

# Skript Handelsrecht

2017

Bearbeitet von  
Patrick Braasch

17. Auflage 2017. Buch. VI, 148 S. Kartoniert

ISBN 978 3 86752 556 5

Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Handels- und Vertriebsrecht > Handelsrecht, HGB, Handelsvertreterrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## Überblick

Das Handelsrecht ist das **besondere Privatrecht der Kaufleute**. Es dient den Anforderungen des Wirtschaftsverkehrs, für den das bürgerliche Recht nicht immer ausreichende Regelungen enthält („Im Handelsrecht weht ein härterer Wind“). So sind die Bedürfnisse des kaufmännischen Rechtsverkehrs insbesondere gerichtet auf:

- rasche Abwicklung (z.B. unverzügliche Mängelrüge, § 377 HGB),
- Rechtsklarheit, Publizität und erhöhten Vertrauensschutz (§§ 5, 15, 366 HGB),
- stärkere Bindung an Bräuche und Gepflogenheiten, § 346 HGB,
- Professionalität, insbesondere Entgeltlichkeit, §§ 353, 354 HGB,
- Selbstverantwortung des Handelnden, §§ 348 ff. HGB u.a.

Das Handelsrecht steht aber nicht isoliert neben dem BGB, sondern ist mit diesem eng verknüpft. So werden manche Regelungen des bürgerlichen Rechts durch das Handelsrecht lediglich ergänzt (für die Mängelgewährleistung z.B. § 377 HGB neben §§ 434 ff. BGB), andere durch Sondernormen ersetzt (nach § 350 HGB sind die Formvorschriften der §§ 766 S. 1, 780, 781 BGB unanwendbar). Man kann sich das HGB als das sechste Buch des BGB vorstellen.

Nach Art. 2 Abs. 1 EGHGB kommen in Handelssachen die Vorschriften des BGB nur insoweit zur Anwendung, als nicht im HGB etwas anderes bestimmt ist. Das HGB hat damit als spezielleres Gesetz Vorrang gegenüber dem allgemeineren BGB.

Zum Handelsrecht im engeren Sinne gehören

- das Recht des **Handelsstands** (1. Buch des HGB, also das Recht der Kaufleute und ihrer Hilfspersonen) und
- das Recht der **Handelsgeschäfte** (4. Buch des HGB).

Nur diese beiden Gebiete werden im Folgenden dargestellt.

Im weiteren Sinne zählen zum Handelsrecht auch das Recht der Handelsgesellschaften (§§ 105 ff. HGB [2. Buch des HGB], AktG, GmbHG, GenG), die Vorschriften über die Handelsbücher (3. Buch des HGB: §§ 238–342e HGB), das Bank- und Börsenrecht, das Wettbewerbs- und Markenrecht, das Wertpapierrecht, das Versicherungsrecht und das Seehandelsrecht (5. Buch des HGB: §§ 476 ff. HGB). Diese Rechtsgebiete bleiben hier außer Betracht. Soweit sie für das Examen von Bedeutung sind, wird auf das AS-Skript Gesellschaftsrecht verwiesen.

Maßgebend für die Anwendbarkeit des Handelsrechts ist der Begriff des **Kaufmanns**. Die Abgrenzung zum übrigen Zivilrecht erfolgt also nach einem **subjektiven System**. Hierbei handelt es sich um eine Fortwirkung des Ständewesens. Entscheidend ist nicht der Inhalt des Rechtsgeschäfts („was?“), sondern der Status der beteiligten Personen („wer?“).

Anders das objektive System in anderen Rechtsordnungen, bei dem ein bestimmter Inhalt des einzelnen Rechtsgeschäftes über die Anwendung von Sondernormen entscheidet.

Grundsätzlich gilt das Handelsrecht demnach **nur für Kaufleute**. Zum Teil wird dieses subjektive System jedoch mit objektiven Kriterien verbunden: So sind die Regeln über Handelsgeschäfte in den §§ 343 ff. HGB teilweise auch dann anwendbar, wenn an dem Geschäft auf einer Seite ein Nichtkaufmann beteiligt ist (vgl. § 345 HGB).

In Ausnahmefällen gelten handelsrechtliche Vorschriften auch für Nichtkaufleute:

Nach den §§ 84 Abs. 4, 93 Abs. 3 und 383 Abs. 2 S. 1 HGB gelten die Vorschriften über Handelsvertreter, Handelsmakler und Kommissionäre auch dann, wenn das jeweilige Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Auch die Regeln über das Frachtgeschäft, Speditionsgeschäft und Lagergeschäft setzen keinen kaufmännischen, sondern lediglich einen gewerblichen Betrieb voraus. Darüber hinaus sind beim Kommissionsgeschäft, Frachtgeschäft, Speditionsgeschäft und Lagergeschäft die allgemeinen Vorschriften über die Handelsgeschäfte (4. Buch, 1. Abschnitt, §§ 343–372 HGB) mit Ausnahme der §§ 348–350 HGB anwendbar (§§ 383 Abs. 2 S. 2, 407 Abs. 3 S. 2, 453 Abs. 3 S. 2, 467 Abs. 3 S. 2 HGB).

Nach Rechtsscheinsgrundsätzen können handelsrechtliche Normen für Scheinkaufleute gelten (vgl. unten Rn. 233 ff.).

Diese Ausnahmen ändern nichts an der grundsätzlichen Konzeption, dass das Handelsrecht ein Sonderprivatrecht für Kaufleute ist. In der Klausur ist häufig die entscheidende Frage, ob die beteiligten Personen Kaufleute und Sondernormen des HGB demnach anwendbar sind. Während der Großteil der rechtlichen Probleme in der Regel im bürgerlichen Recht angesiedelt ist, führt dann innerhalb der Prüfung ein Exkurs in das HGB.

