

2013/2014

**Vorlesung
Wirtschaftsrecht
Teil 2**

Andreas Abel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Erbrecht
Fachanwalt für
Steuerrecht

VORLESUNG WIRTSCHAFTSRECHT

**UNTERRICHTSBEGLEITENDES
SKRIPTUM – TEIL 2**

HGB

Andreas Abel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Erbrecht
Fachanwalt für Steuerrecht

Kontakt:

E-Mail: a.abel@abel-kollegen.de

Telefon: 06894 32 72

Telefax: 068974 38 21 85

Homepage der Kanzlei: www.abel-kollegen.de

Blog: www.erbrecht-saar.de

Teil A Handelsrecht

§ 1 Einführung

Das Handelsrecht ist das besondere Privatrecht der Kaufleute.

Es dient den Anforderungen des Wirtschaftsverkehrs, für den das BGB nicht immer die erforderlichen Regelungen enthält. Charakteristika des Handelsrechts sind

- die rasche Abwicklung des Handelsverkehrs. Der Austausch von Waren/Dienstleistungen setzt einen einfachen Vertragsschluss sowie eine zügige Vertragsabwicklung voraus; diesem Bedürfnis nach Schnelligkeit trägt das Handelsrecht z.B. durch gegenüber dem BGB weitergehende Formfreiheit oder der unverzüglichen Rügepflicht Rechnung.
- Rechtsklarheit, Publizität und erhöhter Vertrauensschutz (z.B. weitergehender Gutglaubensschutz, § 366 HGB, die Regeln über den Scheinkaufmann, das kaufmännische Bestätigungsschreiben, § 56 HGB)
- Stärkere Bindung an Bräuche und Gepflogenheiten, § 346 HGB
- Verschuldensmaßstab, § 347 HGB
- Professionalität, insbesondere Entgeltlichkeit
- Provisionsansprüche, § 354 HGB
- Fälligkeitszinsen, § 353 HGB (vgl. Zinshöhe: 5 %)
- Selbstverantwortung des Handelnden, §§ 348 ff HGB

Adressat des HGB ist der **Kaufmann**.

Die Anwendbarkeit des HGB richtet sich nach dem subjektiven System, d.h. es ist – von einigen Ausnahmen abgesehen - erforderlich, dass auf mindestens einer Seite des Rechtsgeschäfts ein Kaufmann beteiligt ist. Teilweise ist sogar erforderlich, dass auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts Kaufleute beteiligt sind.

§ 2 Der Kaufmann

1. Begriff

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

Was ein Handelsgewerbe ist bzw. als solches gilt, bestimmt sich nach § 1 Abs. 2 und § 2 HGB.

Ein Handelsgewerbe setzt voraus, dass die ausgeübte Tätigkeit ein Gewerbe darstellt, das auch betrieben, also ausgeübt wird.

2. Gewerbebegriff

Der Begriff des Gewerbes ist gesetzlich nicht definiert.

Gewerbe ist nach h.M. jede äußerlich erkennbare, selbständige, planmäßig auf gewisse Dauer, zum Zwecke der Gewinnerzielung ausgeübte Tätigkeit, die keine künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche – Tätigkeit und nicht gesetzes- oder sittenwidrig ist.

- a) Die Tätigkeit muss also auf eine **gewisse Dauer** angelegt sein. Die Absicht des Handelnden muss sich auf eine Vielzahl von Geschäften als Ganzes richten. Es darf nicht nur eine Mehrzahl einzelner Gelegenheitsgeschäfte erkennbar sein. Maßgebend ist die Verkehrsauffassung. Wer einen Betrieb nur mit Unterbrechungen unterhält (z. B. eine Trinkbude nur bei besonderen Veranstaltungen), hat dann eine auf Dauer angelegte Tätigkeit, wenn seine Tätigkeit als ein fortgesetztes Ganzes erscheint, nicht dagegen bei einer Mehrzahl unabhängiger Einzelhandlungen. Insofern gehört eine gewisse **Planmäßigkeit** zur gewerblichen Tätigkeit.
- b) Erforderlich ist weiter die **Absicht dauernder Gewinnerzielung**. Besteht die Gewinnerzielungsabsicht, ist es gleichgültig, ob tatsächlich Überschüsse erzielt werden.
- c) Nicht als Gewerbe gilt die Tätigkeit der so genannten freien Berufe. „Die freien Berufe haben im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt“ (vgl. § 1 Abs. 2 PartGG), z. B. Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte, Architekten, Künstler usw.
vgl. Fall 1 „Schwarzmalerei“
- d) Die Tätigkeit muss eine Erkennbarkeit nach außen aufweisen. Die innere, für Dritte nicht erkennbare Absicht, wie z.B. das heimliche Spekulieren an der Börse oder die stille Beteiligung an einem Handelsgewerbe (§ 230 HGB) reichen nicht aus. Auch reine Besitzgesellschaften treten nicht nach außen auf und betreiben daher kein Gewerbe.
- e) Eine gewerbliche Tätigkeit setzt des weiteren das Vorliegen einer rechtlichen Selbständigkeit voraus. Die Abgrenzung erfolgt nach den Kriterien des § 84 Abs.1 S.2 HGB, wonach selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann

3. Kleingewerbe

Nach § 1 Abs. 2 HGB liegt ein Handelsgewerbe aber nicht vor, wenn das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (**Kleingewerbe**).

Aus der Gesetzesformulierung in § 1 Abs. 2 HGB (. . . , es sei denn . . .) folgt, dass grundsätzlich eine Vermutung dafür besteht, dass das Unternehmen des Gewerbetreibenden einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Nur dann, wenn feststeht, dass diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, ist der Betreffende kein Kaufmann i. S. d. § 1 HGB. Das bedeutet: Der

Gewerbetreibende kann die Vermutung der Kaufmannseigenschaft widerlegen, indem er einen entsprechenden Gegenbeweis führt.

Kriterien für oder gegen die Annahme eines Kleingewerbes können sein:

- Gesamtbild des Betriebes,
- Natur der abgewickelten Geschäfte,
- die Art und Weise, wie sie abgewickelt werden,
- die Größe und Ausdehnung des Betriebes
- Umsatz, Ertrag
- Höhe von Anlage- und Betriebskapital,
- Arbeitnehmer-Anzahl,
- Kfm. Buchführung, Zahlungsweise, Kassenführung,
- Bilanz,
- Größe der Betriebsräume,
- Größe des Lieferanten- und Kundenkreises

4. Kannkaufmann

Die kleingewerblich Tätigen können sich indes nach § 2 Satz 2 HGB ebenso wie die Land- und Forstwirte, deren Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 3 Abs. 2 HGB), **freiwillig** im Handelsregister eintragen lassen und gelten gem. § 2 Satz 1 HGB mit der konstitutiv wirkenden Eintragung als Kaufleute („**Kannkaufmann**“).

Er gilt dann ebenfalls als Kaufmann. Die Eintragung in das Handelsregister hat für Gewerbetreibende i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB, deren Unternehmen also einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, nur deklaratorische Bedeutung; sie ist nicht Voraussetzung dafür, dass der Gewerbetreibende die Kaufmannseigenschaft erlangt.

Allerdings ist der Kaufmann gem. § 29 Abs. 1 HGB verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

5. Formkaufmann

Für die Handelsgesellschaften finden gem. § 6 Abs. 1 HGB die für Kaufleute geltenden Vorschriften Anwendung. Hierzu rechnen z.B. die die OHG und KG.

Nach § 6 Abs. 1 HGB gelten diejenigen juristischen Personen als Kaufmann, die in anderen Gesetzen als Handelsgesellschaften definiert sind. Sie sind damit kraft ihrer Rechtsform Kaufmann, auch dann wenn überhaupt kein Gewerbe ausgeübt wird (z.B. im Rahmen der Betriebsaufspaltung bei der Besitz-GmbH).

Kapitalgesellschaften (AG und GmbH) gelten unabhängig von Art und Umfang ihres Geschäftsbetriebs stets als Handelsgesellschaften i. S. v. § 6 Abs. 1 HGB (Formkaufleute, vgl. § 6 Abs. 2 HGB i. V. m. § 3 Abs. 1 AktG, § 13 Abs. 3 GmbHG).

6. Fiktivkaufmann

Unternehmer oder Personenhandelsgesellschaften, die kein Gewerbe betreiben oder die kleingewerblich tätig sind und keinen Eintragungsantrag nach § 2 Satz 2 HGB gestellt haben, die aber gleichwohl (zu Unrecht) im Handelsregister eingetragen worden sind, gelten gem. § 5 HGB als Kaufleute kraft Eintragung („Fiktivkaufmann“)

7. Der Scheinkaufmann

Kaufmann ist auch derjenige, der im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt. Er muss sich nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr gutgläubigen Dritten gegenüber als solcher behandeln lassen (vgl. auch Duldungs- und Anscheinsvollmacht, Vorlesung BGB).

Soweit eine Firma im Handelsregister eingetragen ist und unter dieser Firma ein Gewerbe betrieben wird, kann nicht geltend gemacht werden, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei (§ 5 HGB). Der Sinn dieser Vorschrift besteht darin, im Interesse des Verkehrsschutzes den Vertragspartner eines so genannten Scheinkaufmanns weitgehend abzusichern. Für einen Dritten ist es häufig nicht klar erkennbar, ob z. B. ein Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (vgl. §§ 2, 3 HGB). Für diese Fälle schafft § 5 HGB die Fiktion, dass das eingetragene Gewerbe als Vollhandelsgewerbe gilt.

Beispiel:

Einzelhändler E hatte ein großes Schuhgeschäft in einer Fußgängerzone der Innenstadt. Als der Umsatz zurückging, zog er mit seinem Geschäft in eine Nebenstraße und bediente seine Kunden nur noch selbst. Seine Eintragung im Handelsregister ließ er nicht löschen.

E ist Scheinkaufmann. Das bedeutet: Er gilt unwiderlegbar Dritten gegenüber als Vollkaufmann.

Allerdings: Eine Absicherung besteht nicht für folgende Fallgestaltungen bzw. Einwendungen:

- Der Eingetragene betreibt gar kein Gewerbe und ist deshalb kein Kaufmann.
- Die eingetragene Gesellschaft besteht nicht oder nicht mehr.

§ 3 Die Firma des Kaufmanns

1. Firmenbegriff

Die „Firma“ i.S.d. § 17 HGB ist der **Name des Kaufmanns**, unter dem er im Handelsverkehr seine Geschäfte betreibt, seine Unterschrift abgibt sowie klagen oder verklagt werden kann. Nichtkaufleute können keine Firma führen.

Die „Firma“ ist nur der Name des Handelsgeschäfts und nicht das Unternehmen oder der Betrieb als solches. Die Firma ist mit dem Unternehmen unlösbar verknüpft und kann nur mit Unternehmen zusammen und nicht selbständig veräußert werden, § 23 HGB.

Nichtkaufleute können allenfalls sog. Geschäfts- und Etablissementbezeichnung führen („Uschi's Beauty-Nail und Hunde-Salon“).

2. Firmenbildung

Früher waren die Möglichkeiten der Firmenbildung von Unternehmen insoweit beschränkt, als die Firma der GmbH entweder dem Gegenstand des Unternehmens entlehnt (Sachfirma) oder die Namen der Gesellschafter oder zumindest der Name eines Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz (Personenfirma) sowie der Zusatz "GmbH" ausgeschrieben oder abgekürzt enthalten oder aus einer Kombination von Personen- und Sachbezeichnung ("Gemischte" Firma) zusammengesetzt sein musste. Auch bestand bisher keine Möglichkeit, für die Firma einen Phantasienamen zu wählen. Durch das im Wesentlichen am 1.7.1998 in Kraft getretene Handelsrechtsreformgesetz hat diese Rechtslage eine Änderung erfahren. Seit dem 1.7.1998 kann die Firma als Personen-, Sach- und Phantasiefirma oder einer Kombination hieraus gebildet werden. Gewährleistet sein muss lediglich, dass die gewählte Bezeichnung Unterscheidungskraft gegenüber anderen Firmen besitzt (§ 18 Abs. 1 HGB) und die Angaben geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise nicht in die Irre zu führen (Verbot der Irreführung gem. § 18 Abs. 2 HGB).

Auch wenn das neue Recht bei der Wahl der Firma gewisse Erleichterungen vorsieht, sind die bislang entwickelten und nachfolgend dargestellten Grundsätze bei der Firmenbildung jedoch weiter zu berücksichtigen.

2.1. Firmenbildung aus dem Unternehmensgegenstand

Die Sachfirma kann nur aus dem Unternehmensgegenstand lt. Satzung, nicht einem etwa davon tatsächlich abweichenden Geschäftsgegenstand gebildet werden. Selbst eine gegenüber dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand eingetretene Spezialisierung kann nicht Grundlage der Sachfirma sein (also beispielsweise trotz alleiniger Herstellung von Dosen nicht "Dosenfabrik", wenn lt. Satzung "die Herstellung von Blechwaren aller Art" Geschäftsgegenstand ist). Die Sachfirma muss den angesprochenen Verkehrskreisen stets den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand, ggf. auch schlagwortartig, aber doch im Wesentlichen erkennbar machen. Hierzu kann es genügen, einen in der Satzung genannten Teil der Tätigkeit in die Firma aufzunehmen (also beispielsweise "Dosenfabrik", wenn der Unternehmensgegenstand lautet "Herstellung von Blechwaren aller Art, insbesondere von Dosen").

2.2. Firmenbildung aus Namen von Gesellschaftern

Die Personenfirma ist aus Nachnamen von Gesellschaftern zu bilden, die der Gesellschaft im Eintragungszeitpunkt angehören. Vornamen können – auch abgekürzt – miteinbezogen werden. Wenn mehr als ein Name, aber doch nicht die Namen aller Gesellschafter in der Firma angeführt sind, ist ein das Gesellschaftsverhältnis andeutender Zusatz vonnöten. Hierfür bieten sich Zusätze an wie "& Co.", "& Cie." oder die Bezeichnung zutreffender Verwandtschaftsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern, wie etwa "& Söhne", "& Nachfahren", "Geschwister . . ."

Beispiel:

Eine aus den Gesellschaftern Meyer, Schwartz und Klein bestehende GmbH könnte also z. B. "Meyer, Schwartz & Klein GmbH" oder "Schwartz GmbH" oder "Schwartz & Co. GmbH" oder "Meyer, Klein & Co. GmbH" firmieren. Im Letzteren wäre der Zusatz "& Co" nach dem oben Gesagten zwingend.

Name eines Gesellschafters kann auch die Firma einer an der GmbH als Gesellschafter beteiligten Handelsgesellschaft oder juristischen Person sein. Hierbei ist jedoch die in deren Firma enthaltene Gesellschafts- oder Rechtsformbezeichnung wegzulassen.

2.3. *"Gemischte" Firma und fakultative Firmenbestandteile*

Die Firma kann auch aus einer Personen- und einer Sachbezeichnung zusammengesetzt werden. Vorsichtshalber sollte man dann aber sowohl die Anforderungen für die Sach- als auch für die Personenfirma einhalten.

3. Grundsätze des Firmenrechts

3.1. *Grundsätze der Firmenklarheit und Firmenwahrheit*

Die Firma muss zur Kennzeichnung geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 HGB) und muss sich von allen an demselben Ort eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden (§ 30 Abs. 1 HGB). Eine Firma ist zur Kennzeichnung geeignet, wenn sie individualisierbar ist, wobei entscheidend ist, ob die Firma geeignet ist, sich von anderen, ähnlichen oder gleichlautenden Firmen abzugrenzen. Dies ist dann gegeben, wenn keine Verwechslungen hervorgerufen werden können.

Sowohl die Bildung von Sach- oder Personenfirma als auch die Beifügung fakultativer Firmenbestandteile unterliegen daher vor Eintragung in das Handelsregister einer Überprüfung durch das Registergericht auf ihre Eignung, die Gesellschaft eindeutig zu identifizieren und zu klassifizieren. Jede Firmierung, die zu Verwechslungen mit bereits eingetragenen Firmen desselben Ortes führen oder in sonstiger Weise irreführend wirken kann, wird zurückgewiesen. Soweit sich daraus für das Registergericht Zweifel an der Zulässigkeit der Eintragung ergeben, holt das Registergericht vor der Eintragung eine Stellungnahme bei der für den Sitz der Gesellschaft zuständigen IHK ein.

3.2. *Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit*

Nach § 18 Abs. 2 S. 1 HGB darf die Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irre zu führen.

Beispiel:

Die Bezeichnung „Gesellschaft Bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ und „GbRmbH“ ist irreführend. Es besteht die Gefahr, dass der Eindruck entsteht, es handle sich um einen gesetzlich normierten Gesellschaftstypus, bei dem die Haftungsbeschränkung – wie bei der GmbH – eine gesetzliche Folge der gewählten Gesellschaftsform ist.

Die Firma muss einen Rechtsformzusatz enthalten, § 19 HGB, z.B.:

- „eingetragener Kaufmann“, „eingetragene Kauffrau“,

- eine allgemein verständliche Abkürzung, insbesondere „e.K.“, „e.Kfm.“ oder „e.Kfr.“
- OHG oder Offene Handelsgesellschaft
- KG oder Kommanditgesellschaft
- GmbH oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung

3.3. Grundsatz der Firmenfortführung/Firmenbeständigkeit

In bestimmten Fällen darf die Firma unverändert bleiben, obwohl sie unrichtig geworden ist. In diesen Fällen ist eine Kollision mit dem Grundsatz der Firmenwahrheit möglich, z.B. weil

- in der Firma der Name des Inhabers enthalten ist und dieser sich geändert hat (z.B. durch Heirat), vgl. § 21 HGB.
- der Inhaber des Handelsgeschäfts rechtsgeschäftlich oder kraft Erbfolge gewechselt hat (§ 22 HGB)
- oder Gesellschafter ein- bzw. ausgetreten sind (§ 24 HGB).

Der Grundsatz der Firmenbeständigkeit kann also zur Durchbrechung der Firmenwahrheit führen. Dieser Umstand beruht auf dem Gedanken, dass die Firma einen erheblichen Vermögenswert darstellen kann, der dem Geschäftsinhaber auch bei Veränderungen erhalten bleiben soll („goodwill“).

§ 22 HGB beispielsweise erlaubt daher die Fortführung der Firma eines bestehenden Handelsgeschäfts, z.B. unter Beifügung des GmbH-Zusatzes, wenn das Handelsgeschäft auf die GmbH übergeht. Dieser Vorgang findet häufig bei Gründung oder späterer Kapitalerhöhung durch Einbringung eines Handelsgeschäfts in die GmbH statt (Sacheinlage, s.u.). Es genügt neben Kauf des Handelsgeschäfts durch die GmbH aber auch z. B. dessen Verpachtung an die GmbH.

Die Firmenfortführung setzt jedoch voraus, dass der bisherige Geschäftsinhaber oder sein Rechtsnachfolger in die Fortführung der Firma einwilligt. Zu beachten ist, dass die Firmenfortführung die Haftung für die in dem übernommenen Geschäft begründeten Altschulden auslöst (§ 25 HGB, s.u.).

§ 24 Abs. 1 HGB durchbricht auch den Grundsatz der Firmenwahrheit, indem er eine Personenfirma fortgelten lässt, wenn der oder die namengebenden Gesellschafter ausgeschieden sind. Die Zustimmung dieser ausscheidenden Gesellschafter ist entgegen § 24 Abs. 2 HGB nicht erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt.

3.4. Grundsatz der Firmeneinheit

Ein Kaufmann darf für ein- und dasselbe Unternehmen nur eine Firma führen

3.5. Grundsatz der Firmenöffentlichkeit

Die Firma muss in der Öffentlichkeit kundgegeben werden, insbesondere durch die Eintragung ins Handelsregister nach § 29 HGB. Daneben ergeben sich Veröffentlichungspflichten auf Geschäftsbriefen, § 37a HGB, § 125a HGB, § 35a GmbHG, § 80 AktG über die wesentlichen handelsrechtlich relevanten Angaben. Für Geschäftsbriefe gilt gem. § 37a Abs. 1 HGB ergeben sich folgende Pflichtangaben:

- die Firma,
- den Ort der Handelsniederlassung,
- das Registergericht und
- die Nummer, unter der die Firma in das Handelsregister eingetragen ist,

Diese Vorschrift findet auch Anwendung auf Rundschreiben, Verkaufsangebote, Rechnungen, Quittungen, Preislisten, Lieferscheine sowie auf Auftrags- und Empfangsbestätigungen sowie E-Mails. Nicht als Geschäftsbrief gelten dabei der interne Schriftverkehr zwischen Abteilungen, Büros, Filialen und Zweigniederlassungen; Lieferscheine, Empfangsscheine, Abholbenachrichtigungen sowie alle Nachrichten, die an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet sind, wie Werbeschriften, Postwurfsendungen.

Wenn Kaufleute dieser Publizitätsverpflichtung nicht nachkommen, wird ihnen von dem Registergericht ein Zwangsgeld auferlegt, vgl. § 37a Abs. 4 HGB. Darüberhinaus sind Abmahnungen durch Mitbewerber möglich.

§ 4 Inhaberwechsel und Firmenfortführung

1. Grundsätze

Schließt der Geschäftsinhaber unter seiner Firma ein Rechtsgeschäft ab, so ist nicht die „Firma“ Geschäftspartner, da sie nicht rechtsfähig ist und daher nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Vielmehr wird der jeweilige Inhaber **persönlich berechtigt und verpflichtet**. Wechselt der Inhaber später (z.B. durch Veräußerung des Unternehmens), so kommt eine rechtsgeschäftliche Haftung des Erwerbers für Altschulden zunächst nicht in Betracht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt.

Der Handelsverkehr geht allerdings davon aus, dass Gläubiger von Geschäftsverbindlichkeiten diese grundsätzlich gegen „das Unternehmen“ als solches geltend machen können, gleichgültig, wer der jeweilige Inhaber ist. Ebenso werden Geschäftsforderungen wegen des sachlichen Zusammenhangs „dem Unternehmen“ selbst zugeordnet.

Dieser Verkehrsanschauung werden die §§ 25, 27 und 28 HGB gerecht. Danach gehen unter den dort genannten Voraussetzungen Verbindlichkeiten grundsätzlich auf den neuen Unternehmensträger über. Ebenso gelten die im Betrieb begründeten Forderungen dem Schuldner gegenüber auf den Erwerber übergegangen.

2. Inhaberwechsel kraft Rechtsgeschäft, § 25 HGB

Bei Erwerb eines Handelsgeschäfts und dessen Fortführung unter der bisherigen Firma haftet der Erwerber für alle Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Inhabers (§ 25 Abs. 1 HGB).

Voraussetzung für eine Haftung ist zunächst, dass ein Handelsgeschäft erworben worden ist.

Das Handelsgeschäft muss weiter unter Lebenden erworben worden sein. Unter einem Erwerb i.S. d. § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB ist jede Unternehmensübertragung – Überlassung – zu verstehen. Hierunter fallen also Kauf, Schenkung, Veräußerung durch den Erben an Dritte, sogar Pacht und Nießbrauch. Der Erwerb vom Insolvenzverwalter, auch vom vorläufigen Insolvenzverwalter i. S. des § 22 InsO, fällt nicht hierunter.

2.1. *Firmenfortführung*

Ganz entscheidend für die Haftung ist, dass die Firma fortgeführt wird. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn die Firmenbezeichnung einen völlig übereinstimmenden Wortlaut hat. Es reicht vielmehr aus, dass nach der Verkehrsauffassung trotz etwa vorgenommener Änderungen noch von einer Fortführung der Firma ausgegangen werden kann. Geringe Abweichungen in der Rechtschreibung oder in den Zusätzen, Weglassung eines Vornamens oder eines Anfangsbuchstabens schließen folglich die Haftung ebenso wenig aus wie das Weglassen oder Hinzufügen von Zusätzen, die auf eine bestimmte Gesellschaftsform hindeuten. Wesentlich ist, dass der Kern der alten Firma, ihr prägender Teil, mit dem der Verkehr das Unternehmen gleichsetzt, in die neue Firmenbezeichnung übernommen wird. Dabei kommt es allein auf nach außen auftretende Umstände an. Entscheidend ist, dass im Verkehr der Eindruck erweckt wird, allein der Unternehmensträger habe gewechselt.

2.2. *Rechtsfolge der Geschäfts- und Firmenfortführung*

Der Erwerber haftet mit seinem ganzen Vermögen, nicht etwa nur mit dem erworbenen Handelsgeschäft. Er kann als Gesamtschuldner neben dem Veräußerer in Anspruch genommen werden. Gemäß § 25 Abs. 1 HGB haftet der Erwerber für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten. Es reicht aus, dass der Rechtsgrund noch vom früheren Inhaber gesetzt worden war, weil das Gesetz die Haftung an die Unternehmenskontinuität anknüpft, die nach außen durch Fortführung der bisherigen Firma verdeutlicht wird.

2.3. *Haftungsausschluss:*

Veräußerer und Erwerber können die Haftung des Erwerbers gegenüber Dritten nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB zwar nicht durch eine bloße Vereinbarung ausschließen. Wird allerdings zwischen beiden vereinbart, dass der Erwerber für die Verbindlichkeiten des Veräußerers nicht haften solle, und wird diese Vereinbarung in das **Handelsregister eingetragen** und bekannt gemacht, so wirkt sie gem. § 25 Abs. 2 HGB gegenüber allen Altgläubigern.

Auch dann, wenn der Erwerber nach § 25 HGB haftet, besteht die **Haftung des früheren Inhabers** fort. § 26 Abs. 1 HGB sieht aber eine zeitliche Begrenzung vor: So haftet der frühere Geschäftsinhaber für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn sie **vor Ablauf von fünf Jahren fällig** und daraus Ansprüche festgestellt oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird. Diese Frist ist eine Ausschlussfrist. Wird sie versäumt, endet die Haftung des früheren Inhabers.

vgl. Fall 3

3. Haftung bei Erwerb eines Handelsgeschäftes von Todes wegen, § 27 HGB

Schlägt ein Erbe die Erbschaft nicht aus und führt er das Geschäft unter der Firma des Erblassers fort, so haftet er wie der Erwerber eines Geschäftes unter Lebenden (§ 27 HGB). Auch hier ist wichtig, dass der Erbe das Handelsgeschäft und die bisherige Firma fortführt. Das bedeutet: Der Erbe haftet nicht nach § 27 HGB, wenn er das Geschäft überhaupt nicht oder aber unter neuer Firma fortführt. Dabei ist zu beachten, dass ein bloßer Nachfolgezusatz nicht ausreicht.

Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäftes **vor dem Ablauf von 3 Monaten** nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, **eingestellt** wird. Ist beim Ablauf der 3 Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren gegangen, endet die Frist nicht vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist (§ 27 Abs. 2 HGB).

Eine Haftungsbeschränkung muss allerdings entsprechend § 25 Abs. 2 HGB den Gläubigern mitgeteilt oder im Handelsregister eingetragen werden.

vgl. Fall 4

4. Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmannes, § 28 HGB

Wenn jemand in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, und zwar als Gesellschafter oder als Kommanditist, so haftet die Gesellschaft für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten auch dann, wenn die frühere Firma nicht fortgeführt wird (§ 28 HGB). Notwendig ist der Eintritt in ein Handelsgeschäft. Dabei ist der Wortlaut des § 28 HGB missverständlich. Einen „Eintritt“ in das Geschäft eines Einzelkaufmannes gibt es rechtlich nicht, gemeint ist die Gründung einer Gesellschaft unter Einbringung eines Handelsgeschäftes.

Die neu gegründete Gesellschaft haftet dann gemäß § 28 HGB für die Schulden des bisherigen Inhabers des Handelsgeschäfts. Eine Fortführung der Firma ist nicht erforderlich.

Dabei setzt auch § 28 HGB voraus, dass es sich um ein Handelsgewerbe handelt. Vor Eintritt des Gesellschafters muss also bereits ein Handelsgewerbe bestanden haben; dabei braucht der frühere Geschäftsinhaber nicht notwendig schon Vollkaufmann i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB gewesen zu sein.

Die Haftung der Gesellschaft kann allerdings nach § 28 Abs. 2 HGB **ausgeschlossen** werden. Eine solche abweichende Vereinbarung ist gegenüber Dritten allerdings nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgeteilt worden ist.

vgl. Fall 5

§ 5 Die Vertretung des Kaufmanns

Die Grundnormen über die Vertretung finden sich in den §§ 164 ff BGB. Die Vorschriften der §§ 164 ff BGB über die Vertretung lassen viel Raum für eine individuelle Regelung des Umfangs der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht, § 166 Abs. 2 S. 1 BGB). Das Geschäft, das

der Vertreter tätig, wirkt nur dann für und gegen den Vertretenden, wenn der Vertreter innerhalb der ihm konkret erteilten Vollmacht bleibt. Überschreitet der Vertreter seine Vertretungsmacht, so ist der Vertretene an das abgeschlossene Geschäft grundsätzlich nicht gebunden, es sei denn, er genehmigt es (vgl. Vorlesung BGB).

Diese Regelungen werden den besonderen Bedürfnissen des kaufmännischen Rechtsverkehrs nach rascher Abwicklung und Rechtsklarheit nicht gerecht. Der kaufmännische Rechtsverkehr benötigt typisierte Vertretungsformen, die den Handelsverkehr erleichtern. Das HGB kennt daher drei spezifische Arten der Vertretungsmacht. Die Besonderheit hierbei ist, dass sich der Umfang der Vertretungsmacht aus dem Gesetz ergibt. Es handelt sich um:

- die Prokura
- die Handlungsvollmacht
- die Vertretungsmacht der Ladenangestellten.

Die gesetzliche Festlegung des Umfangs der Vertretungsmacht dieser drei typisierten Vertretungsformen hat für den Vertragspartner die positive Folge, dass es sich auf die Vertretungsmacht seines Verhandlungspartners grundsätzlich verlassen kann. Insoweit wird Rechtsklarheit geschaffen und die rasche Abwicklung gefördert, da der Vertragspartner sich nicht erst noch nach dem Umfang der Vertretungsmacht erkundigen muss.

1. Prokura

1.1. Begriff und Inhalt

Die Prokura ist eine Vollmacht, die zu allen Arten von Rechtsgeschäften ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 Abs. 1 HGB). Die Prokura ist also eine handelsrechtliche Vollmacht, die die Besonderheit aufweist, dass ihr Umfang gesetzlich festgelegt ist und gegenüber Dritten grundsätzlich nicht beschränkt werden kann.

1.2. Erteilung

Die Erteilung richtet sich grundsätzlich nach den Vollmachtsregelungen gemäß §§ 167 ff BGB. Es gelten jedoch folgende Besonderheiten: Die Prokura kann nur durch einen Kaufmann oder seinen gesetzlichen Vertreter und muss stets persönlich und ausdrücklich erteilt werden (§ 48 Abs. 1 HGB). Folglich kann kein bevollmächtigter Vertreter Prokura erteilen.

Die Prokura kann nur **von einem Kaufmann** i. S. der §§ 1, 2 HGB erteilt werden. Dies ergibt sich daraus, dass das Gesetz in § 48 Abs. 1 HGB vom Inhaber eines Handelsgeschäfts spricht, der Prokura erteilen kann. Ein Handelsgeschäft liegt aber nur vor, wenn das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (so § 1 Abs. 2 HGB) oder – falls dies nicht der Fall ist – die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist.

Die Prokura kann nur mittels **ausdrücklicher Erklärung** erteilt werden; Schriftform ist zwar zur Klarheit und aus Beweisgründen empfehlenswert, aber nicht erforderlich. "Ausdrücklich" bedeutet dabei lediglich, dass die Prokura eindeutig und unmissverständlich erteilt worden sein muss. Hingegen ist nicht erforderlich, dass das Wort "Prokura" bei der Vollmachterteilung gewählt worden sein muss. Der Grund dafür, dass die Prokura ausdrücklich erteilt sein muss, liegt darin, dass sie

einen besonders weittragenden Inhalt hat und der Rechtsverkehr daher ein besonderes Maß an Rechtssicherheit benötigt.

Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Prokurist ausdrücklich als solcher zu zeichnen hat (§ 51 HGB), z. B. "ppa" vor dem Namen des Prinzipals (Inhabers) oder ähnlich (z. B. Fa. Adolf Schmitt ppa Müller). Es genügt auch, wenn der Prokurist nur mit seinem Namen oder nur mit der Firma zeichnet.

Die Erteilung der Prokura muss von dem Inhaber des Handelsgeschäfts zur **Eintragung in das Handelsregister angemeldet** werden (§ 53 Abs. 1 HGB). Sie ist eine eintragungspflichtige Tatsache i.S.d. § 15 HGB. Die Eintragung wirkt allerdings nur rechtsbestätigend (**deklaratorisch**). Sie ist nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Prokura. Das bedeutet: Auch ohne die Eintragung ins Handelsregister ist die Prokura wirksam erteilt, der Prokurist also in dem gesetzlichen Umfang zur Vertretung berechtigt.

Prokurist kann nur eine **natürliche**, nie eine juristische **Person** sein.

1.3. Umfang

Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der **Betrieb eines Handelsgewerbes** mit sich bringt (§ 49 Abs. 1 HGB). Auf Grund dieser weiten Formulierung des Gesetzes ist der Prokurist zu allen Rechtshandlungen bevollmächtigt, die der Betrieb "**irgendeines**" Handelsgewerbes mit sich bringt. Er ist also nicht auf die Geschäfte der Branche seines Prinzipals beschränkt. So kann er z. B. Personal anstellen, anderen Angestellten Handlungsvollmacht erteilen, Kredite aufnehmen und einräumen, fremde Verbindlichkeiten übernehmen, neue Branchen erschließen, Zweigniederlassungen errichten und schließen sowie den Geschäftssitz verlegen. Außerdem kann er Prozesse führen, Prozessvollmacht erteilen, Strafantrag in geschäftlichen Dingen, z. B. wegen unlauteren Wettbewerbs, stellen.

Es muss sich allerdings stets um Rechtshandlungen handeln, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört z. B. **nicht** die Aufgabe des Geschäftes, die Änderung der Firma, die Aufnahme von Gesellschaftern.

Weiterhin sind so genannte Prinzipalgeschäfte, also reine Inhabergeschäfte, von der Prokura ausgeschlossen. Es handelt sich hierbei um z.B. die Bilanzunterzeichnung, § 245 HGB oder die **Erteilung von Prokura**, § 48 Abs. 1 HGB.

1.4. Beschränkung

Grundsätzlich ist eine Beschränkung des Umfangs der Prokura Dritten gegenüber unwirksam (§ 50 Abs. 1 HGB). Das gilt insbesondere für Beschränkungen, die dahin gehen, dass die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll. Eine Beschränkung mit Außenwirkung ist auch nicht in der Form zulässig, dass der Prokurist nur gemeinsam mit dem Inhaber des Handelsgeschäfts vertretungsberechtigt ist.

Wichtig: Dass die Prokura nicht beschränkt werden kann, gilt nur gegenüber Dritten. Mit **Innenwirkung** ist eine solche Beschränkung möglich. Dritte brauchen diese Beschränkung nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn sie **arglistig** mit dem Prokuristen zum Nachteil des Geschäftes zusammengewirkt haben. In diesen Fällen spricht man auch vom Missbrauch der Vertretungsmacht, der dazu führt, dass das unter Missbrauch der Vertretungsmacht geschlossene Geschäft als nicht

wirksam anzusehen ist. Für einen Missbrauch genügt es auch, dass der Dritte das missbräuchliche Verhalten des Prokuristen positiv kennt oder grob fahrlässig nicht kennt.

Eine wichtige Beschränkung spricht das Gesetz in § 49 Abs. 2 HGB selbst aus: Danach ist der Prokurist zur Veräußerung und zur Belastung von **Grundstücken** nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt ist. Diese Beschränkung gilt nur für die Veräußerung und Belastung von Grundstücken, **nicht** auch für den **Grundstückserwerb**, sowie die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken. Hierzu ist der Prokurist nach § 49 Abs. 1 HGB ermächtigt.

1.5. Besondere Arten

Prokura kann auch in der Weise erteilt werden, dass für die Abgabe von Erklärungen das Zusammenwirken zweier Personen nötig ist (vgl. § 48 Abs. 2 HGB, **Gesamtprokura**). Dabei braucht die zweite Person nicht Prokurist zu sein, die beiden brauchen auch nicht gleichzeitig zu handeln. Es genügt, wenn der eine handelt und der andere das Geschäft genehmigt.

Eine Gesamtprokura in der Form, dass der Prokurist nur gemeinsam mit dem Inhaber des Handelsgeschäfts vertretungsberechtigt sein soll, ist nicht zulässig; denn jede Gesamtvertretung setzt begrifflich voraus, dass es sich um das Handeln rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Vertreter handelt.

1.6. Widerruf und Erlöschen

Die Prokura ist **jederzeit widerruflich** (§ 52 HGB). Dieses Widerrufsrecht ist unverzichtbar und besteht daher auch dann, wenn gegenteilige ausdrückliche Zusagen des Prinzipals vorliegen. Der Widerruf erfolgt **formlos** und wird mit dem Zugang wirksam. Für den Widerruf ist die Eintragung im Handelsregister nach § 53 Abs. 2 HGB zwingend vorgeschrieben. Sie hat allerdings nur deklaratorische Bedeutung. Von der Eintragung hängt also die Wirksamkeit des Widerrufs nicht ab.

In diesem Zusammenhang ist allerdings die Vorschrift des § 15 HGB zu beachten. Ist der Widerruf der Prokura nicht im Handelsregister eingetragen, so kann er einem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht entgegengesetzt werden.

Die Prokura ist **nicht übertragbar**. Sie ist **höchstpersönlich** und erlischt deshalb mit dem Tod des Prokuristen, nicht allerdings mit dem Tod des Geschäftsinhabers (§ 52 Abs. 3 HGB).

vgl. Fall 6

2. Handlungsvollmacht

2.1. Begriff und Inhalt

Die Handlungsvollmacht ist wie die Prokura eine besondere Art der Vollmacht. Sie ist eine mit Wirkung nach außen beschränkbare Vertretungsmacht und unterscheidet sich von der Prokura namentlich in der Erteilung und im Umfang. Der Umfang der Handlungsvollmacht ist mittelbar im Gesetz, nämlich in § 54 HGB, bestimmt und festgelegt. Er kann sehr verschieden sein, reicht allerdings niemals so weit wie bei der Prokura und ist nicht durch zwingende Normen umschrieben.

2.2. Erteilung

Die Handlungsvollmacht kann nicht nur durch einen **Kaufmann** persönlich, sondern auch durch den in seinem Namen handelnden **Prokuristen** erteilt werden. Handlungsvollmacht kann darüber hinaus auch durch einen Kleingewerbetreibenden erteilt werden, dessen Firma in das Handelsregister eingetragen ist (§ 2 HGB). Das hat zur Folge, dass in den Fällen, in denen der Kleingewerbetreibende – obwohl dies nicht zulässig ist – Prokura erteilt hat, die Erteilung der Prokura nach § 140 BGB in die Erteilung einer weit gefassten Handlungsvollmacht umgedeutet werden kann.

Eine besondere **Form** ist für die Erteilung der Handlungsvollmacht nicht vorgeschrieben. Das bedeutet: Sie kann auch mündlich gegenüber dem Bevollmächtigten oder Dritten erklärt werden. Sie muss – im Unterschied zur Prokura – auch **nicht ausdrücklich** erklärt werden. Auch eine stillschweigende Bevollmächtigung ist möglich. Allerdings empfiehlt sich zu Beweis Zwecken eine schriftliche Erteilung, um insbesondere etwaige Einschränkungen der Vollmacht nachweisen zu können. Handlungsvollmacht können neben dem Betriebsinhaber und dessen gesetzlichem Vertreter auch der Prokurist sowie der Insolvenzverwalter erteilen.

Mit Zustimmung des Geschäftsinhabers ist die Handlungsvollmacht auch **übertragbar** (§ 58 HGB).

2.3. Umfang

Die Handlungsvollmacht ermächtigt entweder

- zum Betrieb eines Handelsgewerbes (**Generalhandlungsvollmacht**) oder
- zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften (**Artvollmacht**) oder
- zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte (**Spezialvollmacht**).

Dies ergibt sich aus § 54 Abs. 1 HGB.

In der Praxis am häufigsten vertreten ist die Artvollmacht.

Beispiel:

Abteilungsleiter einer Fabrik, Schalterbeamter einer Bank

Der Umfang der Handlungsvollmacht wird jeweils vom Vollmachtgeber, regelmäßig dem Geschäftsinhaber, bestimmt. Allerdings greift hier zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten eine Vermutung ein: Die Handlungsvollmacht erstreckt sich danach zwar **nicht auf alle Geschäfte**, die der Betrieb irgendeines Handelsgewerbes mit sich bringt (so bei der Prokura). Sie umfasst jedoch, je nachdem, um welche Art von Handlungsvollmacht es sich im Einzelnen Falle handelt, alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines **derartigen** Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte **gewöhnlich** mit sich bringt (§ 54 Abs. 1 HGB).

Rechtsfolge: Ein Kaufmann, der einen unter Berufung auf § 54 Abs. 1 HGB geltend gemachten Anspruch mit Erfolg bekämpfen will, muss folgendes behaupten und notfalls beweisen:

- dass er eine Vollmacht in dem fraglichen Umfang nicht erteilt hat und
- dass der Dritte, der sich auf eine solche Vollmacht beruft, diesen Umstand gekannt hat oder aber hätte kennen müssen (§ 54 Abs. 3 HGB).

Der Dritte ist **bösgläubig** i. S. d. § 54 Abs. 3 HGB, wenn er insoweit besonders nahe liegende Erwägungen nicht anstellt oder Vorsichtsmaßnahmen nicht ergreift, die sich aufgedrängt hätten. Darüber hinaus ist Fahrlässigkeit i. d. S. § 54 Abs. 3 HGB auch dann anzunehmen, wenn konkrete Verdachtsmomente für eine Einschränkung der Vollmacht vorlagen und zu erwarten war, dass diesen nachgegangen oder das Geschäft nicht abgeschlossen wird.

Diese Vermutung zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten erstreckt sich nicht auf gewisse "weit reichende" Geschäfte. Ausgenommen sind nämlich von der Vermutungswirkung

- die Veräußerung und Belastung von Grundstücken,
- die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten sowie
- die Aufnahme von Darlehen und die Prozessführung (§ 54 Abs. 2 HGB).

Der Handlungsbevollmächtigte hat mit einem das Vollmachtverhältnis ausdrückenden Zusatz zu unterschreiben (vgl. § 57 HGB). Üblich sind beispielsweise Bezeichnungen mit dem Zusatz "für", "per", oder "i.V."

3. Scheinvollmacht (§ 56 HGB)

Für Angestellte in Läden oder Warenlagern hat der Gesetzgeber in § 56 HGB festgelegt, dass sie zu Verkäufen und Empfangnahmen als ermächtigt gelten, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen. Angestellt im Sinne dieser Vorschrift ist jeder, der in dem Laden bzw. Warenlager mit Wissen und Willen des Inhabers an der Verkaufstätigkeit mitwirkt, gleich ob seine Hauptaufgaben anderer Art sind, auch das im Laden tätige Familienmitglied. Es handelt sich um eine unwiderlegliche Vermutung für eine Vollmacht des Ladenangestellten.

Zu den Verkäufen i. S. d. § 56 HGB gehören auch die Entgegennahme von Mängelanzeigen, Übereignung, Vermittlung eines Verkaufs, nicht jedoch Rücktritt oder Umtausch sowie Ankäufe. Diese Ladenvollmacht kann durch klaren Hinweis ausgeschlossen werden, z. B. durch ein gut sichtbares Schild "Zahlung nur an der Kasse".

[vgl. Fall 8](#)

§ 6 Die Hilfspersonen des Kaufmanns

Zur Erledigung seiner Aufgaben kann der Kaufmann fremde Personen einschalten, die nicht in seinen Betrieb eingegliedert sein müssen. Diese können dann als selbständige Hilfspersonen Rechtsgeschäfte für den Kaufmann tätigen.

1. Handlungsgehilfen

1.1. Begriff

Handlungsgehilfe ist derjenige, der in einem Handelsgewerbe zum Leisten kaufmännischer Dienste angestellt ist (§ 59 Satz 1 HGB). Danach sind nötig:

- ein **Anstellungsverhältnis**.

Der Handlungsgehilfe ist Arbeitnehmer; das heißt, er steht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber und übt eine von diesem abhängige, weisungsgebundene Tätigkeit aus. Auf das Verhältnis Handlungsgehilfe – Prinzipal finden deshalb – neben den handelsrechtlichen Vorschriften (§§ 59 ff. HGB) – die arbeitsrechtlichen Normen (z. B. BetrVG, KSchG, BUrlG, etwaige Tarifverträge) und Grundsätze Anwendung.

Beispiele:

Prokuristen, Filialleiter, Einkäufer, Verkäufer, Buchhalter, ferner auch die Stenotypistin.

- eine Tätigkeit in einem **Handelsgewerbe**.

Der Prinzipal muss also Kaufmann sein. Er kann auch Kleingewerbetreibender sein (§ 2 HGB), falls er in das Handelsregister eingetragen ist; in diesem Fall gilt sein Unternehmen als Handelsgewerbe.

- die **Leistung kaufmännischer Dienste**.

Handlungsgehilfe ist nur der zu kaufmännischen Diensten Angestellte. Die geistige Arbeit muss überwiegen. Maßgeblich ist aber die Verkehrsanschauung. Danach kommt es für die Annahme kaufmännischer Dienste in der Regel darauf an, dass zu der Leistung ein *gewisses Maß an kaufmännischer Kenntnis*, Erfahrung oder zumindest Übung gehört.

Beispiele:

Handlungsgehilfen sind z. B. Einkäufer, Hotelleiter, Kassierer in Banken oder Geschäften, Kontrolleure, Verlagsleiter, Vertreter im Außendienst mit Kundenwerbung.

Keine Handlungsgehilfen sind Kellner, Köche, Ladenmädchen, Omnibus- und Straßenbahnschaffner, Tankwarte, Verkäuferinnen in Kiosken.

- "gegen **Entgelt**" erfolgende Tätigkeit.

1.2. Pflichten des Handlungsgehilfen

Der Handlungsgehilfe hat vor allem eine **Dienstleistungspflicht**. Er muss dem Prinzipal seine volle Arbeitskraft zur Verfügung stellen. Er darf weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Handelszweig des Arbeitgebers für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen (**gesetzliches Wettbewerbsverbot**, § 60 Abs. 1 HGB). Hierunter fällt jedes Geschäft des Handlungsgehilfen, sofern er und sein Prinzipal als Wettbewerber auftreten. In welcher Form er in Wettbewerb tritt, ist unbeachtlich. Verboten ist jegliche Betätigung, die dem Prinzipal Schaden zufügen kann.

Verletzt der Handlungsgehilfe dieses Wettbewerbsverbot, so kann der Arbeitgeber Schadensersatz fordern. Stattdessen kann er auch verlangen, dass der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Arbeitgebers eingegangen gelten lassen muss. Hat der Handlungsgehilfe Geschäfte für fremde Rechnung gemacht, kann der Arbeitgeber Herausgabe der bezogenen Vergütung oder Abtretung des Vergütungsanspruchs verlangen (§ 61 Abs. 1 HGB).

Der Arbeitgeber kann darin einwilligen, dass der Handlungsgehilfe ein Handelsgewerbe betreibt bzw. in seinem Handelszweig für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte macht. Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Arbeitgeber bei der Anstellung des Gehilfen bekannt ist, dass er das Gewerbe betreibt und er die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart (§ 60 Abs. 2 HGB). Dieses – gesetzliche – Wettbewerbsverbot gilt nur während der Vertragszeit. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht freier Wettbewerb, sofern sich der Prinzipal nicht durch ein vertragliches Wettbewerbsverbot gesichert hat.

1.3. Pflichten des Prinzipals

Der Prinzipal hat vor allem eine **Fürsorgepflicht**. Er ist verpflichtet, die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so zu regeln, dass der Handlungsgehilfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebes es gestattet, geschützt ist (§ 62 Abs. 1 HGB). Darüber hinaus ist der Arbeitgeber zur **Gehaltszahlung** verpflichtet. Die Gehaltszahlung hat am Schluss eines Monats zu erfolgen. Die Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehaltes später erfolgen soll, ist nichtig (§ 64 HGB). Außerdem kann eine Provision vereinbart werden (vgl. § 65 HGB). Ein solcher Provisionsanspruch verjährt gem. § 195 BGB in drei Jahren. Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Erteilung eines schriftlichen Zeugnisses (§ 109 GewO).

2. Handelsvertreter

2.1. Begriff

Der Handelsvertreter gehört wie der Handelsmakler und der Kommissionär zu den Vermittlern im Handelsverkehr im weitesten Sinne. Damit rechnet er zu den selbständigen Hilfspersonen des Kaufmanns.

Unter einem Handelsvertreter versteht man eine Person, die als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen, nämlich den Unternehmer, Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen (§ 84 HGB).

a)

Der Handelsvertreter ist für einen anderen, den Unternehmer, tätig. Er besorgt also **fremde Geschäfte**. Dabei braucht sich seine Tätigkeit nicht notwendig auf die "Vertretung" eines Unternehmers zu beschränken. Der Handelsvertreter kann auch für mehrere Unternehmer tätig sein.

b)

Inhalt der Tätigkeit des Handelsvertreters ist immer die **Vermittlung von Geschäften** für den Unternehmer, vielfach darüber hinaus **auch der Abschluss** von Verträgen in seinem Namen. Dabei bedeutet Vermittlung mehr als bloßer Nachweis der Gelegenheit zu einem Vertragsabschluss; erforderlich ist vielmehr, dass der Handelsvertreter **ursächlich** für den Vertragsabschluss tätig wird.

c)

Der Handelsvertreter muss **ständig damit betraut** sein, Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Unternehmers abzuwickeln. Das bedeutet: Erforderlich ist, dass er nicht nur in einem Einzelfall tätig wird, sondern in einer Reihe von Geschäften vermitteln soll. Er wird gegen Entgelt tätig und ist auch zur Tätigkeit verpflichtet.

d)

Hinzukommen muss noch, dass der Handelsvertreter **als selbständiger Gewerbetreibender** seine Tätigkeit ausübt. Die Selbständigkeit seiner Tätigkeit unterscheidet ihn von Angestellten. Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Dies ist ausdrücklich in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB festgelegt. Es kommt demnach nicht zwingend darauf an, dass in einem Vertrag mit dem Unternehmer die Bezeichnung "Handelsvertreter" gewählt wird. Entscheidend ist vielmehr allein die tatsächliche Ausgestaltung des Geschäftsverhältnisses. Eigene Geschäftsräume, Zahlung von Provisionen und Tragung von Geschäftskosten deuten auf eine selbständige Tätigkeit hin.

Hinweis: Als Selbständiger gehört der Handelsvertreter nicht zu den Arbeitnehmern. Für ihn gilt grundsätzlich nicht das Arbeitsrecht einschließlich des Kündigungsschutzrechtes.

e)

Wer, **ohne selbständig** i. S. d. § 84 Abs. 1 HGB zu sein, ständig damit betraut ist, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, gilt gem. § 84 Abs. 2 HGB als Angestellter. Er ist damit **Handlungsgehilfe** i. S. d. § 59 HGB, wenn der Unternehmer Kaufmann ist, sonst Angestellter i. S. d. §§ 611 ff. BGB. Die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften finden allerdings in beiden Fällen Anwendung. So ist z.B. ein Vertreter, der zwar seine Arbeitszeit im Wesentlichen selbst frei gestalten kann, aber hinsichtlich seiner Tätigkeit an Vorgaben und Dispositionen sowie Weisungen gebunden ist, nicht selbständig, sondern Arbeitnehmer.

f)

Der Handelsvertreter tritt nach außen als **Unternehmer** auf. Er betreibt ein eigenes Handelsgewerbe mit eigenem Risiko.

