

schaft (GmbH, AG, KGaA) in die Kommanditgesellschaft, der auch in der Praxis von Bedeutung ist.<sup>325</sup> Nicht zulässig ist der Formwechsel einer Personengesellschaft in die offene Handelsgesellschaft nach den Vorschriften des Umwandlungsrechts. Änderungen der Rechtsform zwischen Personengesellschaften erfolgen außerhalb des UmwG. Neben dem Formwechsel besteht die Möglichkeit, eine Personenhandelsgesellschaft im Rahmen einer **Spaltung** (§§ 123 ff. UmwG) zu gründen, und zwar durch **Abspaltung** oder **Aufspaltung**.<sup>326</sup>

d) **Rechtsformwechsel außerhalb des Umwandlungsgesetzes.** Das UmwG hat die Möglichkeiten des Rechtsformwechsels innerhalb der Personengesellschaften unberührt belassen: Eine Kommanditgesellschaft wird beispielsweise zur offenen Handelsgesellschaft, wenn der einzige Kommanditist ausscheidet oder wenn dessen Haftungsbeschränkung aufgehoben wird und mindestens zwei unbeschränkt haftende Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen.<sup>327</sup>

Ändert eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ihre Tätigkeit dahingehend, dass sie fortan auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, so begibt diese Änderung der Tätigkeit die Änderung der Rechtsform: Sofern die Gesellschaft nicht lediglich ein Kleingewerbe betreibt, entsteht qua Gesetz und unabhängig von der Eintragung in das Handelsregister eine offene Handelsgesellschaft; im Falle der Vereinbarung einer entsprechenden Haftungsbeschränkung entsteht eine Kommanditgesellschaft.<sup>328</sup>

Wechselt eine Partnerschaft in die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft, so bedarf es hierfür eines Gesellschafterbeschlusses über die Änderung des Unternehmensgegenstandes. Dieser muss zukünftig auf den Betrieb eines Handelsgewerbes bzw. einen anderen möglichen Inhalt gerichtet sein.<sup>329</sup> Bei Kannkaufleuten wirkt die Eintragung in das Handelsregister dabei konstitutiv.

## 2. Gesellschafter

Hinsichtlich der möglichen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft gelten weitgehend identische Grundsätze wie für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Im Folgenden werden die Grundsätze deshalb zusammengefasst wiedergegeben; im Übrigen wird auf die Erläuterungen zu der Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>330</sup> verwiesen.

a) **Mindest- und Höchstzahl.** Als Personengesellschaft muss die offene Handelsgesellschaft **mindestens zwei Gesellschafter** haben.<sup>331</sup> Die Gründung einer Einmann-Gesellschaft ist anders als bei Kapitalgesellschaften nicht möglich. Der Wegfall des vorletzten Gesellschafters und Verbleib nur eines Gesellschafters führt zur Auflösung und gleichzeitigen Beendigung der Gesellschaft. Eine **Obergrenze** für die Zahl der Gesellschafter **existiert nicht**. Die offene Handelsgesellschaft ist jedoch eine personenbezogene Gesellschaftsform und für eine kleinere Zahl von Gesellschaftern konzipiert. Insbesondere auf Grund der in wichtigen Fragen auf Einstimmigkeit ausgelegten Entscheidungsfindung sowie der unbeschränkten persönlichen Haftung ist die offene Handelsgesellschaft für eine große Zahl von Gesellschaftern ungeeignet. Gesellschaften mit einer großen Zahl von Gesellschaftern wählen entweder die Publikumskommanditgesellschaft oder eine Kapitalgesellschaft.

b) **Mögliche Gesellschafter.** Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft können natürliche oder juristische Personen sowie bestimmte andere Rechtsgemeinschaften sein.<sup>332</sup>

aa) **Natürliche Personen.** Natürliche Personen sind mögliche Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Für nicht voll geschäftsfähige Personen sind dieselben Vorschriften zu

<sup>325</sup> Zu den umwandlungsrechtlichen Vorgängen → §§ 21, 22.

<sup>326</sup> → § 21 Rn. 57 ff.

<sup>327</sup> BGH Beschl. v. 9.12.1976 – II ZB 6/76, BGHZ 68, 12; Lutter/Decher/Hoger UmwG § 190 Rn. 13.

<sup>328</sup> BayObLG Urt. v. 7.5.2002 – 3 Z BR 55/02, NZG 2002, 882 (883) mwN.

<sup>329</sup> Vgl. MüKoHGB/Grunewald § 161 Rn. 17 (für die KG).

<sup>330</sup> → Rn. 16 ff.

<sup>331</sup> Baumbach/Hopt § 105 Rn. 18.

<sup>332</sup> Baumbach/Hopt § 105 Rn. 28; zur Frage, ob die Gesellschafter Kaufleute sind: Baumbach/Hopt § 105 Rn. 19 ff.