**Beispiel:** A erklärt sich telefonisch gegenüber B bereit, für eine Verbindlichkeit des C zu bürgen. Als C bei Fälligkeit nicht zahlt, nimmt B den A aus der Bürgschaft in Anspruch.

Nach dem BGB hat B keinen Anspruch gegen A aus § 765 Abs. 1 BGB, da das Schriftformerfordernis des § 766 BGB nicht eingehalten wurde. Anders sieht es jedoch aus, wenn die Bürgschaft für A ein Handelsgeschäft ist. Dann findet § 766 BGB nach § 350 HGB keine Anwendung. Handelsgeschäfte sind nach § 343 Abs. 1 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Entscheidend für den Anspruch des B ist also die Frage, ob A Kaufmann ist.

- 4 Der Begriff des Kaufmanns darf nicht mit dem des **Unternehmers** verwechselt werden, § 14 BGB. Letzterer stammt aus dem Verbraucherschutzrecht der EU und bildet den Gegenbegriff zum Verbraucher, § 13 BGB. Trotz vieler Überschneidungen ist der Unternehmerbegriff weiter als der Kaufmannsbegriff. Gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB umfassen jedes planmäßige Anbieten von Waren und Dienstleistungen gegen Entgelt. Es kommt nicht darauf an, ob die weiteren Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft (siehe im Folgenden) vorliegen.

## 1. Abschnitt: Der Kaufmann

Die Kaufmannseigenschaft einer Person bestimmt sich nach den §§ 1–6, 105 HGB.

- 5 ■ Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt“. Was als Handelsgewerbe anzusehen ist, bestimmen § 1 Abs. 2 HGB und § 2 HGB.
- Für Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gilt als Sonderregelung § 3 HGB.
- Formkaufleute gemäß § 6 Abs. 2 HGB sind u.a. die GmbH, die AG, die KGaA (Kommanditgesellschaft auf Aktien) und die Genossenschaft.
- Auch ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes ist nach § 105 Abs. 2 HGB die eingetragene Vermögensverwaltungsgesellschaft Kaufmann.
- Gemäß § 5 HGB müssen sich im Handelsregister eingetragene Gewerbetreibende als Kaufleute behandeln lassen.
- Nach Rechtsscheinsgrundsätzen (§ 5 HGB analog, § 242 BGB) werden unter bestimmten Voraussetzungen die für Kaufleute geltenden Vorschriften auch auf Nichtkaufleute angewandt.

## A. Kaufmann nach §§ 1 und 2 HGB

Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt“.

6

- Ein Handelsgewerbe setzt voraus,
  - dass die ausgeübte Tätigkeit überhaupt ein **Gewerbe** darstellt und
  - nach den §§ 1 und 2 HGB als **Handelsgewerbe** zu behandeln ist.
- Das Handelsgewerbe muss **betrieben** werden.

### I. Der Begriff des Gewerbes

Gewerbe ist nach h.M. jede äußerlich erkennbare, selbstständige, planmäßig auf gewisse Dauer, zum Zwecke der Gewinnerzielung (bzw. entgeltlich) ausgeübte Tätigkeit, die nicht „freier Beruf“ ist. Umstritten ist, ob und inwieweit die Tätigkeit „erlaubt“ sein muss.

7

Der Begriff des Gewerbes und die Abgrenzung zu den freien Berufen sind auch in anderen Rechtsgebieten relevant, so etwa im öffentlich-rechtlichen Gewerberecht (GewO) sowie im Steuerrecht (§§ 15 Abs. 2, 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG, § 2 GewStG).

- Die Tätigkeit muss **nach außen** hin in Erscheinung treten.

8

Die innere, für Dritte nicht erkennbare Absicht reicht allein nicht aus, wie z.B. das heimliche Spekulieren an der Börse oder die stille Beteiligung an einem Handelsgewerbe (§ 230 HGB). Auch Besitzgesellschaften und reine Vermögensverwaltungsgesellschaften treten nicht nach außen hin auf und betreiben damit kein Gewerbe.<sup>1</sup> Sie können aber nach § 105 Abs. 2 S. 2 HGB i.V.m. § 2 S. 2 HGB in das Handelsregister eingetragen werden und sind dann als Handelsgesellschaften gemäß § 6 Abs. 1 HGB Kaufleute.

- Es muss eine **rechtliche**, nicht notwendigerweise wirtschaftliche **Selbstständigkeit** vorliegen. Abgrenzungskriterien zur unselbstständigen Tätigkeit enthält für den Handelsvertreter § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, die aber auch in anderen Fällen herangezogen werden können. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.<sup>2</sup>

9

- Zum Begriff des Gewerbes gehört weiterhin, dass es **planmäßig auf gewisse Dauer**, also nicht nur gelegentlich betrieben wird.

10

Die Arbeitsgemeinschaft (Arge) als Zusammenschluss von Fachunternehmen zur gemeinsamen Durchführung eines Bauvorhabens wird grundsätzlich nicht gewerblich tätig. Da die Bau-Arge nur einmalig gegenüber einem einzelnen Bauherrn oder gegenüber einer bestimmten Anzahl von Bauherrn tätig wird, fehlt es an einer planmäßigen, auf Dauer ausgerichteten Tätigkeit.<sup>3</sup> Als nicht gewerblich tätiger Zusammenschluss ist die Arge eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>4</sup> Bei umfangreichen Bauvorhaben wird teilweise eine gewerbliche Tätigkeit der Arge bejaht und eine OHG angenommen.<sup>5</sup> Nach h.M. ist jedoch nicht der Umfang des Bauvorhabens entscheidend, sondern die Frage, ob sich der Zweck der Arge auf ein Bauvorhaben beschränkt (was regelmäßig der Fall ist) oder ob ausnahmsweise eine Vielzahl von Bauvorhaben durchgeführt werden sollen. Nur im letzteren Fall ist eine gewerbliche Tätigkeit zu bejahen.<sup>6</sup>

1 K. Schmidt ZIP 1997, 909, 914; Schön DB 1998, 1169.

2 Zur Abgrenzung Selbstständiger/Arbeitnehmer vgl. AS-Skript Arbeitsrecht (2016), Rn. 17 ff.

3 K. Schmidt DB 2003, 703, 704.

4 BGH, Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 194/05, BGHZ 170, 206.

5 OLG Dresden, Urt. v. 20.11.2001 – 2 U 1928/01, DB 2003, 703; LG Bonn, Beschl. v. 09.09.2003 – 13 O 194/03, ZIP 2003, 2160.

6 MünchKommBGB/Ulmer Vor § 705 Rn. 43; K. Schmidt DB 2003, 703, 705; Schmitz EWIR 2004, 341, 342; OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.03.2006 – 17 U 73/05, BauR 2006, 1190; offengelassen in BGH, Urt. v. 24.06.2003 – XI ZR 100/02, BGHZ 155, 240, 245; BGH, Urt. v. 29.03.2006 – VIII ZR 173/05, Rn. 17, NJW 2006, 2250.

- 11 ■ Ob für ein Gewerbe eine **Gewinnerzielungsabsicht** erforderlich ist, ist umstritten.
- Insbesondere nach der Rspr. muss die Tätigkeit **auf Gewinnerzielung gerichtet** sein, d.h. es muss die Absicht bestehen, einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben zu erzielen.<sup>7</sup> Ob tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet wird, ist dagegen unerheblich.<sup>8</sup> Bei einem Privatunternehmen wird die Gewinnerzielungsabsicht vermutet. Dagegen muss sie bei einem Unternehmen der öffentlichen Hand im Einzelfall festgestellt werden.
  - In der Lit. wird vertreten, dass eine Gewinnerzielungsabsicht für den Gewerbebegriff entbehrlich sei.<sup>9</sup> Überwiegend wird dabei angenommen, dass anstelle der Gewinnerzielungsabsicht zu prüfen sei, ob eine **anbietende, entgeltliche Tätigkeit** am Markt gegeben ist.<sup>10</sup>
  - Die Frage der Gewinnerzielungsabsicht hat nur geringe praktische Bedeutung. Sie ist zumeist für Unternehmen der öffentlichen Hand diskutiert worden, z.B. bei Eigenbetrieben einer Gemeinde (z.B. Stadtwerken)<sup>11</sup> oder der ehemaligen Bundesbahn.<sup>12</sup> Die Frage hat jedoch zunehmend an Bedeutung verloren, da öffentliche Unternehmen in der Regel als zivilrechtliche Gesellschaften (AG, GmbH) betrieben werden. Diese Gesellschaften sind Handelsgesellschaften und als solche gemäß § 6 Abs. 1 HGB Kaufleute, unabhängig von der Frage, ob sie ein Gewerbe betreiben.
  - Für das Merkmal der gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB (Unternehmereigenschaft) hat der BGH eine Gewinnerzielungsabsicht nicht für erforderlich gehalten; eine Entgeltlichkeit der Tätigkeit reicht hier aus.<sup>13</sup>
- 12 ■ Als „negatives Tatbestandsmerkmal“ setzt der Begriff des Gewerbes voraus, dass die Tätigkeit **nicht** zu den **freien Berufen** gehört, die durch Tätigkeiten „höherer Art“ geprägt sind. Diese Ausnahme rechtfertigt sich heute allein aus historischen Gründen und aus der sozialen Anschauung. Deshalb üben z.B. Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Architekten kein Gewerbe aus. Oftmals wird dies durch Spezialgesetze bestimmt.
- § 2 BRAO: „Der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus. Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe.“; ähnlich § 1 Abs. 2 der Bundesärzteordnung, § 1 Abs. 4 des Zahnheilkundengesetzes, § 32 Abs. 2 des Steuerberatungsgesetzes u.a.
- § 18 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) und § 1 Abs. 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG) enthalten (identische) Aufzählungen freier Berufe. Die damit beschriebenen Begriffe gelten jedoch nur für die jeweiligen Gesetze.<sup>14</sup> Der Begriff der freien Berufe i.S.d. EStG und PartGG

7 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.06.2003 – 3 Wx 108/03, NJW-RR 2003, 1120.

8 Zu § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F.: BGH, Urt. v. 10.05.1979 – VII ZR 97/78, BGHZ 74, 273, 276; Urt. v. 22.04.1982 – VII ZR 191/81, BGHZ 83, 382, 386; Urt. v. 02.07.1985 – X ZR 77/84, BGHZ 95, 155, 157; Urt. v. 28.02.1991 – III ZR 49/90, NVwZ 1991, 606; zu § 1 HGB: BGH, Urt. v. 25.04.1991 – VII ZR 280/90, BGHZ 114, 257, 258; GK/Ensthaler § 1 Rn. 2 b.

9 K. Schmidt § 9 IV 2 d, S. 288 ff.; Staub/Oetker § 1 Rn. 39; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 31; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 15 ff.; HK/Ruß § 1 Rn. 33; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Haas/Röhrich § 1 Rn. 50; EBJS/Kindler § 1 Rn. 27; Koller/Kindler/Roth/Morck § 1 Rn. 10; Canaris § 2 Rn. 14.

10 OLG Dresden, Urt. v. 20.11.2001 – 2 U 1928/01, DB 2003, 703; K. Schmidt § 9 IV 2 d, S. 288 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 28, 31; EBJS/Kindler § 1 Rn. 27; Koller/Kindler/Roth/Morck § 1 Rn. 10; Canaris § 2 Rn. 3.

11 BGH, Urt. v. 28.02.1991 – III ZR 49/90, NVwZ 1991, 606.

12 BGH, Urt. v. 02.07.1985 – X ZR 77/84, BGHZ 95, 155.

13 BGH, Urt. v. 24.06.2003 – XI ZR 100/02, BGHZ 155, 240, 245; Urt. v. 29.06.2006 – VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250.

14 MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 36; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Haas/Röhrich § 1 Rn. 67 ff.; Koller/Kindler/Roth/Morck § 1 Rn. 13; GK/Ensthaler § 1 Rn. 6.

ist für das Handelsrecht zu weit. In § 18 Abs. 1 EStG und § 1 Abs. 2 PartGG sind z.B. Journalisten und Bildberichterstatler als freie Berufe genannt. Ein Pressebildservice ist aber ein Gewerbe und kein freier Beruf i.S.d. Handelsrechts. Auch Ingenieure sind nach § 18 Abs. 1 EStG, § 1 Abs. 2 PartGG den Freiberuflern zugeordnet, werden aber – bei Entwicklung und Vertrieb von Software – als Gewerbetreibende im Sinne des Handelsrechts angesehen.<sup>15</sup>

Aufgrund der Verkehrsanschauung unterfallen **wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeiten** ebenso wie die freien Berufe nicht dem handelsrechtlichen Gewerbebegriff.<sup>16</sup>

Als wissenschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne wird nur die ursprüngliche wissenschaftliche Schöpfung angesehen, z.B. die Ausarbeitung von Gutachten und Vorträgen.<sup>17</sup> Die künstlerische Tätigkeit sollte zumindest einen gewissen gestalterischen Anspruch und eine „Einmaligkeit“ haben, die z.B. bei einem Siebdruck noch gewahrt ist, aber beim Kunstgewerbe fehlt.

- Fraglich ist, ob und inwieweit die Tätigkeit „**erlaubt**“ sein muss. Aus § 7 HGB ergibt sich, dass eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis nicht als Voraussetzung für ein Gewerbe angesehen werden kann. Umstritten ist, ob der Gewerbebegriff ein „Erlaubtsein“ in dem Sinne voraussetzt, dass die in dem Betrieb typischerweise abgeschlossenen Geschäfte nicht gesetzeswidrig oder sittenwidrig (§§ 134, 138 BGB) sein dürfen.
- Nach der traditionellen und wieder zunehmend vertretenen Lehre muss die beabsichtigte gewerbliche Tätigkeit den Abschluss rechtlich wirksamer Verträge zum Gegenstand haben. Gewerbsmäßiger Wucher, Hehlerei und Schmuggel begründen danach kein Gewerbe.<sup>18</sup>
- Die Gegenansicht bejaht auch bei einer gesetzes- oder sittenwidrigen Tätigkeit ein Gewerbe. Der Gewerbebegriff sei nicht dazu da, „Gut und Böse“ zu trennen. Im Übrigen sei der Streit eher akademisch. Die Prüfung, ob ein nach § 134 BGB nichtiger Kaufvertrag ein Handelskauf sei, mache keinen Sinn. Auch würden z.B. Streitigkeiten zwischen Waffenhändlern wohl kaum vor den Kammern für Handelssachen ausgetragen.<sup>19</sup>

13

## II. Handelsgewerbe nach §§ 1 und 2 HGB

Nach § 1 Abs. 2 HGB ist **jeder Gewerbebetrieb** ein Handelsgewerbe, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb nicht erfordert (Kleingewerbe).

14

Gemäß § 2 HGB gilt jedes **im Handelsregister eingetragene** gewerbliche Unternehmen als Handelsgewerbe, selbst wenn es „nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist“, d.h. auch dann, wenn es sich um ein Kleingewerbe handelt, das nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Kleingewerbe sind grundsätzlich nicht kaufmännisch, sie können sich aber im Handelsregister eintragen lassen.

<sup>15</sup> BayObLG, Beschl. v. 21.03.2002 – 3Z BR 57/02, NJW-RR 2002, 968; kritisch Siems NJW 2003, 1296, 1297.

<sup>16</sup> MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 32; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 19; K. Schmidt § 9 IV 2 a cc, S. 282.

<sup>17</sup> MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 33.

<sup>18</sup> HK/Ruß § 1 Rn. 38; GK/Ensthaler § 1 Rn. 9; Staub/Oetker § 1 Rn. 42; Brox/Henssler Rn. 27; für strafbare Handlungen Koller/Kindler/Roth/Morck § 1 Rn. 11.

<sup>19</sup> K. Schmidt § 9 IV 2 b cc, S. 286; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 29; EBJs/Kindler § 1 Rn. 31; Canaris § 2 Rn. 13; Baumbach/Hopt § 1 Rn. 21.

Hieraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

- Ist das Unternehmen im Handelsregister eingetragen?
- Falls nicht: Ist nach Art und Umfang ein kaufmännischer Betrieb erforderlich?

### Gewerbebetriebe

§ 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe (kaufmännisch)	§ 2 HGB Handelsgewerbe (kaufmännisch)	eingetragen nicht eingetragen
	kein Handelsgewerbe (nicht kaufmännisch)	
nach Art und Umfang kaufmännischer Betrieb <b>erforderlich</b>	nach Art oder Umfang kaufmännischer Betrieb <b>nicht erforderlich</b>	

Für die Frage, ob ein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, unterscheidet das Gesetz zunächst danach, ob **Art und Umfang** einen kaufmännischen Betrieb erfordern.

Unter einem in „kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb“ sind diejenigen Einrichtungen zu verstehen, die ein Kaufmann für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung benötigt.

Dazu gehören beispielsweise kaufmännische Buchführung, Inventarerrichtung, Bilanzerstellung, Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz, also das, was notwendig ist, um einen Betrieb übersichtlich und zuverlässig abwickeln zu können.

- 15** Ein Gewerbetreibender ist demnach bereits dann kein Kaufmann, wenn sein Betrieb entweder nur der Art oder aber nur dem Umfang nach eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert. Ist eine solche sogar nach Art und Umfang nicht erforderlich, so ist er erst recht kein Kaufmann.

