber des Vermögens sind. Die Gesellschafter einer AG oder einer GmbH haben also nur ein Anteilsrecht am Stamm- beziehungsweise Grundkapital. Bei Aktiengesellschaften besteht zwingend ein Aufsichtsrat als Kontrollorgan, während die Kontrollbefugnis bei der GmbH und den Personengesellschaften in der Regel den Gesellschaftern obliegt. Die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer (im Aufsichtsrat) spielt vor allem bei den großen Kapitalgesellschaften eine Rolle, wenn diese mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Kapitalgesellschaften haben, je nach Größe, unterschiedliche Publizitätspflichten (hinsichtlich ihrer Jahresabschlüsse). Diese Pflichten ergeben sich dabei im Einzelnen aus dem HGB.

Nicht zu unterschätzen sind die Auswirkungen der Rechtsformwahl auf eine mögliche Fremdfinanzierung. So ist die Tatsache, dass Personengesellschaften aufgrund der persönlichen Verantwortlichkeit der Gesellschafter bei Banken höheres Ansehen genießen als die GmbH, ein wichtiger Aspekt. Einer lediglich mit dem Mindeststammkapital ausgestatteten GmbH (ohne nennenswertes Vermögen) wird regelmäßig nur dann ein Kredit gewährt, wenn die Gesellschafter zusätzliche (Kredit-)Sicherheiten übernehmen, z. B. in Form einer Bürgschaft. Bei der AG steht den Gläubigern der Gesellschaft ebenfalls nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung. Der Vorteil der Rechtsform der AG besteht, neben dem besseren Image, auch darin, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen Zugang zum Kapitalmarkt hat und so durch Kapitalerhöhungen ihre Eigenkapitalausstattung zu verbessern vermag.

In der Praxis sind bei allen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen auch steuerrechtliche Auswirkungen zu bedenken. Es handelt sich um eine sehr komplexe und komplizierte Materie, nicht zuletzt deshalb, weil das Steuerrecht ständigen Änderungen unterworfen ist. Der prinzipielle Unterschied besteht in der unterschiedlichen Ausgestaltung der Einkommens- und Körperschaftssteuer. Personengesellschaften als solche sind nicht steuerpflichtig; Gewinn oder Verlust werden steuerlich den einzelnen Gesellschaftern unmittelbar im Verhältnis ihrer Beteiligung zugerechnet. Diese haben daher den auf sie entfallenden Anteil am Geschäftsgewinn als eigenes Einkommen zu versteuern, gleichgültig ob dieser ausgeschüttet wird oder nicht. Die einheitliche Gewinnfeststellung durch das Betriebsfinanzamt dient nur als Grundlage für die Zurechnung. Dagegen unterliegt die Kapitalgesellschaft als selbstständiges Rechtssubjekt mit ihrem Einkommen der Körperschaftssteuer. Zudem müssen die, an die Gesellschafter ausgeschütteten Gewinnanteile von diesen als Einkommen versteuert werden. Allerdings wird durch ein (kompliziertes) Anrechnungsverfahren eine Doppelbelastung vermieden. Im Ergebnis kann man festhalten, dass es in Bezug auf die steuerrechtlichen Vor- und Nachteile zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften stets auf den Einzelfall ankommt. Entsprechendes gilt für (unternehmensverbundene) Stiftungen, deren Gründung die Beachtung zivilrechtlicher, aufsichtsrechtlicher und vor allem steuerrechtlicher Aspekte erforderlich macht.

Eine Analyse der Entscheidungsparameter zur Wahl einer Rechtsform lässt erkennen, dass es aufgrund der Interdependenzen zwischen den verschiedenen Kriterien keine ideale Rechtsform gibt. Betrachtet man speziell die Managementrelevanz der einzelnen Entscheidungskriterien, so zeigt sich, dass vor allem den Fragen der Kapitalbeschaffung und der Leitung eine besondere Bedeutung beizumessen ist. Unternehmen, die etwa ein ausgeprägtes Innovationsmarketing betreiben, haben einen in der Regel hohen Kapitalbedarf. Als Rechtsform ist hier die AG mit ihrer Zugangsmöglichkeit zum Kapitalmarkt zu bevorzugen. Für konzernfreie Vertriebsgesellschaften, die eine relativ geringe Kapitalausstattung benötigen, andererseits aber schnell und flexibel am Markt reagieren müssen, sind die OHG beziehungsweise die KG mit ihren entsprechenden Leitungsstrukturen eine empfehlenswerte Option, für konzerngebundene Vertriebsgesellschaften dagegen eher die GmbH (Vgl. Zerres, T., Zerres, M., S. 24 ff.).

LITERATURVERZEICHNIS

Braasch, P., Handelsrecht, 20. Auflage, Münster (Alpmann/Schmidt) 2026

Bitter, G., Linardatos, D., Handelsrecht mit UN-Kaufrecht, 5. Auflage, München 2026

Brox, H., Henssler, M., Handelsrecht, 23. Auflage, München 2020

Hopt, K., Handelsgesetzbuch (Kommentar), 44. Auflage, München 2025, zit. Hopt/Be-arbeiter, §, Rn.

Medicus, D., Lorenz, S., Schuldrecht II – Besonderer Teil, 19. Auflage, München 2025

Saenger, I., Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, München 2023

Strauch, O., Gesellschaftsrecht, 20. Aufl., Münster (Alpmann/Schmidt) 2024

Zerres, T., Zerres, M., Rechtliche Herausforderungen für das Management in Unternehmen, Tübingen 2026

AUTORENPROFIL

Stephanie Zerres ist Rechtsanwältin.

Dr. Thomas Zerres ist Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz.