

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht und Steuerrecht

Bearbeitet von
Prof. Bernhard Brehm, StB Friedhelm Mihm, Prof. Thomas Scheel

7., neu bearbeitete Auflage 2004. Buch. XVIII, 194 S. Kartoniert
ISBN 978 3 7910 2281 9

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung 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.

SCHÄFFER
POESCHEL

Vorwort zur 7. Auflage

In diesem Band werden die Grundlagen und die Systematik des Handels- und Gesellschaftsrechts mit steuerrechtlichen Bezügen in der bewährten und dem Grundkurs eigenen Art vermittelt. Seit der 6. Auflage sind zum bisherigen Autor Friedhelm Mihm mit Bernhard Brehm und Thomas Scheel zwei Professoren der Fachhochschule Ludwigsburg, Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen hinzugetreten.

Das Lehr- und Lernbuch eignet sich für die **Ausbildung zum Steuerbeamten** wie auch für die **steuerberatenden Berufe**. Es empfiehlt sich zur Vorbereitung auf die Prüfung als **Bilanzbuchhalter/in, Steuerfachangestellter/e** oder als Grundlage für fachorientierte **Seminare** in Wirtschaftsakademien oder Volkshochschulen.

Die Ausbildung im Steuerrecht erfordert in vielen Bereichen Grundkenntnisse über das Handels- und Gesellschaftsrecht. Die bestehenden inneren Verknüpfungen und Abhängigkeiten zwischen diesen Rechtsgebieten aufzuzeigen, gehört zu den Aufgaben dieses Buches.

Das Buch führt unter steuerlich relevanten Aspekten systematisch in die Grundlagen des Handels- und Gesellschaftsrechts ein. Im handelsrechtlichen Teil wird das Recht des Einzelkaufmanns, sowie der sonstigen typischen Personen des Handelsverkehrs dargestellt. Im Gesellschaftsrecht werden das Recht der Personengesellschaften (insbesondere Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, OHG, KG, stille Gesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, EWIV) und das Recht der Kapitalgesellschaften (insbesondere GmbH, AG, Genossenschaft) vermittelt.

Durch die vielen Beispiele und Fälle, die sich an typischen Gestaltungen aus der Praxis orientieren, wird das Problembewusstsein geschult und zugleich ein Lösungsansatz aufgezeigt. Die umfassend eingearbeitete aktuelle Rechtsprechung lässt Klausurgestaltungen erkennen und spiegelt zugleich die Anforderungen in der Beratertätigkeit wider.

Nach der Darstellung eines abgeschlossenen Themengebiets werden Lernzielkontrollen in Form von insgesamt 72 Fällen mit ausführlichen Lösungen angeboten. Mit den neuen Teilen E und F sind komplexe Übungsfälle mit Lösungen aufgenommen worden, die den heutigen Ansprüchen in Klausuren entsprechen.

Für eine ernsthafte und effektive Auseinandersetzung mit den Inhalten des Handels- und Gesellschaftsrechts ist es unerlässlich, beim Durcharbeiten des Buches jede der zitierten Vorschriften auch wirklich nachzulesen. Die dafür erforderliche Zeit erspart ein Mehrfaches an Zeit für das vermeintlich notwendige Auswendiglernen.

Die vorliegende 7. Auflage wurde zu einem großen Teil neu gestaltet.

Berücksichtigt sind die Änderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sowie die Änderung der Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Wir wünschen den Lesern beim Studium und Nachschlagen viel Erfolg und sind für Anregungen und Kritik sehr dankbar.

Ludwigsburg, im Februar 2004

Bernhard Brehm
Friedhelm Mihm
Thomas Scheel

Teil A Wesen und Bedeutung des Handelsrechts

Das Handelsrecht hat seine Wurzeln vor allem im italienischen Recht. Viele Begriffe der Kaufmannssprache sind italienischen Ursprungs. Unser heutiges Handelsrecht ist zusammen mit dem BGB am 01.01.1900 in Kraft getreten. Es wurde zuletzt mit Wirkung vom 01.07.1998/01.01.1999 in wesentlichen Teilen neu gefasst (Handelsrechtsreformgesetz [HRefG], BGBl 1998, 1474 ff.).

Das Handelsrecht ist Bestandteil des Privatrechts. Es ergänzt und verschärft die Regelungen des BGB für einen bestimmten Adressatenkreis: es ist **Sonderprivatrecht der Kaufleute und der ihnen gleichgestellten Gesellschaften** (§ 6 HGB).

Die speziellen Regelungen des HGB dienen typischen, an Handelsbräuchen orientierten Konfliktlösungen. Sie können schon dann zur Anwendung kommen, wenn auch nur einer der Beteiligten eines Vertrages ein Kaufmann ist.

Kaufleute erfüllen den Begriff des »Unternehmers« in § 14 BGB. Damit gilt eine Vielzahl von Vorschriften, die sich dem Verbraucherschutz widmen. Daneben bestehen Sonderregelungen auch in anderen Gesetzen, z. B. §§ 241 a, 312 Abs. 1, 312 b, 474, 481, 491, 661 a BGB, in der Zivilprozessordnung (§ 38 ZPO), im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§§ 1, 14 UWG), Markengesetz (§ 7 Nr. 3 MarkenG), u. a.

1 Verhältnis zum BGB

Das HGB ist keine in sich abgeschlossene Rechtsordnung; es regelt das Rechtsverhältnis der Beteiligten nicht umfassend und erschöpfend. Es enthält vielmehr Sonderregelungen lediglich für solche Bereiche, in denen es im Interesse des kaufmännischen Verkehrs erforderlich ist.

Solche Sonderregelungen gehen (als *leges speciales*) den Vorschriften des BGB vor. Soweit aber keine Spezialregelungen bestehen, ist das Recht des BGB anzuwenden.

FALL 1

Der Kunde A bestellt beim Kaufmann K einen Rasenmäher, den K an As Adresse liefern soll. Ks langjährig bewährter Angestellter E bringt den Rasenmäher zu A. E beschädigt die Haustüre des A, als er das Paket abstellt. Der von A mit der Reparatur der Türe beauftragte Schreiner S berechnet A 200 €.

Hat A

- a) gegen E und/oder
- b) gegen K einen Anspruch auf Ersatz dieses Betrages?

2 Kaufleute

Das **Handelsrechtsreformgesetz 1998/1999** hat den Begriff des Kaufmanns neu bestimmt. Die Sonderstellung des Minderkaufmanns und das so genannte Grundhandels-gewerbe wurden aufgehoben.

Entsprechend der Entwicklung des Wirtschaftslebens gilt nun ein **einheitlicher Kaufmannsbegriff** für Warenumsätze, Dienstleistung und Handwerk u. a.

BEISPIEL

Der Gewerbetreibende G ist im Handelsregister als Kaufmann eingetragen.

LÖSUNG Er ist gem. § 238 HGB verpflichtet, Bücher zu führen, Bilanzen zu erstellen und Inventuren durchzuführen. Dieselbe Verpflichtung besteht gem. § 140 AO auch für steuerliche Zwecke.

2.1 Ist-Kaufmann (§ 1 HGB)

Branchenunabhängig, vereinfachend und vereinheitlichend stellt gem. § 1 Abs. 2 HGB jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe dar, z.B. Warenkaufmann, Handwerker, Finanzdienstleister, Sonnenstudio, usw.

Die gesetzliche Vermutung eines Handelsgewerbes ist **widerlegbar**: »... es sei denn...« (§ 1 Abs. 2 HGB am Ende). Der Gewerbetreibende hat nachzuweisen, dass die Führung seines Gewerbes keinen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderlich macht (unterkaufmännisches, minderkaufmännisches, kleingewerbliches Gewerbe). Diese widerlegliche Vermutung des Gesetzes gilt im Geschäftsverkehr gegenüber Dritten.

Im Verhältnis zum Handelsregister ist die Regelung nicht anwendbar, s. 2.1.1.

2.1.1 Begriff des Handelsgewerbes

Das Handelsgewerbe wird in den einzelnen Rechtsmaterien unterschiedlich verstanden (Handels-, Steuer-, Gewerberecht usw.) Der Begriff ist im Handelsrecht nicht näher definiert.

MERKSATZ

Ein Gewerbebetrieb ist jede selbstständige und berufsmäßige wirtschaftliche, nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche, erlaubte Tätigkeit, die auf Gewinnerzielung durch einen auf Dauer gerichteten Geschäftsbetrieb zielt.

Eine Einzelperson, die ausschließlich vermögensverwaltend tätig wird, führt keinen Gewerbebetrieb und kann daher auch nicht ins Handelsregister eingetragen werden. Insofern besteht ein Unterschied zur vermögensverwaltenden OHG gem. § 105 Abs. 2 HGB, vgl. B 3.2.

Durch die Neuregelung des HRefG wurden ab 01.01.1999 viele (nicht eingetragene) Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe »über Nacht« zu Kaufleuten.

FALL 2

Einzelhändler E bestellte beim Großhändler G Standardsoftware. Als E Monate nach der Lieferung der Software einen Probelauf durchführt, stürzt ständig das Programm ab. E begehrt Nacherfüllung. G verweist auf § 377 HGB.

Steht E das geltend gemachte Recht zu?

