

Fall 2

Albert Breit, Norbert Dünn und Herr Abend

Die beiden Rechtsstudenten *Albert Breit* (B) und *Norbert Dünn* (D) haben die Nase voll von Jura und möchten sich lieber selbst verwirklichen. B und D beschließen, ihr Geld mit Möbeln zu verdienen. Konkret möchten sie gebrauchtes Mobiliar ankaufen und (mit Standort in Köln) später gewinnbringend weiterverkaufen – das Ganze soll in Form einer offenen Handelsgesellschaft geschehen. B und D suchen allerdings noch nach einem Namen für das Unternehmen: Da sie sich darüber einig sind, dass auf jeden Fall die jeweiligen Initialen ihrer Namen Bestandteil des Firmennamens sein sollen, einigen sie sich schließlich auf »*ABND, An- und Verkauf oHG*«. Was B und D leider nicht wissen: Im Handelsregister ist bereits ein *Herr Abend* unter »*ABEND An- und Verkauf e. Kfm.*« eingetragen. *Herr Abend* betreibt in der Kölner Innenstadt einen Second-Hand-Shop für Bücher.

Frage: Wird der Rechtspfleger beim Amtsgericht Köln die von B und D beantragte Eintragung ihrer oHG gleichwohl vornehmen?

Schwerpunkte: Begriff und Bedeutung der Firma; die unterschiedlichen Arten der Firma; die Firmengrundsätze: Unterscheidbarkeit, Firmenwahrheit, Firmenbeständigkeit, Firmeneinheit, Firmenöffentlichkeit.

Lösungsweg

Obersatz: Der Rechtspfleger des zuständigen Registergerichts wird die Eintragung der Firma gemäß den §§ 29, 105 HGB vornehmen, wenn die Prinzipien der Firmenbildung nach den §§ 18 ff. HGB beachtet sind.

Einstieg: Um den Fall vernünftig in den Griff zu bekommen, müssen wir uns zunächst noch einmal klarmachen, was sich hinter dem Begriff »Firma« verbirgt. Wir haben im ersten Fall ja schon mal kurz darüber gesprochen und einen ersten Blick auf die die Firma betreffenden §§ 17 ff. HGB geworfen. Ausgangsnorm ist auch in diesem Fall hier wieder der **§ 17 Abs. 1 HGB**:

»*Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.*«

Die Firma ist somit der Geschäftsname des Unternehmensträgers, also der Name des Einzelkaufmanns oder der Gesellschaft (Brox/Hessler Rz. 104 ff.; K. Schmidt § 12

Rz. 7). Diese Erkenntnis bedarf in der Klausur zwar keiner Erläuterung, ist aber wichtig, um den richtigen Einstieg in die Lösung zu finden. Denn unser Sachverhalt oben zeigt, dass im vorliegenden Fall Probleme bezüglich des Namens »ABND An- und Verkauf oHG«, also eben *firmenrechtliche* Probleme erörtert werden sollen.

Noch was: Mit dem eben Gesagten setzen wir übrigens stillschweigend voraus, dass das HGB auch tatsächlich Anwendung findet. Und das ist auch richtig so, denn eine Firma kann (siehe insoweit die Erläuterungen in Fall 1) nur ein *Kaufmann* führen. Dass es sich bei einer offenen Handelsgesellschaft um einen Kaufmann handelt, steht in den §§ 105 Abs. 2 und 6 Abs. 1 HGB (Kaufmann kraft Handelsgewerbes) drin und bedarf daher in einer Klausur auch keiner gesonderten Erwähnung bzw. rechtlichen Würdigung. Beachte bitte, dass das, was im vorherigen Fall noch ziemlich problematisch war (der Kaufmannsbegriff), in diesem Fall hier nun völlig unproblematisch daherkommt und deshalb auch nicht breitgetreten werden darf.

Bevor wir uns nun die Firmengrundsätze im Einzelnen anschauen, müssen wir noch zwei weitere begriffliche Fragen aus dem Bereich des Firmenrechts klären. Wir unterscheiden bei der Firma bitte *zwei* Begriffsgruppen:

→ Die Firma besteht zunächst aus mehreren Bestandteilen, nämlich einem *Firmenkern* und einem *Rechtsformzusatz* gemäß § 19 Abs. 1 HGB (BGHZ 44, 286, 287; Heymann/Emmerich § 18 Rz. 2). Gegebenenfalls kann die Firma dann auch noch einen Sachzusatz enthalten (Jung § 15 Rz. 9).

In unserem Fall stellt die Buchstabenfolge »ABND« den Firmenkern und der Passus »An- und Verkauf« den Sachzusatz dar. Die Abkürzung »oHG« ist eine allgemeinverständliche Abkürzung für offene Handelsgesellschaft im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 2 HGB (Koller/Roth/Morck § 19 Rz. 3).

→ Die Firma kann grundsätzlich als *Personenfirma*, *Sachfirma*, *Phantasiefirma* oder *Mischfirma* gebildet werden (OLG München FGPrax 2013, 35; OLG Hamm ZIP 2008, 791; Jung § 15 Rz. 9; Baumbach/Hopt § 17 HGB Rz. 6; Canaris § 10 Rz. 5; K. Schmidt § 12 Rz. 95 ff.). Hierbei ist irrelevant, ob es sich um die Firma eines Einzelkaufmanns, einer Personenhandelsgesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft handelt. Die §§ 18 ff. HGB enthalten – anders übrigens als bis zur Handelsrechtsreform im Jahre 1998 – insoweit keine Einschränkungen (zur früheren Rechtslage: K. Schmidt § 12 Rz. 93).

Klausurtipp: Da nach geltender Rechtslage alle vier Firmenarten unproblematisch möglich sind, genügt in der Klausur eine – kurze – Darstellung, um welche Firmenart es sich im konkreten Fall handelt.

Nämlich: Von einer *Personenfirma* spricht man, wenn der Firmenkern aus dem bürgerlichen Namen eines jetzigen oder früheren Unternehmers besteht, wobei zumindest der Nachname ausgeschrieben sein muss, Beispiel: »W. Schwabe« (vgl. Baum-

bach/Hopt § 19 HGB Rz. 6; *Koller/Roth/Morck* § 17 HGB Rz. 10). Eine ***Sachfirma*** weist hingegen auf den Unternehmensgegenstand hin (*Canaris* § 10 Rz. 5; *Jung* § 15 Rz. 9), zum Beispiel »*Juristisches Repetitorium*«. Um eine ***Phantasiefirma*** handelt es sich, wenn der Firmenkern lediglich Phantasieworte, Abkürzungen oder Ähnliches enthält, die keinerlei Bezug zum Unternehmensgegenstand aufweisen (*Canaris* § 10 Rz. 5), zum Beispiel »*0815 – FC vs. Lev.*«. Von einer ***Mischfirma*** ist schließlich die Rede bei einer Kombination aus einer Personen-, Sach- und/oder Phantasiefirma (*Canaris* § 10 Rz. 5; *Jung* § 15 Rz. 9), zum Beispiel »*Schwabe – Juristisches Repetitorium*«.

Zum Fall: Bei uns handelt es sich um eine ***Mischfirma***, und zwar bestehend aus Phantasie- und Sachelementen. Die Buchstabenfolge »ABND« stellt als Abkürzung für die Namen der Gesellschafter eine Phantasiebezeichnung dar und der Passus »An- und Verkauf« weist auf den Unternehmensgegenstand hin.

So. Nachdem wir nun die Vokabeln gelernt haben, wenden wir uns endlich den Firmengrundsätzen zu. Bei der Bildung und Führung der Firma sind nämlich **fünf** solcher Grundsätze zu beachten, und zwar: Die Firmenunterscheidbarkeit (§§ 18 Abs. 1, 30 Abs. 1 HGB), die Firmenwahrheit (§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB), die Firmenbeständigkeit (§§ 21, 22, 24 HGB), die Firmeneinheit und die Firmenöffentlichkeit (§ 29 HGB).

In unserem Fall geht es um den Grundsatz der ***Firmenunterscheidbarkeit*** gemäß den **§§ 18 Abs. 1, 30 Abs. 1 HGB**, und den sehen wir uns deshalb mal etwas genauer an:

I. Bedenken gegen die Verwendung des Passus »ABND« in der Firma bestehen im Hinblick auf das Prinzip der Firmenunterscheidbarkeit. Der Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit ergibt sich zunächst aus **§ 18 Abs. 1 HGB**. Gemäß § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma »zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen«.

Üblicherweise folgt an dieser Stelle jetzt die Definition der sich aus dem Gesetzestext ergebenden Voraussetzungen; das machen wir auch gleich. Bevor wir allerdings die Begriffe »Kennzeichnungseignung« und »Unterscheidungskraft« durch die Definitionen versuchen näher zu bestimmen, muss noch der in der Literatur und Rechtsprechung herrschende Streit über die Frage, ob der Gesetzgeber mit diesen Begriffen überhaupt unterschiedliche Aspekte ansprechen wollte, geklärt werden:

- In der **Literatur** wird dies nämlich zum Teil unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut – bitte reinschauen, dort steht »**und**« – bejaht mit der Folge, dass tatsächlich beide Gesichtspunkte berücksichtigt und definiert werden müssen (*Weller/Prütting* Rz. 660; *GK/Nickel/Kunst* § 18 HGB Rz. 6, 14; *HK/Ruß* § 18 HGB Rz. 4 f.; *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rz. 3, 4; *Lutter/Welp* in *ZIP* 1999, 1073, 1074, 1077).
- Die **Rechtsprechung** stellt hingegen darauf ab, dass die Kennzeichnungseignung eher eine Folge der Unterscheidungskraft als ein eigenständiger Rechtsbegriff ist (*BGH NJW-RR 2009*, 327; *BGHZ 130*, 134; *BGH WM 1998*, 306; *BayOLG NJW-RR*

2000, 111; vgl. auch *Bülow* in DB 1999, 269, 270; unklar *E/B/J/S/Reuschle* § 18 HGB Rz. 3). Sie beschränkt die Prüfung daher auf das Merkmal der »Unterscheidungskraft«.

Wir wollen uns mal insoweit der gerade zuletzt genannten Meinung anschließen und dies unter anderem damit begründen, dass auch schon im Gesetzgebungsverfahren die Begriffe »Kennzeichnungseignung« und »Unterscheidungskraft« nicht streng voneinander getrennt wurden (vgl. BT-Drs. 13/8444, Seite 36). Demzufolge messen wir den Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit allein an dem Merkmal der Unterscheidungskraft.

Definition: Diese Unterscheidungskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB ist zu bejahen, wenn die Firma *generell* geeignet ist, den Kaufmann von anderen zu unterscheiden, also zu individualisieren (BGHZ 130, 276, 280; *Weller/Prüttung* Rz. 660; *Baumbach/Hopt* § 18 HGB Rz. 5; *Jung* § 15 Rz. 29; *Bülow* in DB 1999, 269 f.).

Wann dies der Fall ist, kann leider nicht nach einer allgemein gültigen Formel bestimmt werden. Vielmehr sind insofern die in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fallgruppen heranzuziehen, und zwar:

- 1.) Eine hinreichende Individualisierung ist nicht gegeben, wenn nur ein sogenannter »Allerweltsname« (→ *Müller, Meier, Schmidt*) verwendet wird (vgl. *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rz. 4; *Jung* § 15 Rz. 29; *Müther* in GmbHR 1998, 1058, 1059; zweifelnd *Lutter/Welp* in ZIP 1999, 1073, 1075). Etwas anderes gilt aber, wenn der Name mit dem Vornamen und/oder einem Städtenamen verbunden wird, also z.B. »Joseph Müller, Berlin« (vgl. *Baumbach/Hopt* § 18 HGB Rz. 6; *Canaris* § 10 Rz. 20; *Müther* in GmbHR 1998, 1058, 1059).
- 2.) Auch Gattungsbegriffen oder Begriffen der Alltagssprache, zum Beispiel »Schuh«, »modern« oder »today« (hierzu vgl. BGH NJW-RR 1998, 1261; *Bülow* in DB 1999, 269, 270) fehlt es grundsätzlich an der Unterscheidungskraft.
- 3.) Eine Assoziation mit einem bestimmten Unternehmen ist auch dann nicht möglich, wenn die Firma lediglich den Unternehmensgegenstand, etwa *Metzgerei* oder *Friseur*, beschreibt (vgl. BGHZ 11, 214, 218; BGH NJW 1987, 438; *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rz. 4; *E/B/J/S/Reuschle* § 18 HGB Rz. 18; *Lutter/Welp* in ZIP 1999, 1076). Hierzu sind Ausnahmen denkbar, wenn beispielsweise Qualitätsangaben oder geographische Daten hinzugefügt werden. Diese Ausnahmen sind allerdings nur in engen Grenzen zu gewähren, da der Rechtsverkehr ein Freihaltebedürfnis an diesen Bezeichnungen hat (vgl. hierzu die Kasuistik bei *Baumbach/Hopt* § 18 HGB Rz. 7). Denn jeder, der eine Metzgerei oder einen Friseursalon betreibt, hat natürlich ein Interesse daran, diese Bezeichnung in die Firma aufzunehmen.
- 4.) Die letzte Fallgruppe betrifft – was im vorliegenden Fall relevant ist – Buchstabenfolgen, die nicht als Wort aussprechbar sind. Insoweit hat die Rechtsprechung früher

eine individualisierende Wirkung verneint (BGH WM 1998, 306, 307 f.). Hiergegen spricht aber, dass sich der Rechtsverkehr längst an Abkürzungen in Form von Buchstabenfolgen gewöhnt hat, wenn man etwa an **BMW**, **TUI**, **LTU** oder Ähnliches denkt (vgl. GK/Nickel/Kunst § 18 HGB Rz. 12; *Canaris* § 10 Rz. 15; *Lutter/Welp* in ZIP 1999, 1073, 1078). Der Rechtsverkehr ist also in der Lage – auch wenn er die Bedeutung der Buchstaben zumeist nicht (er-)kennt (was heißt eigentlich **TUI**?) – eine Zuordnung von »Buchstaben« und einem bestimmten Unternehmen vorzunehmen. Dies hat auch die Rechtsprechung erkannt und daher im Jahre 2000 grundsätzlich die Unterscheidungskraft bejaht (BGH NJW 2001, 1868 ff.; siehe auch BGH NZG 2009, 192 f.).

Feinkostabteilung: Wer den letzten Teil jetzt aufmerksam gelesen hat, wird sich fragen müssen, wie es sein kann, dass die soeben genannten Unternehmensnamen zulässige Firmierungen im Sinne des HGB darstellen. Denn nach dem gerade Gesagten sind Abkürzungen erst seit einigen Jahren, genau genommen seit dem 05. Oktober 2000 möglich, während die genannten Unternehmen schon viel länger existieren. Klar ist, dass diese Firmen nicht erst mit dem im Jahre 2000 ergangenen Urteil des BGH zulässig wurden. Dennoch waren diese Abkürzungen ursprünglich nicht individualisierend, also nicht als Firma zulässig. Allerdings haben sie durch Verkehrsgeltung Unterscheidungskraft erlangt. Das heißt: Da der Rechtsverkehr (irgendwann) wusste, welches Unternehmen sich hinter den Buchstaben verbirgt, war die individualisierende Wirkung hergestellt.

Mit der Entscheidung vom 08.12.2008 (NZG 2009, 192 ff.) hat der BGH nochmals grundlegend zu dieser Thematik Stellung bezogen und die Zulässigkeit von reinen Buchstabenkombinationen bestätigt; als Einschränkung nennt er in dieser Entscheidung nur, dass der Firmenkern aus einer zumindest im Sinne der Artikulierbarkeit aussprechbaren Buchstabenfolge gebildet sein muss (anders noch OLG Celle in ZIP 2006, 1586, das nicht als Wort aussprechbare Buchstabenkombinationen für unzulässig erachtete, die lediglich aus den Anfangsbuchstaben einzelner Worte bestehen, sofern es sich nicht um Worte der deutschen Sprache handelt; hiergegen zutreffend *Lamsa* in EWiR 2006, 657). Nicht zulässig sind danach lediglich fremdsprachige Bezeichnungen, die nicht aus lateinischen Buchstaben gebildet sind, und reine Bildzeichen als Bestandteil der Firma.

Beachte: Die Unzulässigkeit von Bildzeichen nach der Rechtsprechung des BGH ist von Relevanz, wenn es – wie in der Entscheidung des LG München (Beschluss vom 12.02.2009, MittBayNot 2009, 315) – um die Zulässigkeit des @-Zeichens in einer Firma geht. Das LG München stellte hierzu zunächst fest, dass das @-Zeichen bei Domain-Bezeichnungen verwendet werde, wobei sich die Funktion von Domain-Bezeichnungen häufig nicht in der technischen Adressfunktion erschöpfe, sondern bei entsprechender Verkehrsgeltung und Kennzeichnungskraft auch Namensfunktion habe. Dabei werde das @-Zeichen mittlerweile – aufgrund der Verbreitung des Zugriffs auf das Internet – nicht mehr als Bildzeichen, sondern als Wortzeichen mit spezifischer Bedeutung, vergleichbar den schon lange firmenüblichen Zeichen »&«

sowie »+« aufgenommen, weshalb das @-Zeichen als Bestandteil der Firma nicht zu beanstanden sei.

Die Unterscheidungskraft von reinen Buchstabenfolgen ist nach wie vor abzulehnen, wenn es sich um eine gleichförmige Buchstabenfolge, insbesondere »A. A. A. A. A.«, handelt (OLG Celle DB 1999, 40; OLG Frankfurt NJW 2002, 2400; *Lamsa* in EWiR 2006, 657), deren einziger Zweck wohl darin besteht, die erste Position im Branchenverzeichnis zu erhalten. Abgesehen von diesem rechtsmissbräuchlichen Ziel leuchtet auch so ein, dass eine solch gleichförmige Buchstabenreihe keinerlei individuellen Charakter hat (vgl. *Canaris* § 10 Rz. 15, 16). Dies gilt selbst dann, wenn der Buchstabenfolge noch ein Sachzusatz angefügt ist (OLG Celle DB 1999, 40).

Zum Fall: Da B und D keine einheitliche Buchstabenreihe verwendet haben, stehen nach neuerer Rechtsprechung der Verwendung des Passus »ABND« in der Firma unter diesem Gesichtspunkt keine durchgreifenden Bedenken entgegen. Diese Abkürzung für die Namen der Gesellschafter hat Unterscheidungskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB.

Klausurtipp: Aufbaumäßig falsch wäre es, im Rahmen des § 18 Abs. 1 HGB zu erörtern, dass bzw. ob ein anderes Unternehmen mit einer ähnlichen Firma in der selben Stadt ansässig ist. Denn in § 18 Abs. 1 HGB wird nur die *generelle* Eignung zur Unterscheidung geprüft. Auf die *konkrete* Unterscheidung zu bereits bestehenden anderen Firmen kommt es erst im Rahmen des § 30 Abs. 1 HGB an (*Canaris* § 10 Rz. 18; *Jung* § 15 Rz. 29; *Bülow* in DB 1999, 269, 270). Merken.

Und das schauen wir uns jetzt mal an:

II. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit kommt nun aber im Rahmen des § 30 Abs. 1 HGB in Betracht.

Gemäß § 30 Abs. 1 HGB muss sich jede neue Firma von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen *deutlich* unterscheiden.

Definition: Für eine *deutliche Unterscheidung* im Rahmen des § 30 Abs. 1 HGB ist nötig und erforderlich, dass keine ernstliche Verwechslungsgefahr besteht (*Baumbach/Hopt* § 30 HGB Rz. 4; *Jung* § 15 Rz. 29), wobei der Gesamteindruck der Firmen beziehungsweise das Klangbild für Auge und Ohr entscheidend ist (BGHZ 46, 7, 12; *E/B/J/S/Reuschle* § 30 HGB Rz. 18; *Heymann/Emmerich* § 30 HGB Rz. 14).

Dieser Gesamtbetrachtung sind die Firmen zugrunde zu legen, wie sie in das Handelsregister eingetragen/einzutragen sind (OLGZ 1991, 396, 401; *MüKo/Heidinger* § 30 HGB Rz. 13; *Baumbach/Hopt* § 30 HGB Rz. 5). Unter Berücksichtigung dieser Grund-

sätze wurden in der Rechtsprechung beispielsweise folgende Firmen für verwechslungsfähig gehalten:

»HSB Hausbau GmbH« – »Hausbau Ulm GmbH« (BGH WM 1979, 922 f.); »Nitro Lack GmbH« – »Nitrola, Bayerische Nitro-Lack und Farben GmbH« (BayOLG JW 1927, 2434); »XYZ Süd Wohnbau GmbH & Co. KG« – »XYZ Südwest Wohnbau GmbH & Co. KG« (OLG Frankfurt/M. BB 1975, Beil. Nr. 12, Seite 20).

Zum Fall: Vergleicht man nun diese Beispiele mit der Firmierung im vorliegenden Fall, so ergibt sich Folgendes: Eine audiovisuelle Betrachtung des Firmenkerns zeigt zwar nur eine geringe Verwechslungsgefahr. Denn »ABND« wird im Gegensatz zu »ABEND« buchstabiert. Zwischen einem buchstabierten Wort und einem im Ganzen gesprochenen Wort besteht typischerweise ein hörbarer Unterschied. Jedoch ergibt sich eine große Ähnlichkeit zwischen den Firmen bei einer rein visuellen Betrachtung des Firmenkerns (also beim Draufgucken!). Denn die beiden Firmen gleichen sich bis auf einen Buchstaben (das »E«). Dabei wird eine Verwechslungsgefahr durch die jeweilige Verwendung von Großbuchstaben begünstigt (bitte mal selber ausprobieren: »ABND« → »ABEND«). Man sieht, im Firmenkern besteht beim Draufgucken eine beachtliche Verwechslungsgefahr.

Fraglich ist schließlich noch, ob für die Unterscheidbarkeit in § 30 Abs. 1 HGB nicht ausreichend ist, dass sich die Firmen im Rechtsformzusatz unterscheiden – Herr Abend hat als Zusatz »e. Kfm.« und B und D den Zusatz »oHG« angefügt. Dies ist allerdings mit der allgemeinen Meinung zu verneinen, da der Rechtsformzusatz an »dem Auge und Ohr sich einprägenden Bilde nicht teilnimmt« (klingt gut, oder? Nachzulesen in: BGHZ 46, 7, 12; 80, 353, 354; MüKo/Heidinger § 30 HGB Rz. 15; Groß-Komm/Burgard § 30 HGB Rz. 17; Heymann/Emmerich § 30 HGB Rz. 17).

Ergebnis: Eine Unterscheidungskraft im Sinne des § 30 Abs. 1 HGB besteht nicht. Folglich liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit vor. Der Rechtspfleger wird die Eintragung der Firma in das Handelsregister aus diesem Grund nicht vornehmen.

Nachschlag

Um die Thematik im Hinblick auf den Begriff sowie die Bedeutung der Firma und die dort zu beachtenden Firmengrundsätze vollständig erfassen zu können, wollen wir uns hier im Nachschlag noch gerade anschauen, was eigentlich mit der Firma passiert, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse nachträglich ändern. Folgende kleine Abwandlung zum Ausgangsfall verdeutlicht die Problematik:

Wir wollen uns jetzt bitte vorstellen, dass B und D sich letztlich auf den Firmennamen »Breit und Dünn, An- und Verkauf oHG« geeinigt haben. Dummerweise sind B und D aber schon ein halbes Jahr nach der Unternehmenseröffnung heftig zerstritten und beschließen daher, getrennte Wege zu gehen. Da die Geschäftslage

ohnehin schlecht aussieht, räumt D freiwillig das Feld. B möchte die bisherige Firma weiterführen. **Kann er das?**

Lösung: Gegen die Möglichkeit, die Firma »Breit und Dünn, An- und Verkauf oHG« weiterhin zu führen, könnten zweierlei Gesichtspunkte sprechen: Zum einen ist es nunmehr *unrichtig*, dass ein Gesellschafter namens »Dünn« an dem Unternehmen beteiligt ist, und zum anderen wird durch das Ausscheiden des D aus der offenen Handelsgesellschaft ein *Einzelhandelsunternehmen* (es gibt keine Ein-Mann-oHG!). Dies wäre rechtlich allerdings nur dann relevant, wenn gegen einen firmenrechtlichen Grundsatz verstoßen wird. In Betracht kommt jetzt ein Verstoß gegen den Grundsatz der *Firmenwahrheit*.

I. Der Grundsatz der Firmenwahrheit folgt aus **§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB**. Danach darf eine Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Dieses Irreführungsverbot gilt für alle Bestandteile der Firma, also für den Firmenkern, den Rechtsformzusatz und ebenso für einen gegebenenfalls vorhandenen Sachzusatz. Allerdings wird durch den in § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB gewählten Wortlaut (»wesentlich«) klargestellt, dass nicht jede irreführende Angabe zur Unzulässigkeit der Firma führt. Die »Wesentlichkeitsschwelle« ist anhand eines objektivierten Dritten aus der Sicht eines durchschnittlichen Angehörigen der betroffenen Verkehrskreise unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu bestimmen (BT-Drs. 13/8444, Seite 53; *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rz. 9). Als »wesentlich« in diesem Sinne ist sicherlich die Rechtsform (OLG München DB 2010, 1284; BayObLG NJW 1999, 297, 298) und die Identität der Gesellschafter anzusehen (E/B/J/S/Reuschle § 18 HGB Rz. 11; *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rz. 15; *Jung* § 15 Rz. 18; vgl. auch BVerfG BRAK-Mitt. 2006, 172, dort zur Art der ausgeübten Tätigkeit; vgl. OLG Köln FGPrax 2008, 125 zur Aufnahme eines Doktortitels in die Firma). Genau über diese beiden für den Rechtsverkehr wesentlichen Angaben täuscht die Firma »Breit und Dünn, An- und Verkauf oHG« nach Ausscheiden des D hinweg, denn es liegt jetzt ein Einzelhandelsunternehmen vor, an dem der D nicht mehr beteiligt ist.

ZE: Unter Berücksichtigung dessen müsste also ein Verstoß gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit festgestellt werden.

II. Etwas anderes könnte sich aber noch daraus ergeben, dass das Prinzip der Firmenwahrheit von dem Grundsatz der *Firmenbeständigkeit* grundsätzlich überlagert wird (GroßKomm/Burgard § 22 HGB Rz. 2; Lindacher in BB 1977, 1676, 1677). Denn das Interesse des Unternehmers, den Namen fortzuführen, insbesondere wegen des Bekanntheitsgrades des Namens, ist anerkennenswert. Diesem sogenannten »Bestandschutzinteresse« wird in den §§ 21, 22 und 24 HGB Rechnung getragen (Canaris § 11 Rz. 17 ff.).

Im vorliegenden Fall ist **§ 24 HGB** einschlägig (lesen, bitte!), der nämlich auch dann eingreift, wenn einer von zwei Gesellschaftern aus einer Handelsgesellschaft aus-

scheidet und damit nur noch ein Einzelhandelsunternehmen verbleibt (unstreitig: BGH NJW 1989, 1798, 1799; *Baumbach/Hopt* § 24 HGB Rz. 9). Als Rechtsfolge sieht § 24 Abs. 1 HGB vor, dass die bisherige Firma auch dann fortgeführt werden kann, wenn sie den Namen des bisherigen Geschäftsinhabers oder den Namen von Gesellschaftern enthält. Dies gilt aber nur mit einer Einschränkung: Gemäß § 24 Abs. 2 HGB ist die ausdrückliche Einwilligung des ausscheidenden Gesellschafters notwendig, wenn dessen Name in der Firma enthalten ist. Das heißt also, dass B den D noch um die Einwilligung in die Firmenfortführung bitten muss.

III. Wichtig ist schließlich zu erkennen, dass sich § 24 HGB nur auf den *Firmenkern* bezieht. Dies folgt nicht aus der Vorschrift selbst, sondern ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 19 Abs. 1, Einleitungssatz HGB (*Canaris* § 11 Rz. 28; *Jung* § 15 Rz. 24). Diese Norm sieht nämlich vor, dass auch bei einer Firmenfortführung nach den §§ 21, 22 und 24 HGB ein entsprechender Rechtsformzusatz erforderlich ist. Diesem Erfordernis kann auf zwei verschiedenen Wegen Rechnung getragen werden: Erstens hat B die Möglichkeit, den Firmenkern beizubehalten und den Zusatz »oHG« zu streichen und durch »e. Kfm.« zu ersetzen. Die zweite Möglichkeit ist, die bisherige unveränderte Firma durch einen Nachfolgezusatz zu ergänzen, der die nunmehr gegebene Rechtsform eindeutig offenlegt (vgl. OLG Hamm DB 1999, 1946 f.; *Bachmann* in EWiR 2000, 87). Würde B nach letzterer Methode firmieren, würde die Firma lauten: »Breit und Dünn, An- und Verkauf oHG, Nachfolger Breit e. Kfm.«

Ergebnis: B kann – die Einwilligung von D vorausgesetzt – die Firma fortführen, wobei er entweder den Rechtsformzusatz ändern oder einen Nachfolgevermerk anhängen muss.

Gutachten

Der Rechtspfleger des zuständigen Registergerichts wird die »ABND, An- und Verkauf oHG« in das Handelsregister gemäß §§ 29, 105 HGB eintragen, sofern kein Verstoß gegen einen firmenrechtlichen Grundsatz der §§ 18 ff. HGB vorliegt.

I. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass den §§ 18 ff. HGB seit der Handelsrechtsreform keine Einschränkung mehr bezüglich der Art der Firma zu entnehmen ist. Das heißt, es ist uneingeschränkt die Verwendung einer Personen-, Sach-, Phantasie- und Mischfirma zulässig, daher ist es unbedenklich, dass die von B und D ausgesuchte Firmierung sowohl Elemente einer Phantasie- als auch einer Sachfirma enthält, also eine Mischfirma darstellt.

II. Wegen der Benutzung des Passus »ABND« kommt aber eine Verletzung des Grundsatzes der Firmenunterscheidbarkeit in Betracht. Der Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit ergibt sich zunächst aus § 18 Abs. 1 HGB. Gemäß § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma »zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen«.