## § 4 187–192

### Teil B. Gründung

beachten wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts; Entsprechendes gilt für etwaig einschlägige ehrechte Regelungen.<sup>333</sup>

- 187 *bb) Juristische Personen/Gesellschafter.* Als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft kommen sowohl die juristischen Personen des Privatrechts in Betracht, also insbesondere die GmbH und die AG, als auch die des öffentlichen Rechts. Auch die Vorgesellschaften wie beispielsweise eine Vor-GmbH sind mögliche Gesellschafter.<sup>334</sup> Wenn in einer offenen Handelsgesellschaft keine natürliche Person persönlich haftet, muss die Firma eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet.<sup>335</sup>
- 188 **Genossenschaften** dürfen sich an einer offenen Handelsgesellschaft nur dann beteiligen, wenn diese der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren sozialer oder kultureller Belange oder als Nebenzweck verfolgter gemeinnütziger Bestrebungen zu dienen bestimmt ist.<sup>336</sup>
- 189 **Personengesellschaften** können sich ebenfalls als Gesellschafter an einer offenen Handelsgesellschaft beteiligen. Dies gilt für die **offene Handelsgesellschaft** ebenso wie für die **Kommanditgesellschaft**<sup>337</sup> und die **EWIV**.<sup>338</sup> Theoretisch denkbar ist die Aufnahme einer **Partnerschaft** als Gesellschafter. Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-) **Gesellschaft bürgerlichen Rechts**<sup>339</sup> steht fest, dass diese sich ebenfalls an einer Personengesellschaft beteiligen kann.<sup>340</sup> Die offene Handelsgesellschaft kann **nicht ihr eigener Gesellschafter sein**.<sup>341</sup> Anders als im Kapitalgesellschaftsrecht<sup>342</sup> existiert keine Möglichkeit, „eigene Anteile“ zu halten.
- 190 Die **stille Gesellschaft** ist als reine Innengesellschaft nicht Trägerin von Rechten und Pflichten. Sie kann deshalb auch nicht Gesellschafterin einer Personengesellschaft sein.<sup>343</sup>
- Eine **ausländische** rechtsfähige **Gesellschaft** kann Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft sein.<sup>344</sup>
- 191 *cc) Andere Rechtsgemeinschaften.* Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft können hingegen nicht sein die **Erbengemeinschaft**, die **Bruchteilsgemeinschaft** oder die **eheliche Gütergemeinschaft**.<sup>345</sup> Insoweit gelten dieselben Erwägungen wie hinsichtlich der Beteiligung an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, auf die verwiesen wird.<sup>346</sup> Der nicht rechtsfähige Verein wird nunmehr als tauglicher Gesellschafter angesehen.<sup>347</sup>
- 192 *dd) Sonderfälle.* Hinsichtlich der Treuhand<sup>348</sup> an einer Beteiligung, des Nießbrauchs<sup>349</sup> und der Testamentsvollstreckung<sup>350</sup> wird auf die Ausführungen an anderer Stelle verwiesen.

<sup>333</sup> → Rn. 20 ff.

<sup>334</sup> BGH Urt. v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129 (133 ff.) (insbesondere 143; betrifft KG), → Rn. 24.

<sup>335</sup> § 19 Abs. 2 HGB.

<sup>336</sup> § 1 Abs. 2 GenG.

<sup>337</sup> MHdB GesR I/Happ/Möhrle § 47 Rn. 29.

<sup>338</sup> Baumbach/Hopt § 105 Rn. 28.

<sup>339</sup> → Rn. 26.

<sup>340</sup> BGH Urt. v. 16.7.2001 – II ZB 23/00, NZG 2001, 1132 (für die KG); BayObLG Beschl. v. 18.10.2000 – 3 Z BR 164/00, ZIP 2000, 2165 (2166 f.); Hadding ZGR 2001, 722; Ulmer ZIP 2001, 595; Wiedemann JZ 2001, 663; Wertenbruch BB 2001, 742; Steinbrück DStR 2001, 1162.

<sup>341</sup> Baumbach/Hopt § 105 Rn. 30.

<sup>342</sup> § 71 AktG, § 33 GmbHG.

<sup>343</sup> MHdB GesR I/Happ/Möhrle § 47 Rn. 40.

<sup>344</sup> Baumbach/Hopt § 105 Rn. 28; MHdB GesR I/Happ/Möhrle § 41 Rn. 39 ff.; zur Beteiligung ausländischer Gesellschaften → Rn. 28 ff.

<sup>345</sup> MHdB GesR I/Happ/Möhrle § 47 Rn. 35 f. (38–39); vgl. BayObLG Beschl. v. 22.1.2003 – 3 ZBR 238/02, ZIP 2003, 48; kritisch: Grziwotz ZIP 2003, 848 f.

<sup>346</sup> → Rn. 33 f.

<sup>347</sup> GroßkommHGB/Schäfer § 105 Rn. 99; MüKoBGB/Ulmer/Schäfer § 705 Rn. 80; MHdB GesR I/Happ/Möhrle § 47 Rn. 37.

<sup>348</sup> → Rn. 35 ff.

<sup>349</sup> → § 20 Rn. 82 ff.

<sup>350</sup> → § 20 Rn. 86 ff.

### 3. Neugründung durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrags

**Checkliste:**  
Gründung und Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft

193

I. Gründung

1. Abschluss des Gesellschaftsvertrags (Grundsätzlich kein Formelerfordernis, in Sonderfällen notarielle Beurkundung erforderlich).
2. Ausnahmsweise ist erforderlich:
  - Zustimmung des anderen Ehegatten (Zugewinngemeinschaft), wenn Einlageleistung des Gesellschafters nahezu sein ganzes Vermögen betrifft (§ 1365 BGB);
  - Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters/Pflegers bei nicht voll geschäftsfähigen Personen, zusätzlich in der Regel gerichtliche Genehmigung.
3. Publikumsgesellschaften: Kein Widerruf nach § 312 BGB (Haustürgeschäfte) oder §§ 491 ff. BGB (Verbraucherdarlehen).
4. Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften (zB Gewerberecht, Kartellrecht)
5. Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister durch alle Gesellschafter
6. Gewerbeanmeldung

II. Entstehung

1. Grundsätzlich durch Eintragung in das Handelsregister
2. Vorverlegung bei Istanträgern auf den Zeitpunkt des einverständlichen Geschäftsbeginns

a) **Abschluss des Gesellschaftsvertrags.** aa) **Vertragsabschluss.** Voraussetzung für die Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags. Hinsichtlich der Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags kann auf die Ausführungen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwiesen werden.<sup>351</sup> Der Gesellschaftsvertrag muss sowohl den Mindestvoraussetzungen des § 705 BGB als auch denen des § 105 HGB genügen: Erforderlich ist die Verpflichtung von zwei oder mehr Gesellschaftern, einen gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung zu fördern.<sup>352</sup>

Nicht identisch mit dem gemeinsamen Zweck ist der Unternehmensgegenstand.<sup>353</sup> Der **Mindestinhalt** ist insofern weiter als der einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als die Gesellschafter auch eine Vereinbarung über das **gemeinschaftliche Auftreten nach außen** treffen müssen.<sup>354</sup> Die offene Handelsgesellschaft ist eine Außen-, keine Innengesellschaft.

Es bedarf keiner Einigung der Gesellschafter über die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft. Sofern keine andere Rechtsform wirksam begründet wird, führt der gemeinschaftliche Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne des § 105 HGB zwingend zum Entstehen einer offenen Handelsgesellschaft. Die Gesellschafter müssen sich der vom Gesetz vorgegebenen Gesellschaftsform bedienen (**Rechtsformwang**). Dies ist auch dann der Fall, wenn die Gesellschafter eine andere Rechtsform wählen wollten, diese jedoch verfehlt wird.<sup>355</sup>

Für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gelten im Übrigen dieselben Regeln wie für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>356</sup> Der Vertrag kann unter einer Zeitbestimmung, einer aufschließenden oder auflösenden **Bedingung**

<sup>351</sup> → Rn. 40 ff.

<sup>352</sup> § 705 BGB → Rn. 210 ff.

<sup>353</sup> Zur Abgrenzung → Rn. 83.

<sup>354</sup> Baumbach/Hopt § 105 Rn. 5; MHdB GesR I/Happ/Möhrle § 47 Rn. 57.

<sup>355</sup> BGH Urt. v. 29.11.1956 – II ZR 282/55, BGHZ 22, 240 (244); BGH Urt. v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, BGHZ 32, 307 (310); BGH Urt. v. 23.11.1978 – II ZR 20/78, WM 1979, 327 (328); OLG Dresden Urt. v. 20.11.2001 – 2 U 1928, NZG 2003, 124 f. (ARGE zur Erstellung eines Großbauvorhabens); Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 105 Rn. 16.

<sup>356</sup> → Rn. 41 ff.

## § 4 198–205

### Teil B. Gründung

abgeschlossen werden.<sup>357</sup> Ein rückwirkender Abschluss des Gesellschaftsvertrags einer offenen Handelsgesellschaft ist mit Außenwirkung nicht möglich. Die Gesellschafter können der Gründung einer Gesellschaft lediglich im Innenverhältnis eine **Rückwirkung** beimessen.<sup>358</sup>

198 Neben dem ausdrücklichen Abschluss eines Gesellschaftsvertrags ist auch der **konkludente** Abschluss eines Gesellschaftsvertrags möglich. Die einvernehmliche Aufnahme des Geschäftsbetriebs<sup>359</sup> oder die gemeinsame Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister<sup>360</sup> können einen stillschweigenden Vertragsschluss nahelegen.

199 Ist der Gesellschaftsvertrag fehlerhaft abgeschlossen worden, auch bei mangelnder Form, gelten die Grundsätze über die **fehlerhafte Gesellschaft**.<sup>361</sup>

200 *bb) Form des Gesellschaftsvertrags.* Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist grundsätzlich **formfrei** möglich. Die Verpflichtung zur Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nach § 106 HGB umfasst nicht die Beifügung eines Gesellschaftsvertrags in schriftlicher Form. Es empfiehlt sich und ist in der Praxis die Regel, dass der Vertrag schriftlich abgeschlossen und mit einer Schriftformklausel versehen wird.

201 In besonderen Fällen kann der Gesellschaftsvertrag nach gesetzlichen Vorschriften einer besonderen Form, insbesondere der notariellen Beurkundung, bedürfen. Dies gilt überall dort, wo formbedürftige Verpflichtungen durch den Gesellschaftsvertrag begründet werden. Der Gesellschaftsvertrag ist etwa notariell zu beurkunden, wenn ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung übernimmt, das Eigentum an einem **Grundstück** zu übertragen oder zu erwerben.<sup>362</sup> Gleichermaßen gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung zur Abtretung eines **GmbH-Geschäftsanteils**, dh. zur Einbringung des Anteils, begründet oder die Abtretung selbst enthält.<sup>363</sup> Die unentgeltliche Zuwendung einer Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft kann eine **Schenkung** darstellen, die den Gesellschaftsvertrag nach § 518 Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungspflichtig macht. Da in dieser Hinsicht dieselben Überlegungen wie für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gelten, wird auf die entsprechenden Ausführungen, auch im Hinblick auf die Vereinbarung einer Schriftform, verwiesen.<sup>364</sup>

202 *cc) Öffentlich-rechtliche Anforderungen und Zustimmungserfordernisse.* Die Gründung und Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft bedarf grundsätzlich keiner öffentlich-rechtlichen Genehmigung und auch keiner Zustimmung Dritter. In bestimmten besonderen Fällen sind allerdings öffentlich-rechtliche Beschränkungen bzw. Zustimmungserfordernisse zu beachten. Insoweit wird zunächst auf die Ausführungen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwiesen.<sup>365</sup>

203 Größere Bedeutung als bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts haben die **gewerberechtlichen Vorschriften**. Für den Betrieb eines Gewerbes gilt der Grundsatz der Gewerbefreiheit.<sup>366</sup> Gesetzliche Vorschriften in der Gewerbeordnung und in Spezialgesetzen regulieren den Betrieb eines Gewerbes generell beziehungsweise den Betrieb bestimmter Gewerbe:

204 Der Betrieb eines Gewerbes ist bei der zuständigen Behörde (Gewerbeamter) anzugeben (**Gewerbeanmeldung**).<sup>367</sup> Die Anmeldung hat insbesondere den Zweck, der zuständigen Behörde die Überwachung zu ermöglichen.

205 Für einige Gewerbe stellt das Gesetz Zugangsvoraussetzungen auf, sie können nur auf Grund einer Zulassung (zB Erlaubnis, Genehmigung, Konzession) betrieben werden. In der Gewerbeordnung sind dies zum Beispiel die Erlaubnis für Privatkrankenanstalten,<sup>368</sup> Auf-

<sup>357</sup> GroßkommHGB/Schäfer § 105 Rn. 16; EBJS/Wertenbruch § 105 Rn. 40.

<sup>358</sup> EBJS/Wertenbruch § 105 Rn. 40.

<sup>359</sup> BGH Urt. v. 28.11.1953 – II ZR 188/52, BGHZ 11, 190 (192).

<sup>360</sup> BGH Urt. v. 17.9.1984 – II ZR 208/83, WM 1984, 1605 (1606); BGH Urt. v. 13.5.1985 – II ZR 196/84, WM 1985, 1229; EBJS/Wertenbruch § 105 Rn. 41.

<sup>361</sup> → Rn. 157 ff.

<sup>362</sup> § 311b Abs. 1 BGB.

<sup>363</sup> § 15 Abs. 3, 4 GmbHG, → Rn. 55.

<sup>364</sup> → Rn. 56.

<sup>365</sup> → Rn. 65 ff.

<sup>366</sup> § 1 GewO.

<sup>367</sup> § 14 GewO.

<sup>368</sup> § 30 GewO.

steller von Spielautomaten,<sup>369</sup> Pfandleiher,<sup>370</sup> Bewachungsgewerbe,<sup>371</sup> Versteigerer,<sup>372</sup> Makler und Bauträger<sup>373</sup> und Schausteller.<sup>374</sup> Auch außerhalb der GewO existieren zahlreiche spezialgesetzliche Beschränkungen.<sup>375</sup>

Die Eintragung in das Handelsregister hängt nach § 7 HGB grundsätzlich nicht von der öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit des Gewerbebetriebs ab. Ausnahmsweise findet eine Prüfung statt, wenn die Eintragung von der Vorlage öffentlich-rechtlicher Urkunden abhängig ist.<sup>376</sup>

**b) Inhalt des Gesellschaftsvertrags.** *a) Mindestinhalt.* Wie bereits dargestellt,<sup>377</sup> umfasst der Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags einer offenen Handelsgesellschaft nach §§ 705 BGB, 105 HGB zunächst die Verpflichtung von zwei oder mehr Gesellschaftern, einen gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung oder in sonstiger, vertraglich vereinbarter Weise zu fördern.<sup>378</sup>

• **Gemeinsamer Zweck.** Der gemeinsame Zweck ist der **Betrieb eines Handelsgewerbes**.<sup>379</sup> Handelsgewerbe ist die erkennbar planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete Tätigkeit unter Ausschluss freiberuflicher, wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeit.<sup>380</sup> Der gemeinsame Zweck kann auch in dem **Betrieb eines Kleingewerbes** bestehen, dann ist die Eintragung in das Handelsregister für die Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft erforderlich;<sup>381</sup> Gleches gilt für land- und forstwirtschaftliche Unternehmen<sup>382</sup> und eine Gesellschaft, die eigenes Vermögen verwaltet.

Der gemeinsame Zweck erfordert nicht die Gewinn- und Verlustbeteiligung aller Gesellschafter.<sup>383</sup> Für den Betrieb bestimmter Gewerbe steht die offene Handelsgesellschaft den Gesellschaftern nicht zur Verfügung. Zum Schutz der Gläubiger und des Publikums besteht für einige Gewerbe ein Rechtsformzwang.<sup>384</sup>

• **Förderungspflicht.** Der Gesellschaftsvertrag muss nach § 705 BGB notwendigerweise die Verpflichtung der Gesellschafter beinhalten, den gemeinsamen Zweck durch Leistung von Beiträgen oder in sonstiger Weise zu fördern. Der Gesellschafter einer oHG erbringt durch die Übernahme der gesetzlichen Haftung nach § 128 HGB immer einen Beitrag; weitere Beiträge können durch den Gesellschaftsvertrag weitgehend frei bestimmt werden.<sup>385</sup> Die Beiträge können in Geld- oder Sacheinlagen<sup>386</sup> bestehen; anders als im Kapitalgesellschaftsrecht haben die Gesellschafter jedoch volle Dispositionsfreiheit hinsichtlich der vereinbarten Beiträge, weil die Gesellschafter auch persönlich für die Gesellschaftsschulden haften.

• **Außengesellschaft.** Der Mindestinhalt ist insofern weiter als der einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als die Gesellschafter auch eine Vereinbarung über das **gemeinschaftliche**

<sup>369</sup> § 33c GewO.

<sup>370</sup> § 34 GewO.

<sup>371</sup> § 34a GewO.

<sup>372</sup> § 34b GewO.

<sup>373</sup> § 34c GewO.

<sup>374</sup> § 33a GewO.

<sup>375</sup> ZB: § 32 KWG (Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen); §§ 28, 35 KRWG iVm § 4 Abs 1 BImschG (Abfallbeseitigung), § 2 PBefG (Personenbeförderung), § 11 HeimG (Altenheime); § 7 WaffenG (Waffen), siehe hierzu BeckPersG-HB/Sauter § 2 Rn. 96; MHdB GesR/Heinrich § 8 Rn. 27; MHdB GesR II/Wolff § 5 Rn. 20.

<sup>376</sup> Siehe hierzu Baumbach/Hopt § 7 Rn. 5; EBJS/Kindler § 7 Rn. 9.

<sup>377</sup> → Rn. 72 ff.

<sup>378</sup> § 705 BGB.

<sup>379</sup> § 105 Abs. 1 HGB.

<sup>380</sup> Siehe zum Begriff des Handelsgewerbes: *Baumbach/Hopt* § 1 Rn. 11 ff. mwN; vgl. auch BayObLG Beschl. v. 21.3.2002 – 3 Z BR 57/02, ZIP 2002, 1032 f. (Software-Entwicklung ist gewerbliche Tätigkeit).

<sup>381</sup> §§ 105 Abs. 2, 123 Abs. 2 iVm 2, 3 Abs. 2 HGB.

<sup>382</sup> §§ 3 Abs. 2, Abs. 3, 123 HGB.

<sup>383</sup> BGH Urt. v. 6.4.1987 – II ZR 101/86, NJW 1987, 3124 (3125).

<sup>384</sup> *Baumbach/Hopt* Einl. v. § 105 Rn. 5; → Rn. 78.

<sup>385</sup> Schlegelberger/K. Schmidt § 105 Rn. 31 mwN; EBJS/Wertenbruch § 105 Rn. 13; GroßkommHGB/Schäfer § 105 Rn. 18.

<sup>386</sup> Zum Begriff der Einlage → § 3 Rn. 32 ff.

## § 4 212–217

### Teil B. Gründung

Auftreten nach außen treffen müssen. Die offene Handelsgesellschaft ist eine Außen-, keine Innengesellschaft; hierüber müssen sich die Gesellschafter einig sein. Die gemeinschaftliche Firma ist nach zutreffender Auffassung hingegen die Folge des Betriebs eines Handelsgewerbes, nicht Voraussetzung der Entstehung der Gesellschaft.<sup>387</sup>

- 212 *bb) Weitere Vertragsbestandteile. Firma.* Der dritte Abschnitt des Handelsgesetzbuchs enthält die grundlegenden gesetzlichen Regeln über die Firma. Das Handelsrechtsreformgesetz hat das in Deutschland zuvor geltende Firmenrecht, das als veraltet und zu restriktiv empfunden wurde, erheblich geändert. Die Liberalisierung des Firmenrechts war ein zentrales Anliegen der Handelsrechtsreform. Die Bildung der Firma richtet sich nunmehr an den drei wesentlichen Funktionen aus: Unterscheidungskraft und Kennzeichnungswirkung, Er-sichtlichkeit der Gesellschaftsverhältnisse und Offenlegung der Haftungsverhältnisse.<sup>388</sup>
- 213 Vor der Handelsrechtsreform musste die Firma der offenen Handelsgesellschaft den (Familien-)Namen wenigstens eines der Gesellschafter und einen das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter enthalten. Die Firma diente vor allem der Bezeichnung der persönlich haftenden Personen, weshalb es unzulässig war, eine reine Sachfirma zu verwenden.
- 214 Dies hat das **Handelsrechtsreformgesetz** grundlegend geändert; im Folgenden werden die wesentlichen Änderungen im Überblick dargestellt: Die Handelsrechtsreform hat die Vorschriften über die Bildung der Firma für die einzelnen Unternehmensträger, also Einzelkaufleute, Handelsgesellschaften und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vereinheitlicht. Die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft können die Firma der Gesellschaft nunmehr grundsätzlich frei wählen. Personen-, Sach- oder sogar Phantasiebezeichnungen, die nicht dem Unternehmensgegenstand entnommen sind, sind als Firmenbestandteile zulässig. Es ist lediglich erforderlich, dass die Firma zur Kennzeichnung geeignet ist, Unterscheidungskraft besitzt und keine irreführenden Angaben enthält.<sup>389</sup> Die Pflicht zur Aufnahme des Namens eines Gesellschafters in die Firma ist entfallen. Entgegen der bisherigen Regelung ist es nunmehr allerdings vorgeschrieben, dass die Firma die Bezeichnung „offene Handelsgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung enthält. Haftet keine natürliche Person persönlich, muss die Firma – wie vor der Reform – eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet.<sup>390</sup>
- 215 Den **Begriff der Firma** definiert das Gesetz wie folgt: Die Firma ist der Handelsname des Kaufmanns, unter dem er seine Geschäfte betreibt.<sup>391</sup> Während bei Einzelkaufleuten zwischen dem bürgerlichen und dem Handelsnamen unterschieden werden kann, haben Handelsgesellschaften keinen anderen Namen als ihren Handelsnamen. Die Firma ist der Name der Handelsgesellschaft schlechthin.<sup>392</sup> Eine Handelsgesellschaft kann auch dann nur eine Firma führen, wenn sie mehrere Unternehmen betreibt. Zulässig ist es hingegen, dass die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft mehrere Gesellschaften mit unterschiedlicher Firma gründen.<sup>393</sup>
- 216 Rechtlich hat die Firma eine **Doppelnatur**: Sie ist sowohl ein Persönlichkeitsrecht wie das Namensrecht als auch ein Immaterialgüterrecht (Vermögensrecht), das zum Unternehmen gehört.<sup>394</sup>
- 217 Als **Name** ist die Firma die Bezeichnung der offenen Handelsgesellschaft, durch die sich die Gesellschaft von anderen Teilnehmern am Geschäftsverkehr unterscheidet. Die Firma ist in das Handelsregister einzutragen<sup>395</sup> und im Geschäftsverkehr zu führen.<sup>396</sup>

<sup>387</sup> Baumbach/Hopt § 105 Rn. 5; MHdB GesR I/Happ/Möhrle § 47 Rn. 57; aa EBJS/Wertenbruch § 105 Rn. 29.

<sup>388</sup> Baumbach/Hopt § 17 Rn. 3.

<sup>389</sup> BeckPersG-HB/Sauter § 2 Rn. 156.

<sup>390</sup> § 19 Abs. 2 HGB.

<sup>391</sup> § 17 Abs. 1 HGB.

<sup>392</sup> Baumbach/Hopt § 17 Rn. 4.

<sup>393</sup> Baumbach/Hopt § 105 Rn. 5.

<sup>394</sup> Baumbach/Hopt § 17 Rn. 5.

<sup>395</sup> § 29 HGB.

<sup>396</sup> Koller/Roth/Morck HGB, 7. Aufl., § 17 Rn. 2.

## § 4 Gründung und Entstehung

## 218–223 § 4

Der Charakter als **Vermögensrecht** bedingt, dass die Firma im Rahmen eines Insolvenzverfahrens grundsätzlich in die Insolvenzmasse fällt.<sup>397</sup> Der Insolvenzverwalter kann die Firma grundsätzlich auch ohne Zustimmung des Unternehmensträgers verwerten. Ist allerdings der Name eines Gesellschafters Bestandteil der Firma, ist eine Güterabwägung zwischen dem aus dem personalen Bezug zum Gesellschafter und dem Interesse der freien Verwertbarkeit der Firma vorzunehmen.<sup>398</sup>

Die wesentlichen Vorschriften über die **Bildung der Firma** einer offenen Handelsgesellschaft enthalten die §§ 17ff. HGB. Die Firma besteht aus zwei Elementen: einem den Kaufmann kennzeichnenden Teil<sup>399</sup> und einem Rechtsformzusatz.<sup>400</sup> Bei der Wahl der Firma sind die folgenden Grundsätze zu beachten:

- Die Firma muss Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 Abs. 1 HGB).
- Sie hat sich von anderen Firmen im Registerbezirk deutlich zu unterscheiden (§ 30 Abs. 1 HGB).
- Die Firma muss einen die Rechtsform kennzeichnenden Zusatz enthalten (§ 19 HGB).
- Die Firma darf nicht gegen das Täuschungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB verstößen.

### Praxistipp:

Spätestens vor der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister ist durch Rücksprache mit dem Registergericht und gegebenenfalls der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu klären, ob Einwendungen gegen die gewählte Firma bestehen. Die Industrie- und Handelskammer nimmt zur Zulässigkeit der Firma im Rahmen des Eintragsverfahrens gegenüber dem Registergericht – nach der Handelsrechtsreform zumindest „in zweifelhaften Fällen“ – Stellung. Eine frühzeitige Klärung mit dem Registergericht vermeidet späteren Änderungsaufwand. Eine weitergehende – wenn auch keine vollständige – Klärung bezüglich der Zulässigkeit der Firma, auch in markenrechtlicher Hinsicht, kann eine Recherche durch ein hierauf spezialisiertes Unternehmen bewirken.

Nach § 18 Abs. 1 HGB hat die Firma **Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft** zu besitzen. Das Gesetz stellt klar, dass die Firma bei der Bildung des Firmenkerns vor allem diese Namensfunktion im geschäftlichen Verkehr erfüllen muss. Dem Gebot der Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft kommt entscheidende Bedeutung zu im Hinblick auf die Eintragsfähigkeit einer Firma.<sup>401</sup>

Die Firma muss als Name **zur Kennzeichnung** der offenen Handelsgesellschaft geeignet sein (§ 18 Abs. 1 HGB). Hierzu gehören alle aussprechbaren Wörter und Zeichenfolgen, die im Geschäftsverkehr als Name verstanden werden, das heißt, dass die Firma auf die beteiligten Verkehrskreise „wie ein Name wirken“ muss.<sup>402</sup> Die Firma muss also abstrakt namensfähig sein. Vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Handelsrechtsreform, das Firmenrecht zu liberalisieren, sollte diese Voraussetzung weit verstanden werden.

Nicht als Name zur Kennzeichnung geeignet sind beispielsweise Bilder.<sup>403</sup> Bildzeichen sind zulässig, soweit ihre Bedeutung nach Ansicht der beteiligten Rechtskreise feststeht. Dies gilt zB für die Zeichen „&“ und „@“.<sup>404</sup>

Buchstabenfolgen,<sup>405</sup> die nicht artikulierbar sind, sind nach herkömmlicher Auffassung nicht zur Kennzeichnung geeignet. Vor dem Hintergrund der angestrebten Liberalisierung

<sup>397</sup> BGH Urt. v. 27.9.1982 – II ZR 51/82, BGHZ 85, 222 f. (zur Konkursordnung); Heidelberger Kommentar/Ruß HGB § 17 Rn. 16.

<sup>398</sup> Uhlenbrück/Hirte § 35 Rn. 379 mwN.

<sup>399</sup> § 18 HGB.

<sup>400</sup> § 19 HGB.

<sup>401</sup> Lutter/Hommelhoff § 4 Rn. 7.

<sup>402</sup> Lutter/Hommelhoff § 4 Rn. 15.

<sup>403</sup> BGH Urt. v. 6.7.1954 – I ZR 167/52, BGHZ 14, 155 (159 f.).

<sup>404</sup> LG München I Beschl. v. 15.12.2008 – 17 HKT 920/09, MittBayNot 2009, 315; Michalski/Michalski § 4 Rn. 11; MHdB GesR I/Bezzenberger § 49 Rn. 32; aA Schoene GWR 2009, 137 (139).

<sup>405</sup> BGH Beschl. v. 8.12.2008 – II ZB 46/07, NJW-RR 2009, 327; OLG Hamm, Beschl. v. 11.12.2007 – 15 W 85/07, RNotZ 2008, 232.

## § 4 224–229

### Teil B. Gründung

des Firmenrechts ist dies jedenfalls insoweit nicht zutreffend, als Buchstabenfolgen zwar keine „wörtliche Bezeichnung“ darstellen, jedoch eine zur Kennzeichnung geeignete, einprägsame und aussprechbare Buchstabenfolge beinhalten, auch wenn sie keine wörtliche Bezeichnung im strengen Wortsinn sind. Danach sind auch eintragungsfähig Buchstabenfolgen, die kein aussprechbares Wort im strengen Wortsinn ergeben, Webeslogans und (ausgeschriebenen) Zahlenbezeichnungen sowie nur aus Buchstaben und Ziffern/Zeichen gebildete Firmen.<sup>406</sup> Voraussetzung ist jedoch stets, dass die Firma klar aussprechbar ist. Als Buchstaben kommen nur lateinische Buchstaben in Betracht.<sup>407</sup>

Beispiele:

XYZ-oHG, IKG oHG; Sieben oHG, Take 5 oHG.