2.1.2 Kleingewerbetreibende

Nach welchen Kriterien die gesetzliche Vermutung in § 1 Abs. 2 HGB zu **widerlegen** und der Beweis eines nichtkaufmännischen Gewerbebetriebs zu erbringen ist, ist vom Gesetzgeber nicht kodifiziert. Zwar spielte die Frage, ob **eindeutige Größenmerkmale** gesetzlich vorgegeben werden sollten, nochmals eine tragende Rolle in den Beratungen des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Reformgesetz 1998/1999, gleichwohl wurde auf eine Festlegung zu Gunsten wirtschaftlicher Weiterentwicklung verzichtet.

Nach der Rechtsprechung ist immer eine **Gesamtwürdigung der Verhältnisse des einzelnen Betriebes** vorzunehmen, vor allem in Bezug auf die **Beschäftigten, die Art ihrer**

Tätigkeit, den Umsatz, das Anlage- und Betriebskapital, die Vielfalt der erbrachten Leistungen und der Geschäftsbeziehungen (Überregionalität), die Inanspruchnahme von Krediten und die Teilnahme am Wechselverkehr. Die Größe von Büro, Lager, Anlagevermögen spielt eine nur untergeordnete Rolle (z.B. OLG Dresden vom 26. 04. 2001, NJW-RR 2002, 33).

Die Handelsregister-Gerichte entscheiden zum Teil unterschiedlich. Als Orientierungshilfe aus der Registerpraxis ist die Kaufmannseigenschaft in etwa nach folgenden Faktoren zu bejahen:

Umsatz	<ul style="list-style-type: none"> • Einzelhandel • handwerkliche Produktion • Dienstleistung 	über 250 000 €
	<ul style="list-style-type: none"> • industrielle Produktion • Großhandel 	über 500 000 €
Kapitalausstattung		ab ca. 125 000 € (Verkehrswert)
Angestellte		nicht unter 5

Beim Fehlen einzelner Indizien müssen die vorhandenen Indizien um so stärker ausgeprägt sein, um die Kaufmannseigenschaft zu begründen.

Für den **Zeitpunkt des Erlangens der Kaufmannseigenschaft** entscheidend ist grundsätzlich der jeweilige Ist-Zustand. Mit Eintritt der genannten Voraussetzungen wird der Geschäftstreibende kraft Gesetz zu einem Kaufmann.

Reduziert sich der Geschäftsbetrieb unter die Schwelle eines kaufmännischen Umfangs erlischt die Kaufmannseigenschaft, soweit sie sich aus § 1 Abs. 2 HGB ergab. Nach der Regierungsbegründung ist in diesem Fall der Ist-Kaufmann im Handelsregister zu löschen. Allerdings kann der Gewerbetreibende widersprechen und damit die Eintragung unter dem Gesichtspunkt eines Antrages nach § 2 HGB aufrecht erhalten (BegrRegE HRefG, BT-Drucks. 13/8444, 49).

Nach anderer Ansicht bleibt die Kaufmannseigenschaft solange erhalten, bis das Gewerbe im Handelsregister auf Antrag gelöscht wird. Die Kaufmannseigenschaft besteht also durchgängig weiter, wenn auch aus unterschiedlichen Tatbeständen – zunächst aus § 1 HGB, danach aus § 2 HGB (vgl. K. Schmidt in ZHR 163, 1999, 87 ff., 95).

Diese Ansicht wirft allerdings zwei Problemfragen auf:

1. Der Gewerbetreibende nach § 1 Abs. 2 HGB ist zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet und kann der Geltung kaufmännischer Vorschriften nicht entgehen. Erfüllt er aber nicht mehr die Voraussetzungen eines Ist-Kaufmanns, entfällt dieser Tatbestand und die sich daraus ergebende Zwangslage. Die nicht zufällige, sondern nach § 29 HGB erforderliche Eintragung entfällt. Dem Gewerbetreibenden muss es dann aber freigestellt sein, ob er von seinem Optionsrecht nach § 2 HGB Gebrauch machen will oder nicht. Die zitierte Gegenansicht gelangt zum gegenteiligen Ergebnis: das Handelsregister müsste es regelmäßig bei der Eintragung belassen. Der Gewerbetreibende müsste von sich aus die Löschung betreiben. Diese Ansicht stößt auch hinsichtlich § 5 HGB auf Bedenken.
2. § 5 HGB wäre nämlich weitgehend überflüssig. War ein Gewerbe einmal eingetragen, bestünde diese Eintragung solange rechtmäßig weiter bis sie antragsgemäß gelöscht würde (s. 2.4).

FALL 3

- Der selbstständige Elektroinstallateur F fragt,
- ob er seine Firma ins Handelsregister eintragen lassen muss?
 - wer die Beweislast für die Eintragungsvoraussetzungen hat?
 - welche Wirkung eine Eintragung in diesem Fall hat?
 - was geschieht, wenn er einer etwaigen Anmeldeverpflichtung nicht nachkommt?

2.1.3 Eintragungsverpflichtung

Aus der Definition des Ist-Kaufmanns in § 1 HGB ergibt sich, dass die Kaufmannseigenschaft nicht von einer Eintragung des Gewerbebetriebs ins Handelsregister abhängt. Allein die Verwirklichung des § 1 Abs. 1 HGB führt dazu, dass der Betreiber des Gewerbebetriebs Kaufmann ist und insoweit den Spezialregelungen des HGB unterfällt.

Wegen der Publikationswirkung des Handelsregisters und des Interesses des Wirtschaftsverkehrs besteht gleichwohl eine Verpflichtung gem. § 29 HGB, das Gewerbe ins Handelsregister eintragen zu lassen. Die Eintragung ist in diesem Falle nur **deklaratorisch**; sie **dokumentiert** Dritten, dass der Gewerbetreibende (Ist-)Kaufmann ist. Die Eintragung ins HR führt also nicht erst die Kaufmannseigenschaft herbei.

FALL 4

- G hat es in kurzer Zeit geschafft, mit bestimmten Zubehörteilen, die er nach den Anforderungen seiner Kunden fertigt, den Weltmarkt zu erobern. G ist bislang nicht ins Handelsregister eingetragen.
- G hat nun wegen Zahlungsschwierigkeiten eines seiner Lieferanten zu dessen Gunsten bei einer Bank eine mündliche Bürgschaft abgegeben.
- Als ihn die Bank in Anspruch nehmen will, wendet G Unwirksamkeit wegen § 766 BGB ein. Besteht der Anspruch der Bank gegen G?

2.2 Kann-Kaufmann/-Kauffrau (§ 2 HGB)

Der Kann-Kaufmann steht im Gegensatz zum Ist-Kaufmann. Er unterhält zwar ebenfalls einen Gewerbebetrieb. Dieser erfordert indessen **keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb** i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB. Der Gewerbetreibende ist damit nicht Kaufmann gemäß der gesetzlichen Regel des § 1 Abs. 1 HGB. Er unterliegt dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Der Kleingewerbetreibende wird gem. § 2 HGB zum Kaufmann, wenn er seine Eintragung ins Handelsregister herbeiführt. Die Kaufmannseigenschaft des Kann-Kaufmanns hängt daher tatbestandlich von zwei Merkmalen ab:

1. Gewerbebetrieb (mit einem geringeren Umfang entsprechend § 1 Abs. 2 HGB – »... es sei denn ...« –, was jedoch nun vom Handelsregister nicht mehr zu prüfen ist) und

2. Eintragung ins Handelsregister.

Weil der Gewerbetreibende erst mit der Eintragung ins Handelsregister zum Kaufmann wird, wirkt die Eintragung hier nicht nur deklaratorisch, sondern **konstitutiv**, das heißt wirksamkeitsbegründend. Nach seiner Eintragung hat auch der kleine Unternehmer alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. Insoweit wird die überaus schwierige Abgrenzung, aus welchen tatsächlichen Merkmalen auf den Umfang eines vollkaufmännischen Geschäftsbetriebs zu schließen ist, weniger relevant. Nach der Neufassung des Kaufmannsrechts gibt es jedenfalls nur noch Personen, die entweder insgesamt oder aber überhaupt nicht dem Handelsrecht unterfallen (darin besteht ein Unterschied zum früheren Minderkaufmann).

Dem Eintragungsvorgang entsprechend kann sich der Kaufmann gem. § 2 Satz 3 HGB auch wieder eigeninitiativ aus dem Handelsregister zurückziehen und die **Löschung** der Firma **beantragen**, falls nicht zwischenzeitlich der Geschäftsbetrieb einen Umfang i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB erreicht hat; in diesem Fall bleibt es zwingend bei der Eintragung.

FALL 5

Einzelhändler H war antragsgemäß im Handelsregister eingetragen. Er ging mündlich eine Bürgschaft zu Gunsten eines seiner Zulieferer ein. Die Bank wusste nichts von der Handelsregister-Eintragung des H. Als sie nun gegen H vorgeht, weist dieser (zurecht) darauf hin, dass er in seinem Familienbetrieb lediglich einen Jahresumsatz i. H. v. 50 000 € erziele. Der Bürgschaftsvertrag sei daher unwirksam.

Besteht der von der Bank geltend gemachte Anspruch gegen H?

2.3 Land- und Forstwirtschaft; Kann-Kaufmann/-Kaufrfrau (§ 3 HGB)

Nach § 3 Abs. 1 HGB begründet ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb (Merkmal: Bodennutzung) niemals kraft Gesetz die Kaufmannseigenschaft. Dasselbe gilt nach § 3 Abs. 3 HGB, falls zum land- und forstwirtschaftlichen Betrieb ein Nebengewerbe geführt wird.

Auch die Land- und Forstwirte können jedoch den Status von Kaufleuten erlangen. Dazu ist gem. § 3 Abs. 2 HGB eine **Eintragung ins Handelsregister** erforderlich. Die Eintragung wirkt **konstitutiv**. Voraussetzung ist, dass der Geschäftsbetrieb einen vollkaufmännischen Umfang einnimmt.

Anders als bei Kann-Kaufleuten nach § 2 HGB steht die **Löschung** der Firma im Handelsregister nicht zur Disposition des Unternehmers.

Die Kaufmannsqualität kann der Land- und Forstwirt entweder insgesamt anstreben oder gem. § 3 Abs. 3 HGB auch nur auf sein Nebengewerbe begrenzen.

FALL 6

L ist Landwirt im Kreis Konstanz. Er hat zahlreiche Obstbäume und vertreibt daher Obstäfte in großem Stil. L ist nicht ins Handelsregister eingetragen. L wird von seinem Flaschenzulieferer F auf Zahlung verklagt. F hat die Klage beim AG Frankfurt erhoben, da er dort seinen Firmensitz hat; insoweit verweist F – wie auf seinen Geschäftsunterlagen auch verzeichnet – auf § 38 ZPO. Kann L die örtliche Unzuständigkeit des AG Frankfurt rügen, wenn nach allgemeinen Grundsätzen nicht das AG Frankfurt, sondern das AG Konstanz zuständig wäre?

§ 38 ZPO: »Ein an sich unzuständiges Gericht des ersten Rechtszuges wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig, wenn die Vertragsparteien Kaufleute... sind.«

2.4 Kaufmann kraft Eintragung (§ 5 HGB)

§ 5 HGB **schützt den Rechtsverkehr**, ist jedoch **keine Vertrauensschutznorm**: Voraussetzung ist also nicht, dass der Geschäftspartner gutgläubig ist. Vorausgesetzt ist aber, dass der Betroffene überhaupt ein Gewerbe betreibt.

Die h. M. bejaht § 5 HGB im Wesentlichen in folgenden Gestaltungen:

- Das Handelsregister-Gericht unterlag einer Fehlbeurteilung bei der Eintragung. Es hielt den Gewerbetreibenden für einen Kaufmann i. S. d. § 1 Abs. 1 HGB und hat ihn deshalb ins Handelsregister eingetragen, obwohl das Unternehmen von Anfang an keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erforderte. Die Eintragung wurde nicht beantragt.

- Das Unternehmen wurde zurecht ins Handelsregister eingetragen. Inzwischen ging der Geschäftsbetrieb jedoch stark zurück und liegt inzwischen unterhalb der vollkaufmännischen Schwelle.

Solange die Angaben im Handelsregister nicht gem. § 31 Abs. 2 HGB gelöscht werden, schreibt § 5 HGB die Kaufmannseigenschaft fest. Dies gilt sowohl für Dritte, wie auch für den Betroffenen selbst, der sich daher ebenfalls – gegebenenfalls zu seinen Gunsten – auf die Eintragung berufen kann.

Rechtssystematisch handelt es sich **nicht um Rechtsschein**, sondern um eine **Fiktion** (so genannter **Fiktivkaufmann**).

Auch wenn es hierauf letztlich nicht ankommt, wird die Regelung verständlich, wenn man bedenkt, dass der Betroffene regelmäßig Nachricht von der Eintragung erhält und insoweit den ihn betreffenden Inhalt des Handelsregisters beeinflussen kann.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass jeder ins Handelsregister Eingetragene, sei es zu Recht oder zu Unrecht, Kaufmann ist. Unter der Voraussetzung, dass ein tatsächlich existierender Betrieb zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet wird, bleibt es für das Handelsregister und für den Rechtsverkehr unbeachtlich, ob sich der Eintragungsantrag aus § 1 oder § 2 oder § 3 HGB ergibt; der Umstand hat allenfalls für das Lösungsverfahren eine gewisse Bedeutung.

Die Neufassung der §§ 1 ff. HGB unterstreicht, dass das Handelsrecht im eigentlichen Sinne »Unternehmensrecht« ist.

2.5 Scheinkaufmann außergesetzlich nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen

Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, muss sich als Kaufmann behandeln lassen. Dieser im Ergebnis unbestrittene Grundsatz ergibt sich aus der allgemeinen Rechtsscheinlehre. (Früher wurde § 5 und/oder § 15 HGB analog angewandt.)