### Kriterien für die (Nicht-)Erforderlichkeit eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes

Art	Umfang
<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Vielfalt des Geschäftsgegenstandes</li> <li>■ Schwierigkeit der Geschäftsvorgänge</li> <li>■ Inanspruchnahme von Kredit- oder Teilzahlungen</li> <li>■ erhebliche Teilnahme am Wechsel- und Scheckverkehr</li> <li>■ Bilanzierung</li> <li>■ Umfang der Geschäftskorrespondenz</li> <li>■ Art und Weise der betrieblichen Organisation</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Umsatz</li> <li>■ Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens</li> <li>■ Anzahl der Betriebsstätten und deren Größe</li> <li>■ Anzahl der Beschäftigten</li> <li>■ Lohnsumme</li> </ul>

Die genannten Kriterien sind nur Anhaltspunkte, letztlich entscheidend ist die Würdigung des **Gesamtbildes** des gewöhnlichen Geschäftsablaufes in dem betroffenen Gewerbebetrieb.<sup>20</sup> Häufig ist ein entscheidendes Kriterium, ob die Geschäftsvorgänge so komplex sind, dass eine kaufmännische Buchführung erforderlich ist.

#### Beispiele:

1. Ein Dönerimbiss mit einem Jahresumsatz vom 240.000 €, Abwicklung sämtlicher Geschäfte im Barverkehr und keinem Lieferantenkreis erfordert keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb.<sup>21</sup>
2. Das Unternehmen eines Optikers mit einem Jahresumsatz von 90.000 € erfordert einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb, wenn die Abwicklung der Geschäftsvorgänge kompliziert ist, weil mit verschiedenen Krankenkassen für ca. 2.000 Kunden abgerechnet werden muss und eine unbare verzögerte Zahlungsweise üblich ist.<sup>22</sup>

Materiell-rechtlich liegt demnach kein Handelsgewerbe vor, wenn ein Kleingewerbe nicht eingetragen ist. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist aber, dass mit der Formulierung „es sei denn“ demjenigen die Darlegungs- und Beweislast auferlegt wird, der sich auf das Vorliegen eines Kleingewerbes berufen will. Für die Rechtsanwendung kann man daher davon ausgehen, dass **jeder Gewerbetreibende Kaufmann** ist.<sup>23</sup> Nur wenn ein Sachverhalt Angaben über Art und Umfang des Gewerbebetriebes enthält, ist zu prüfen, ob danach ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb nicht erforderlich ist.

16

#### Fall 1: Bürgschaft

Der Bäckermeister B ist nicht im Handelsregister eingetragen. Für die Darlehensschuld seines Bruders D gibt B der G-Bank gegenüber schriftlich eine Bürgschaftserklärung ab. Nach einigen Monaten nimmt G den B in Anspruch. B wendet ein, G müsse sich zunächst an D halten. Er sei kein Kaufmann. Der Betrieb des B hat einen Jahresumsatz von 500.000 €. Die von B mit einem Gesellen und zwei Lehrlingen hergestellten Backwaren werden von seiner Ehefrau und der Tochter in der im Haus des B befindlichen Bäckerei verkauft. Die Bäckerei wird nur von zwei Lieferanten versorgt. Die Abrechnung mit diesen erfolgt teils durch Barzahlung, teils durch Banküberweisung. Teilzahlungs- oder Wechselgeschäfte werden nicht getätigt.

Anspruch der G-Bank gegen B aus Bürgschaft gemäß § 765 Abs. 1 BGB

17

- I. G und B haben sich wirksam darüber geeinigt, dass B verpflichtet sein sollte, für die Erfüllung der Darlehensschuld des D einzustehen. Ob die Bürgschaftserklärung der Form des § 766 BGB bedarf oder dies gemäß § 350 HGB entbehrlich ist, kann offenbleiben, da die Schriftform eingehalten wurde.
- II. Grundsätzlich kann der Bürge jedoch die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (§ 771 BGB, Einrede der Vorausklage). Diese Einrede steht dem B jedoch nach § 349 HGB nicht zu, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsge-

<sup>20</sup> OLG Dresden, Urt. v. 26.04.2001 – 7 U 301/01, NJW-RR 2002, 33; OLG Brandenburg, Urt. v. 04.04.2007 – 7 U 170/06; Kaiser JZ 1999, 495.

<sup>21</sup> KG, Urt. v. 21.10.2002 – 8 U 255/01, BeckRS 2002, 30288780.

<sup>22</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 24.10.1968 – 15 W 265/68, OLGZ 1969, 131.

<sup>23</sup> Röhrich/v. Westphalen/Haas/Haas/Röhrich § 1 Rn. 126 ff.; Mönkemöller JuS 2002, 30 ff.



schäft darstellt. Handelsgeschäfte sind nach § 343 HGB alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Fraglich ist, ob B ein Kaufmann ist.

1. B betreibt ein **Gewerbe** i.S.d. § 1 HGB.
2. Da B nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist er gemäß § 1 Abs. 2 HGB kein Kaufmann, wenn sein Betrieb nach **Art oder Umfang** einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht erfordert.
  - a) Bei der Bäckerei des B handelt es sich dem Umfang nach um einen einfach strukturierten Familienbetrieb. Die Betriebsräume sind im Wohnhaus des B und neben einem Gesellen und zwei Lehrlingen sind nur die Ehefrau und die Tochter beschäftigt. Doch der Umsatz in Höhe von 500.000 € ist erheblich und erfordert regelmäßig kaufmännische Einrichtungen.
  - b) Dennoch ist B kein Kaufmann, wenn der Betrieb seiner Art nach keine kaufmännischen Einrichtungen erfordert. Da der B die Waren nur von zwei Lieferanten bezieht und sie regelmäßig sofort aus eigenen oder aus Mitteln eines eingeräumten Kredits bezahlt, ist die Betriebsführung insoweit einfach und durchsichtig. Die Weiterveräußerung erfolgt überwiegend gegen Barzahlung, sodass eine einfache Gewinn- und Verlustrechnung einen hinreichenden Überblick über die finanzielle Lage des Betriebes gewährt. Zudem ist keine umfangreiche Lohnbuchhaltung geboten, sodass bei Würdigung des Gesamtbildes des gewöhnlichen Geschäftsablaufes die Art des Betriebes keinen kaufmännisch eingerichteten Betrieb erfordert.