- 224 Die vorstehenden Beispiele werden zum Teil weiterhin als unzulässig angesehen.<sup>408</sup> Für solch „innovative“ Firmenbildungen gilt in besonderem Maße der Ratschlag, die Bildung der Firma und ihre Eintragungsfähigkeit vorab mit dem Handelsregister bzw. der zuständigen Industrie- und Handelskammer abzustimmen.
- 225 Weiterhin unzulässig sind hingegen endlose Buchstabenfolgen oder übertriebene Aneinanderreihungen von Buchstabenblöcken (zB „A-Blöcke“). Diese sind nicht aussprechbar und dienen lediglich dem Zweck, in alphabetischen Verzeichnissen an erster Stelle geführt zu werden.<sup>409</sup>
- 226 Die Firma muss geeignet sein, die Gesellschaft von anderen zu unterscheiden (§ 18 Abs. 1 HGB). **Unterscheidungskraft** hat eine Bezeichnung, wenn sie ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls (abstrakt) geeignet ist, die Gesellschaft von anderen Unternehmen zu unterscheiden.<sup>410</sup> Dieses Merkmal fehlt insbesondere dann, wenn die Gefahr einer Verwechslung mit anderen Firmen besteht. Maßgeblich ist dabei eine der Firma innewohnende ursprüngliche Unterscheidungskraft. Es kommt dabei nicht auf das Verhältnis zu bereits eingetragenen Firmen anderer Unternehmen in demselben Registerbezirk an.<sup>411</sup> Das Tatbestandsmerkmal der Unterscheidbarkeit ist vergleichbar mit der entsprechenden Voraussetzung in § 3 Abs. 1 MarkenG.
- 227 Die verschiedenen Arten, eine Firma zu bilden, lassen sich in **drei Grundtypen** einteilen: Personen-, Sach- und Phantasiefirmen.
- 228 **Personenfirmen** sind in der Regel geeignet, die Gesellschaft von anderen zu unterscheiden. Sind **natürliche Personen** Gesellschafter, ist es ausreichend, den Nachnamen in den Firmenkern aufzunehmen. Das Gesetz fordert nicht die Beifügung eines Vornamens. Einer oder mehrere Vornamen können aufgenommen werden, auch in abgekürzter Form.<sup>412</sup>

Beispiele:

Sandmann und Krieger oHG; K. Müller & Cie. offene Handelsgesellschaft.

- 229 Probleme bereiten lediglich weit verbreitete Familiennamen wie zB „Müller“ oder „Meier“. Richtig ist, dass auch häufig vorkommende Namen abstrakt geeignet sind, eine Firma von anderen zu unterscheiden.<sup>413</sup> Teilweise wird gefordert, dass bei diesen der Vorname, zumindest in abgekürzter Form, hinzuzufügen sei.<sup>414</sup> In der Praxis empfiehlt es sich jedenfalls, bei häufiger vorkommenden Namen einen zumindest abgekürzten Vornamen beizufügen und die Firmenbildung im Einzelfall mit dem Handelsregister abzustimmen. Denn durch

<sup>406</sup> Lutter/Hommelhoff § 4 Rn. 15 f. mit weiteren Beispielen.

<sup>407</sup> BGH Beschl. v. 8.12.2008 – II ZB 46/07, NJW-RR 2009, 327 (328); Müther GmbHHR 1998, 1059; Michalski/Michalski § 4 Rn. 10 (nennt Ausnahmen) mwN.

<sup>408</sup> OLG Celle Beschl. v. 6.7.2006 – 9 W 61/06, RNotZ 2006, 548; siehe hierzu Kögel BB 1998, 1646 mwN.

<sup>409</sup> OLG Celle Beschl. v. 19.11.1998 – 9 W 150/98, DB 1999, 40; OLG Frankfurt Beschl. v. 28.2.2002 – 20 W 531/01, NZG 2002, 588; Schoene GWR 2009, 137 (140); Lutter/Hommelhoff § 4 Rn. 15.

<sup>410</sup> Hüffer Aktiengesetz § 4 Rn. 12.

<sup>411</sup> Bülow DB 1999, 270; Lutter/Hommelhoff § 4 Rn. 8.

<sup>412</sup> MüKoHGB/Bokelmann Ergänzungsband (1999), § 19 Rn. 7; MüKoHGB/Heidinger § 18 Rn. 60; Baum-bach/Hopt § 19 Rn. 6.

<sup>413</sup> EBJS/Zimmer § 18 Rn. 7 mwN; Lutter/Welp ZIP 1999, 1075; aA Müther GmbHHR 1998, 1059; Kol-ler/Roth/Morck § 18 Rn. 4 („in der Regel“).

<sup>414</sup> Lutter/Hommelhoff § 4 Rn. 11.