Zu Gunsten **gutgläubiger** Dritter gelten daher die handelsrechtlichen Spezialvorschriften, obwohl die Kaufmannseigenschaft tatbestandlich nicht vorliegt und sich eine solche auch nicht aus dem Handelsregister ergibt.

2.6 Form-Kaufmann (§ 6 HGB)

§ 6 HGB enthält eine Gleichstellung von Einzelkaufmann und Handelsgesellschaft (OHG, KG, EWIV) und bestimmten Formen des Vereins (GmbH, AG, KGaA, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit und eingetragene Genossenschaft). Unabhängig davon, wie sich die gleichgestellten Gebilde betätigen, gilt für sie Kaufmannsrecht.

Kaufmannsformen

	Ist-Kaufmann § 1 HGB	Kann-Kaufmann § 2 HGB	Land- und Forstwirt § 3 HGB	kraft Eintragung § 5 HGB	Schein-Kaufmann
Gewerbebetrieb	vorhanden	vorhanden	land- u. forstwirtschaftl. B.	vorhanden	nicht vorhanden
Umfang	Vermutung für vollkaufmännisch	kleingewerblich	vollkaufmännisch	kleingewerblich	–
Eintragung HR	notwendig	nicht notwendig	nicht notwendig	liegt vor	nicht erfolgt
Wirkung einer Eintragung	deklaratorisch	konstitutiv	konstitutiv	konstitutiv	–

3 Handelsregister

Wer führt?

Das Handelsregister wird gem. § 8 HGB bei den **Amtsgerichten** geführt (Amtsgericht des Land-Gerichtsbezirks, § 125 Abs. 1 FGG).

Was wird eingetragen?

Eingetragen werden gem. § 29 HGB Firma und Ort des Handelsgeschäfts sowie die Namensunterschrift des Kaufmanns bzw. der Kauffrau. Daneben können besondere Verhältnisse zur Geschäftsführung, Vertretung, Haftung usw. eingetragen werden.

3.1 Aufgabe des Handelsregisters

Es ist ähnlich einem Grundbuch ein öffentliches Register und dient dem **Schutz und der Rechtssicherheit des Wirtschaftsverkehrs**; es besitzt gem. § 15 HGB so genannte **Publizitätswirkung**. Gem. § 9 HGB hat jedermann ein **Einsichtsrecht**.

Sämtliche Eintragungen – sowohl eintragungspflichtige, wie auch eintragungsfähige Tatsachen – werden nach § 10 HGB bekannt gegeben, in der Regel im Bundesanzeiger.

3.2 Wirkung einer Eintragung

Man unterscheidet bei der Eintragung die **deklaratorische** und die **konstitutive** Wirkung einer Eintragung.

Deklaratorische Wirkung:

Ein bereits verwirklichter Tatbestand wird (lediglich) dokumentiert/bekundet.

BEISPIEL

Eintragung eines Kaufmanns, der ein Handelsgewerbe i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB betreibt.

Konstitutive Wirkung:

Erst mit der Eintragung verwirklicht sich ein Tatbestand. Die Eintragung ist wirksamkeitsbegründend.

BEISPIEL

Betätigt sich jemand im Umfang des § 2 HGB, ist er nicht Kaufmann. Führt er indes die Eintragung des Gewerbes ins Handelsregister herbei, gilt dieses als Handelsgewerbe und der Betreiber als Kaufmann.

Ist allerdings die Eintragung eines Gewerbes ins Handelsregister erfolgt, wird die Unterscheidung nach der Wirkung der Eintragung zweitrangig. Entscheidend ist nun der durch die Eintragung geschaffene Publizitätszustand.

3.3 Öffentlicher Glaube

Das Handelsregister ist Basis für den guten Glauben Dritter im Geschäftsverkehr. Man unterscheidet i.R.d. § 15 HGB verschiedene Wirkungen für **eintragungspflichtige Tatsachen**, im Einzelnen sind dies

a) negative Publizität gem. § 15 Abs. 1 HGB

Eine eintragungspflichtige Tatsache wird nicht dokumentiert und nicht bekannt gegeben. Der Kaufmann kann sich gegenüber **gutgläubigen Dritten** auf die negative Tatsache nicht berufen. Aus der gesetzlichen Formulierung »es sei denn« folgt, dass eine etwaige Kenntnis des Dritten von der fraglichen Tatsache der **Beweislast** des Unternehmers unterliegt. Geschützt ist nicht die (positive) Richtigkeit des Handelsregisters, sondern das Vertrauen darauf, dass nichts existiert (negativ), was einzutragen wäre, aber nicht eingetragen ist (Vertrauen auf das Schweigen des Registers).