B ist kein Kaufmann. Da § 349 HGB nicht eingreift, kann sich B auf die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 BGB berufen.

### III. Das Betreiben des Handelsgewerbes

- 18** 1. Liegt ein Handelsgewerbe vor, so ist nach § 1 Abs. 1 HGB derjenige Kaufmann, der es „betreibt“. Betreiber ist derjenige, in dessen Namen das Handelsgewerbe geführt wird und der aus den im Handelsgewerbe geschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet wird.<sup>24</sup>

Keine Kaufleute sind gesetzliche Vertreter, Insolvenzverwalter, Vorstandsmitglieder einer AG, mithin solche Personen, die Geschäfte im fremden Namen oder als Verwalter fremden Vermögens abschließen. Kaufmann ist vielmehr der Vertretene (auch der Minderjährige, vgl. § 112 BGB), der Insolvenzschuldner, die AG, die GmbH etc.

Irrelevant ist, für wessen Rechnung die Verträge abgeschlossen werden oder wem die Betriebsmittel gehören. Kaufmann ist demnach auch der Kommissionär, obwohl er Waren für fremde Rechnung kauft oder verkauft (§ 383 HGB); ebenso der Strohmann, der Pächter oder Nießbraucher.

<sup>24</sup> Vgl. mit geringfügigen Unterschieden: Baumbach/Hopt § 105 Rn. 19 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 5; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas/Röhricht § 1 Rn. 73; GK/Ensthaler § 1 Rn. 10.

Insbesondere der **Geschäftsführer einer GmbH** ist kein Kaufmann i.S.d. HGB, da nicht er, sondern nur die GmbH das Handelsgewerbe betreibt. Nur die GmbH ist gemäß § 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 Abs. 1 HGB Kaufmann. Dies gilt sogar dann, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig auch Allein- oder Mehrheitsgesellschafter der GmbH ist.<sup>25</sup> **19**

**2.** Bei den Handelsgesellschaften betreibt die Gesellschaft selbst das Gewerbe. Bei den **Gesellschaftern** ist zu unterscheiden: **20**

**a)** Keine Kaufleute sind die Gesellschafter der juristischen Personen (GmbH, AG, KGaA, Genossenschaft), da ausschließlich die juristische Person selbst das Handelsgewerbe betreibt.<sup>26</sup>

**b)** Für die **Gesellschafter** der Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) gilt Folgendes: **21**

**aa)** Kommanditisten, die für Verbindlichkeiten der KG nur beschränkt haften (§ 171 Abs. 1 HGB), sind keine Kaufleute.<sup>27</sup>

**bb)** Fraglich ist, ob die Gesellschafter einer OHG und die persönlich haftenden Gesellschafter einer KG (Komplementäre) das Handelsgewerbe betreiben und daher als Kaufleute anzusehen sind. Da die Handelsgesellschaften rechtsfähig sind, ist der Unternehmensträger die Gesellschaft selbst. Die in dem Handelsgewerbe geschlossenen Geschäfte werden im Namen der Gesellschaft geschlossen; diese ist auch die aus diesen Geschäften unmittelbar Berechtigte und Verpflichtete. Für die persönlich haftenden Gesellschafter, die danach eigentlich keine Kaufleute sind, werden jedoch wegen der persönlichen und unbeschränkten Haftung gemäß § 128 HGB die für Kaufleute geltenden Vorschriften (zumindest teilweise) entsprechend angewandt.<sup>28</sup>

## B. Die Sonderregelung für Land- und Forstwirte, § 3 HGB

Land- und Forstwirte sind kraft Gesetzes grundsätzlich keine Kaufleute (§ 3 Abs. 1 HGB). Sie können sich jedoch optional in das Handelsregister eintragen lassen, wenn ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 3 Abs. 2 HGB). Das Gleiche gilt gemäß § 3 Abs. 3 HGB für Nebenbetriebe. Ein Land- oder Forstwirt, der von der Möglichkeit Gebrauch macht, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, wird als Kannkaufmann bezeichnet. Die Eintragung wirkt wie bei § 2 HGB konstitutiv. Die Eigenschaft als Kannkaufmann hat drei Voraussetzungen: **22**

- Es muss sich um ein land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen oder einen Nebenbetrieb (z.B. Molkerei) hierzu handeln.
- Das Unternehmen muss nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (§ 3 Abs. 2 HGB).

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 08.11.2005 – XI ZR 34/05, BB 2006, 177.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 12.05.1986 – II ZR 225/85, NJW-RR 1987, 42; Urt. v. 17.01.1991 – IX ZR 170/90, NJW-RR 1991, 757; Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91, BGHZ 121, 224, 228.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 24.01.1980 – III ZR 169/78, NJW 1980, 1572, 1574; Urt. v. 22.10.1981 – III ZR 149/80, NJW 1982, 569, 570; Baumbach/Hopt § 161 Rn. 5.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 02.06.1966 – VII ZR 292/64, NJW 1966, 1960; Baumbach/Hopt § 105 Rn. 19 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 67, 100.

**Firmengrundsätze****Firmenunterscheidbarkeit**

- Nach § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma Unterscheidungskraft besitzen. Dies ist die hinreichende individuelle Eigenart, die die Firmennamen als einen Hinweis auf das Unternehmen verstehen lässt. Insbesondere rein beschreibende Angaben haben keine Unterscheidungskraft, es besteht insoweit in der Regel auch ein Freihaltebedürfnis.

Aus der Unterscheidungskraft folgt die Eignung zur Kennzeichnung.

- § 30 HGB erfordert, dass sich jede neue Firma von den am gleichen Ort bestehenden Firmen deutlich unterscheidet.

**Firmenwahrheit**

- § 18 Abs. 2 HGB verbietet Angaben, die zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise geeignet sind. Dabei sind nur Angaben relevant, die wesentlich sind.
- Alle Kaufleute, auch der Einzelkaufmann, müssen einen Rechtsformzusatz führen.

**Firmenbeständigkeit**

- Namensänderung bei Inhaberidentität, § 21 HGB
- Erwerb unter Lebenden oder von Todes wegen (mit oder ohne Nachfolgezusatz), § 22 HGB
- Ein- oder Austritt von Gesellschaftern, § 24 HGB

**Firmeneinheit**

- Grundsatz: für ein- und dasselbe Unternehmen nur eine Firma
- Ausnahme: mehrere Firmen bei
  - organisatorischer Selbstständigkeit
  - selbstständigen Filialen

**Firmenöffentlichkeit**

- Eintragungspflicht im HReg, § 29 HGB
- Angaben auf Briefköpfen (§§ 37 a, 125 a HGB, § 35 a GmbHG, § 80 AktG) und in E-Mails

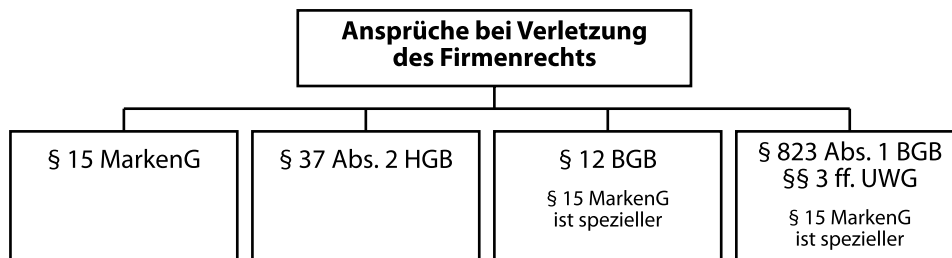
## C. Der Schutz der Firma

Führt jemand eine Firma unberechtigt (z.B. Gebrauch einer unzulässigen Firma oder Fortführung ohne Zustimmung des bisherigen Geschäftsinhabers, §§ 22 Abs. 1, 24 Abs. 2 HGB), so wird der Schutz der Firma in zweifacher Hinsicht gewährleistet:

64

**Registerrechtlich** durch das Firmenmissbrauchsverfahren nach § 37 Abs. 1 HGB und das Amtslöschungsverfahren nach § 395 FamFG.

**Privatrechtliche Ansprüche Dritter** können sich aus § 15 MarkenG, § 37 Abs. 2 HGB, evtl. auch aus § 12 BGB, § 823 Abs. 1 BGB und §§ 3 ff. UWG ergeben.



- Der Anspruch aus § 15 MarkenG hat für den Schutz der Firma die praktisch größte Bedeutung. Dies beruht darauf, dass § 37 Abs. 2 HGB nur einen eingeschränkten Schutz bietet und das MarkenG gegenüber den anderen Anspruchsgrundlagen zunehmend als Spezialgesetz angesehen wird.

65

Nach § 15 MarkenG sind „geschäftliche Bezeichnungen“ geschützt. Das sind vor allem die Bezeichnungen des Unternehmens selbst (§ 5 Abs. 1 und 2 MarkenG).

Demgegenüber schützt § 14 MarkenG die Marken, d.h. die Bezeichnungen der Unternehmensprodukte („Waren oder Dienstleistungen“, § 3 MarkenG).

- Die Bedeutung des § 37 Abs. 2 HGB ist relativ gering, da nach dieser Vorschrift nur die registerrechtliche Unzulässigkeit einer Firmenbezeichnung geltend gemacht werden kann.
- Der weite zivilrechtliche Namensbegriff des § 12 BGB umfasst auch den Schutz der Firma. Der Anspruch aus § 15 MarkenG geht aber als Spezialregelung in seinem Anwendungsbereich dem zivilrechtlichen Namensschutz vor.<sup>92</sup>
- Eine Anwendung der §§ 3 ff. UWG und des § 823 Abs. 1 BGB wird durch die speziellen Vorschriften des MarkenG ausgeschlossen.<sup>93</sup>

Wie § 12 BGB können auch §§ 3 ff. UWG und § 823 Abs. 1 BGB anwendbar sein, soweit das MarkenG einen Sachverhalt nicht abschließend regelt.

92 BGH, Urt. v. 22.11.2001 – I ZR 138/99, BGHZ 149, 191, 196 – shell.de.

93 BGH, Urt. v. 30.04.1998 – I ZR 268/95, BGHZ 138, 349 – Mac Dog.

## I. Schutz der Firma nach § 15 MarkenG

### Fall 2: McDonald's / McChinese

Die „McChinese GmbH“ ist im Handelsregister in Hamburg eingetragen. Sie betreibt Schnellrestaurants, in denen chinesische Speisen zubereitet werden. Die McDonald's AG, die seit 1965 im Handelsregister in München eingetragen ist, verlangt Unterlassung der Firmenbezeichnung.

#### 66 I. Anspruch aus § 15 Abs. 4 MarkenG

1. Nach § 15 MarkenG sind „geschäftliche Bezeichnungen“ geschützt. Dies sind Unternehmenskennzeichen und Werktitel (§ 5 Abs. 1 MarkenG). Unternehmenskennzeichen sind Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr als Name, Firma, als besondere Bezeichnungen des Unternehmens oder als Geschäftsabzeichen verwendet werden (§ 5 Abs. 2 MarkenG).