1.) Fraglich ist zunächst, ob – wie es der Gesetzeswortlaut aufgrund der Formulierung »und« nahe legt – zwischen den Begriffen »Kennzeichnungseignung« und »Unterscheidungskraft« zu differenzieren ist. Dies wird in der Literatur zum Teil befürwortet. Dagegen spricht aber, dass im Gesetzgebungsverfahren nicht streng zwischen diesen Begriffen unterschieden wurde. Aus diesem Grunde ist auch mit der ständigen Rechtsprechung

darauf abzustellen, dass die Kennzeichnungseignung eher eine Folge der Unterscheidungskraft als ein eigenständiger Rechtsbegriff ist. Dementsprechend ist bei der Prüfung der Firmenunterscheidbarkeit im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB allein das Merkmal der Unterscheidungskraft zugrunde zu legen.

2.) Die Unterscheidungskraft ist zu bejahen, wenn die Firma generell geeignet ist, den Kaufmann von anderen zu unterscheiden, also zu individualisieren. Wann dies der Fall ist, kann nicht nach einer allgemein gültigen Formel bestimmt werden. Vielmehr sind insofern die in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fallgruppen heranzuziehen. Eine der Fallgruppen betrifft den Gebrauch von Buchstabenfolgen, die als Wort nicht auszusprechen sind. Insoweit hat die Rechtsprechung früher eine individualisierende Wirkung verneint. Hiergegen spricht aber, dass sich der Rechtsverkehr längst an Abkürzungen in Form von Buchstabenfolgen gewöhnt hat, wenn man beispielsweise an Firmen wie BMW, TUI oder LTU denkt. Mit anderen Worten ist der Rechtsverkehr in der Lage – auch wenn er die Bedeutung der Buchstaben nicht (er-)kennt – eine Zuordnung zwischen »Buchstaben« und einem bestimmten Unternehmen vorzunehmen. Dies hat auch die Rechtsprechung erkannt und daher grundsätzlich die Unterscheidungskraft bejaht. Eine Ausnahme wird lediglich bei der Verwendung von gleichförmigen Buchstabenfolgen gemacht. B und D haben keine einheitliche Buchstabenreihe verwendet. Folglich stehen der Verwendung des Passus »ABND« in der Firma unter diesem Gesichtspunkt keine durchgreifenden Bedenken entgegen. Diese Abkürzung für die Namen der Gesellschafter hat Unterscheidungskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB.

3.) Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit kommt dennoch in Betracht. Eine weitere Ausprägung dieses Grundsatzes findet sich in § 30 Abs. 1 HGB. Gemäß § 30 Abs. 1 HGB muss sich jede neue Firma von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden. Aus dem Tatbestandsmerkmal »deutlich« folgt, dass bereits ein Verstoß gegen diesen Grundsatz anzunehmen ist, wenn eine »ernstliche Verwechslungsgefahr« besteht. Dabei ist der Gesamteindruck der Firmen beziehungsweise das »Klangbild für Auge und Ohr« entscheidend. Dieser Gesamtbetrachtung sind die Firmen zugrunde zu legen, wie sie in das Handelsregister eingetragen/einzutragen sind. Eine audiovisuelle Betrachtung des Firmenkerns zeigt nur eine geringe Verwechslungsgefahr. Denn »ABND« wird im Gegensatz zu »ABEND« buchstabiert. Zwischen einem buchstabierten Wort und einem im Ganzen gesprochenen Wort besteht typischerweise ein hörbarer Unterschied. Jedoch ergibt sich eine große Ähnlichkeit zwischen den Firmen bei einer visuellen Betrachtung des Firmenkerns. Denn die beiden Firmen gleichen sich bis auf einen Buchstaben (das »E«). Dabei wird eine Verwechslungsgefahr durch die Verwendung von Großbuchstaben begünstigt. Somit besteht im Firmenkern eine Verwechslungsgefahr. Fraglich ist aber, ob für die Unterscheidbarkeit in § 30 Abs. 1 HGB nicht ausreichend ist, dass sich die Firmen im Rechtsformzusatz unterscheiden – Herr Abend hat als Zusatz »e. Kfm.«, während B und D den Zusatz »oHG« angefügt haben. Hiergegen spricht aber, dass dem Rechtsformzusatz keine für das Auge und Ohr entscheidende Bedeutung zukommt. Mithin verstößt die Firma »ABND, An- und Verkauf oHG« gegen die Firmenunterscheidbarkeit im Sinne des § 30 Abs. 1 HGB.

Ergebnis: Somit wird der Rechtspfleger die Eintragung der Firma in das Handelsregister nicht vornehmen.