BEISPIEL

Einzelhändler E hatte wirksam dem P Prokura gem. § 48 HGB erteilt. Dies wurde ins Handelsregister eingetragen. Später widerrief E die Prokura, ohne dass dies ins Handelsregister eingetragen wurde. P schließt nach dem Erlöschen seiner Prokura als angeblicher Prokurist mit D einen Vertrag.

LÖSUNG E ist aus dem Vertrag verpflichtet, wenn er nicht nachweisen kann, dass D vom Widerruf der Vollmacht wusste.

b) positive Publizität gem. § 15 Abs. 2 HGB

Geschützt wird hier der eingetragene Unternehmer. Er kann sich zu seinen Gunsten auf eine Eintragung ins Handelsregister berufen, wenn die eingetragene Tatsache auch bekannt gemacht wurde (§ 10 Abs. 2 HGB). Lediglich in einer Übergangsphase von 15 Tagen kann ein Dritter Gutgläubigkeit einwenden.

Anders als in Abs. 1 ist der Dritte beweispflichtig.

BEISPIEL

Der Widerruf der Prokura wurde im Beispiel unter a) ins Handelsregister eingetragen und auch bekannt gemacht. Dennoch beauftragte P unter Hinweis auf seine angebliche Prokura den D mit der Erstellung eines Werbekonzepts für E's Unternehmen.

LÖSUNG D hat keinen Vergütungsanspruch gegen E, falls E das vollmachtlose Handeln des P nicht genehmigt (vgl. § 177 BGB). Das gilt auch dann, wenn der Vertrag erst 10 Tage nach Bekanntmachung der Löschung der Prokura geschlossen wurde. Eine Verpflichtung des E besteht allerdings dann, wenn dem D der Beweis gelingt, dass er in Unkenntnis war und ihm die Unkenntnis auch nicht vorgehalten werden kann (§ 15 Abs. 2 S. 2 HGB).

c) positive Publizität gem. § 15 Abs. 3 HGB

Die Vorschrift wirkt (nur) **zu Gunsten** eines **gutgläubigen Dritten**, der sich auf die unrichtige Bekanntmachung einer zutreffenden Eintragung beruft.

Nach h. M. ist der Wortlaut des § 15 Abs. 3 HGB im Wege teleologischer Auslegung auf einen Sachverhalt auszudehnen, in dem sowohl Eintragung, als auch Bekanntmachung von der wahren Rechtslage abweichen.

BEISPIEL

Einzelhändler E hatte Frau F und Herrn H bevollmächtigt, zusammen als Prokuristen (Gesamtprokura) die Firma zu vertreten. Dies wurde zutreffend ins Handelsregister eingetragen. Im Bundesanzeiger wurde jedoch nur F als Prokuristin benannt.

F beauftragt D mit der Erstellung eines Werbekonzepts für E's Firma. Sie unterzeichnet den Vertrag als Prokuristin ohne Hinweis auf und ohne Zutun des H.

LÖSUNG Solange E (!) nicht beweisen kann, dass dem D der wahre Sachverhalt, so wie im Handelsregister auch eingetragen, bekannt war, wird er aus dem von F geschlossenen Vertrag verpflichtet (s. 10.1.1).

3.4 Bedeutung des Handelsregisters für die Finanzverwaltung

§ 15 HGB erleichtert den Rechtsverkehr unter gleichwertigen Rechtssubjekten. Auch das Finanzamt wird seine Handlungsweise an etwaigen Eintragungen im Handelsregister ausrichten. Eine Bindungswirkung besteht freilich nicht.

BEISPIEL

Der Gewerbetreibende G verlegt seinen Firmensitz von Stuttgart nach Ludwigsburg. Dies teilt er sowohl dem Finanzamt Stuttgart bzw. Ludwigsburg, als auch dem Handelsregister mit.

LÖSUNG Der Wechsel in der Zuständigkeit des Finanzamts richtet sich ausschließlich nach § 26 AO. Auf die Eintragung des Wechsels im Handelsregister kommt es nicht an.

Ist eine Personengesellschaft im Handelsregister gelöscht, kann das Finanzamt dennoch eine Außenprüfung durchführen.

4 Die Handelsfirma

Entgegen allgemeinem Sprachgebrauch ist die Firma gem. § 17 HGB lediglich der **Name**, unter dem der Kaufmann sich gewerblich betätigt (firma = italienisch: Unterschrift).