Hier steht der Schutz der Firma „McDonald's“ in Rede.

- a) Eine Firma ist wie alle Unternehmenskennzeichen nur schutzfähig, wenn sie Unterscheidungskraft hat. Diese kann sich als ursprüngliche Unterscheidungskraft aus der Bezeichnung selbst ergeben oder durch Verkehrsgeltung erlangt werden. Die Firma „McDonald's“ besitzt ursprüngliche Kennzeichnungskraft.
- b) Der Schutz einer Firma mit ursprünglicher Unterscheidungskraft beginnt mit der Ingebrauchnahme im geschäftlichen Verkehr.<sup>94</sup> Kann sich auch der Anspruchsgegner auf den Schutz eines Unternehmenskennzeichens berufen, gilt der Prioritätsgrundsatz. Das Recht, das zeitlich früher erworben wurde, ist schutzwürdig, sofern keine Ausnahmetatbestände – wie z.B. Verwirkung nach § 21 MarkenG – eingreifen. Die Firma „McDonald's“ ist vor der Firma „McChinese“ in Gebrauch genommen worden.
2. Die Verwendung der Firma „McChinese“ erfolgt unbefugt, d.h. ohne Zustimmung der McDonald's AG, und im geschäftlichen Verkehr.
3. § 15 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 MarkenG schützt davor, dass Dritte geschäftliche Bezeichnungen in einer Weise benutzen, „die geeignet ist, Verwechslungen mit der geschützten Bezeichnung hervorzurufen“.

#### 67

- a) Der Begriff der Verwechslungsgefahr hat zwei Ausprägungen. Man versteht darunter die Gefahr der Irreführung eines nicht unerheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise
  - darüber, dass die bezeichneten Unternehmen identisch sind (Verwechslungsgefahr im engeren Sinn)
  - oder dass zwischen den bezeichneten Unternehmen besondere Beziehungen – etwa Lizenzverträge oder Konzernzugehörigkeiten – bestehen (Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn).

<sup>94</sup> BGH, Urt. v. 24.04.2008 – I ZR 159/05, NJW 2008, 3716, Tz. 16.

68

- b) Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr stellt man auf drei Gesichtspunkte ab, deren Bedeutung in einer Wechselbeziehung steht: die Zeichenähnlichkeit, die Branchennähe und die Kennzeichnungskraft der geschützten Bezeichnung.
- aa) § 15 Abs. 2 MarkenG verbietet es, „die geschäftliche Bezeichnung“ (identisch) „oder ein ähnliches Zeichen“ zu benutzen. Die **Zeichenähnlichkeit** ist der Grad der Übereinstimmung zwischen den von den Parteien verwendeten Firmen oder Unternehmenskennzeichen. Hier beschränkt sich die Zeichenähnlichkeit auf die Verwendung des Zusatzes „Mc“.
- bb) Bei der **Branchennähe** wird festgestellt, inwieweit sich die Tätigkeitsbereiche der beteiligten Unternehmen nahe- oder fernstehen. Im vorliegenden Fall besteht unmittelbare Branchennähe: Die Parteien sind in derselben Branche (Fast Food) tätig und treten sich unmittelbar als Wettbewerber gegenüber.
- cc) Für die **Kennzeichnungskraft** ist entscheidend, inwieweit der Name oder das Zeichen zur Unterscheidung von Unternehmen und Waren im Verkehr geeignet ist. Schon die ursprüngliche Kennzeichnungskraft der Firma „McDonald’s“ ist recht hoch, da es sich um einen nicht ganz gewöhnlichen Eigennamen handelt. Prägend für die überragende Kennzeichnungskraft der Firma „McDonald’s“ ist aber die mit der Zeit erworbene hohe Verkehrsgeltung.
- dd) Prüft man nun die Gefahr der Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise, so ist die **Wechselbeziehung** dieser Merkmale zu berücksichtigen. Sie besteht darin, dass bei hochgradigem Vorliegen eines Faktors an das Vorliegen eines anderen Faktors geringere Anforderungen gestellt werden können.<sup>95</sup>

Im vorliegenden Fall ist bei der unmittelbaren Branchennähe und der hohen Kennzeichnungskraft auch die nur teilweise Übereinstimmung („Mc“) geeignet, die unzutreffende Vorstellung hervorzurufen, dass die Firma „McChinese“ Tochter oder Lizenznehmerin der Firma „McDonald’s“ ist.

**Gegenbeispiele:** Wegen der geringen Branchennähe hat das OLG München (MDR 1995, 817) eine Verwechslungsgefahr zwischen „McDonald’s“ und „McShirt“ (Name eines Unternehmens, das T-Shirts bedruckt) verneint. Eine Verwechslungsgefahr zwischen den Produkten von McDonald’s und dem Hunde- und Katzenfutter „MAC Dog“ und „MAC Cat“ ist ebenfalls zu verneinen.<sup>96</sup>

4. McDonald’s kann aus § 15 Abs. 4 MarkenG Unterlassung der Firmenbezeichnung „McChinese“ verlangen.

- II. Als weitere Anspruchsgrundlage kommt § 37 Abs. 2 HGB in Betracht. Danach ist jedoch Voraussetzung, dass die Benutzung der Firma „unbefugt“ erfolgt. Der Firmen-

69

<sup>95</sup> BGH, Urt. v. 21.02.2002 – I ZR 230/99 – defacto, GRUR 2002, 898; BGH Urt. v. 28.06.2007 – I ZR 132/04, – Interconnect, Rn. 20, WRP 2008, 232.

<sup>96</sup> OLG München, Urt. v. 21.09.1995 – 6 U 6218/94, MDR 1996, 66.