Auch das Firmenrecht wurde durch das HRefG stark **liberalisiert**. Nach § 18 Abs. 1 HGB a.F. musste ein Einzelkaufmann eine Personenfirma führen; die Firma musste also aus dem Familiennamen und einem Vornamen gebildet werden. Mit der Liberalisierung des Firmenrechts wurden Wettbewerbsnachteile deutscher Unternehmer im europäischen Binnenmarkt egalisiert.

4.1 Namenswahl

Nach § 18 Abs. 1 HGB des HRefG kann nun eine **Personen-, Sach-** oder gar eine **Fantasiafirma** gewählt werden, die allerdings **kennzeichnend** und **unterscheidungs-tauglich** sein muss. Die Firma ist Visitenkarte und Werbeträger des Kaufmanns zugleich.

BEISPIELE

a) S beantragt die Eintragung seiner Firma unter der Bezeichnung »AAA AAA AAA AB ins Lifesex-TV«.

(S beabsichtigt mit diesem Namen, in sämtlichen alphabetisch zusammengestellten Listen an vorderer Stelle geführt zu werden.)

LÖSUNG Die Firma ist nicht eintragungsfähig, da sie nicht kennzeichnend für ein Gewerbe ist. Sie individualisiert nicht ausreichend einen klaren Geschäftsgegenstand, erst recht nicht einen bestimmten Geschäftsinhaber. § 17 Abs. 1 HGB erfordert einen Namen. Ein Name setzt voraus, dass man ihn aussprechen kann. Statt dessen liegt hier im Wesentlichen eine bloße Kombination aus Buchstabenblöcken vor (vgl. OLG Celle vom 19. 11. 1998, DB 1999, 40).

Hinweis: Das bedeutet u.E. aber nicht, dass Buchstabenkombinationen in weniger krassen Fällen nicht doch als Firmennamen zulässig sind. Nach BayObLG vom 04. 04. 2001, NJW 2001, 2337 ist auch eine Firma, die das Zeichen »@« enthält, nicht eintragungsfähig.

b) Die Fahrschule des Herrn F firmiert unter »Die Akademie«.

LÖSUNG Ein solcher Fantasie-Firmennamen ist zulässig, könnte freilich im Hinblick auf andere Gewerbe gleichen Namens vor Ort gem. § 30 HGB problematisch sein.

c) Handwerker H möchte sich unter der Firma »Profi-Handwerker e.K.« ins Handelsregister eintragen lassen.

LÖSUNG Die Eintragung dieser Firma wäre unzulässig. Ihr fehlt die nach § 18 Abs. 1 HGB notwendige Unterscheidungskraft. Der Verwendung einer bloßen Branchenbezeichnung steht das Freihaltungsbedürfnis zu Gunsten anderer Unternehmensträger (Handwerker) entgegen. Zudem ist fraglich, ob H tatsächlich den gesamten Bereich handwerklicher Betätigung anbieten kann, andernfalls zugleich ein Verstoß gegen das Irreführungsgebot gemäß § 18 Abs. 2 HGB vorliegt (vgl. BayObLG vom 01. 07. 2003, DB 2003, 2382).

Die Firma darf außerdem gem. § 18 Abs. 2 HGB **nicht irreführend** sein. Es kommen nur solche Angaben in Betracht, die eine gewisse wettbewerbliche Bedeutung haben und für die Disposition in den angesprochenen Verkehrskreisen relevant sein können (Wesentlichkeitsschwelle).

An Irreführung könnte man im vorstehenden Beispiel denken. Der Begriff »Akademie« ist allerdings so abgenutzt, dass der Geschäftsverkehr sich ohnehin keine konkreten Vorstellungen mehr machen wird. Dasselbe würde gelten, wenn sich F im Hinblick auf § 30 HGB »Akademie – best of« nennen würde.

Je mehr sich Fantasienamen durchsetzen werden, desto eher werden scharfe Abgrenzungen weder möglich, noch notwendig sein.

BEISPIEL

Unzulässig, weil irreführend, wäre dagegen, würde F für seine Fahrschule den Namen seines Nachbarn N wählen, ohne dass dieser mit dem Betrieb zu tun hat oder würde er in seine Firma einen unzutreffenden Zusatz »Unfallsoforthilfe« o.ä. aufnehmen. Unzulässig wäre auch, würde F unter einem in Wahrheit nicht vorhandenen **Dokortitel** oder unter einer **geschützten Berufsbezeichnung** (Landesgesetz!) – hier z.B. Ingenieur – auftreten.

4.2 Rechtsformzusatz

§ 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB sieht für Einzelkaufleute vor, dass auch deren Rechtsform ins Handelsregister eingetragen wird: **e.K.** (e.Kfm., e.Kfr.).

Gesellschaften müssen den für sie spezifizierenden Zusatz ausweisen (vgl. B Gesellschaftsrecht).