Beispiele:

Warenvertreter(Einkaufs- und Verkaufsvertreter); Bausparkassenvertreter; Versicherungsvertreter; Inhaber einer Lottoannahmestelle, auch wenn das Lottounternehmen eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist, Tankstellenhalter.

Der Handelsvertretervertrag ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§§ 611 ff., 675 BGB). Das bedeutet, dass auf ihn auch die Vorschriften des BGB (z. B. §§ 613, 615, 618, 620, 625 BGB) anwendbar sind, sofern die Vorschriften der §§ 84 ff. HGB keine spezielleren Regelungen enthalten.

Gem. § 84 Abs. 4 HGB gelten die §§ 84 ff. HGB unabhängig davon, ob das Unternehmen des Handelsvertreters nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Das heißt auch dann, wenn der Handelsvertreter ein Kleingewerbe betreibt und nicht in das Handelsregister eingetragen ist, sind die Vorschriften der §§ 84 ff. HGB über den Handelsvertreter anzuwenden.

2.2. Pflichten des Handelsvertreters

Die Hauptpflicht des Handelsvertreters besteht darin, sich um die **Vermittlung** oder den **Abschluss** von Geschäften zu bemühen (§ 86 Abs. 1 HGB). Er muss aktiv tätig werden. Dabei bestimmt sich der Umfang seiner Tätigkeitspflicht nach dem Inhalt des abgeschlossenen Handelsvertretervertrags.

Im Rahmen seiner Tätigkeit hat er die Interessen des Unternehmers wahrzunehmen (§ 86 Abs. 1 Halbs. 2 HGB). Hieraus folgt eine **allgemeine Treuepflicht**. Dem entsprechend hat er alles zu unterlassen, was den Geschäftsherrn schädigen könnte. Hierzu gehört auch, dass er auch ohne ausdrückliches Verbot während der Vertragszeit nicht für eine Konkurrenzfirma seines Unternehmers tätig werden darf (**Wettbewerbsverbot**). Hierzu gehören ferner auch Absprachen während der Vertragszeit mit Dritten, die darauf abzielen, dem Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses Kunden zu entziehen. Ein solches Verhalten begründet einen Ersatzanspruch des Unternehmers. Seine Treuepflicht verbietet ihm ferner, **Geschäftsgeheimnisse** preiszugeben, und zwar auch für die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses. Außerdem folgt aus der Treuepflicht eine Pflicht, die Bonität des Dritten, seine Kredit- und Vertrauenswürdigkeit zu erkunden. Etwaige Zweifel hat er dem Unternehmer mitzuteilen. Diese Pflicht folgt aus § 86 Abs. 2 HGB: Danach hat der Handelsvertreter dem Unternehmer die **erforderlichen Nachrichten** zu geben, namentlich ihm von jeder Geschäftsvermittlung und von jedem Geschäftsabschluss **unverzüglich Mitteilung** zu machen.

Allerdings hat der Vertreter für die Zahlungsfähigkeit des Dritten nicht einzustehen (**Delkrederehaftung**). Eine Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Dritten kann sich allenfalls daraus ergeben, dass sich der Handelsvertreter hierzu ausdrücklich vertraglich verpflichtet hat. In diesen Fällen erwächst ihm allerdings ein zusätzlicher Provisionsanspruch (vgl. § 86b HGB: **Delkredereprovision**).

2.3. Rechte des Handelsvertreters

Der Handelsvertreter erhält als Vergütung für seine Tätigkeit in der Regel ausschließlich eine Provision (§ 87 Abs. 1 HGB): Meist wird sie in einem Prozentsatz vom Wert des einzelnen Geschäfts ausgedrückt (§ 87b HGB). Die Voraussetzungen für den Provisionsanspruch ergeben sich aus den §§ 87 ff. HGB. Hierzu rechnen im Einzelnen:

- a) Das Geschäft muss zu denjenigen gehören, auf deren Abschluss der Handelsvertreter nach seinem Dienstvertrag mit dem Unternehmer hinwirken soll. Das Geschäft muss bindend abgeschlossen sein. Weigert sich der Unternehmer, das Geschäft abzuschließen, aus welchem Grunde auch immer, so entsteht kein Provisionsanspruch.
- b) Das Geschäft muss auf die **Tätigkeit** des Handelsvertreters zurückzuführen sein. Das bedeutet: Der Vertreter muss den Abschluss mindestens dadurch gefördert haben, dass er bei dem Dritten ein Motiv gesetzt oder doch mindestens eine Hemmschwelle beseitigt hat. Zum (evtl. auch anteiligen) Provisionsanspruch für Geschäfte, die erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen sind vgl. § 87 Abs. 3 HGB.
- c) Der Provisionsanspruch entsteht, sobald und soweit der Dritte das Geschäft ausgeführt hat, grundsätzlich auch, sobald und soweit der Unternehmer das Geschäft ausgeführt hat. Indessen **entfällt** der Provisionsanspruch, wenn feststeht, dass der Dritte nicht leisten wird (§ 87a Abs. 2 HGB). Empfangene Beträge sind zurückzugewähren.
- d) Der Handelsvertreter hat auch dann einen Anspruch auf Provision, wenn feststeht, dass der Unternehmer das Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen ist. Der Anspruch entfällt im Falle der Nichtausführung, wenn und soweit diese auf Umständen beruhen, die vom Unternehmer nicht zu vertreten sind (§ 87a Abs. 3 HGB).

- e) Die Höhe der Provision wird in der Regel vereinbart: Ist keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen worden, gilt **der übliche Satz** als vereinbart (§ 87b Abs. 1 HGB).
- f) Besonderes gilt für den **Bezirksvertreter** und für den Vertreter mit zugewiesenem Kundenkreis hinsichtlich des Provisionsanspruchs (vgl. § 87 Abs. 2 HGB). Diese Vertreter erhalten Provision auch für die Geschäfte, die ohne ihre Mitwirkung mit Personen ihres Bezirks oder Kundenkreises während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen sind. Die Bezirksprovision ist praktisch eine besondere Vergütung für die Gesamtheit der vom Bezirksvertreter geschuldeten Bemühungen auf Wahrnehmung der Interessen des Unternehmers im Bezirk.

2.4. Beendigung des Vertragsverhältnisses

Für Vertragsverhältnisse auf unbestimmte Zeit gelten während der Vertragsdauer folgende Kündigungsfristen (§ 89 Abs. 1 HGB):

- im 1. Jahr: 1 Monat
- im 2. Jahr: 2 Monate
- im 3.–5. Jahr: 3 Monate
- nach 5 Jahren: 6 Monate

Das Vertragsverhältnis kann wie jedes Dauerschuldverhältnis **aus wichtigem Grund fristlos** gekündigt werden (§ 89a Abs. 1 Satz 1 HGB). Das Recht zur fristlosen Kündigung kann nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 89a Abs. 1 Satz 2 HGB). Ein wichtiger Grund ist anzunehmen, wenn das Verhalten des Anderen dem Kündigenden das Festhalten an dem Vertrag **unzumutbar** macht. Hierzu bedarf es der Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles. Ein wichtiger Grund liegt z. B. vor beim Verstoß gegen ein vereinbartes Wettbewerbsverbot oder bei Missachtung wiederholter nachdrücklicher Weisungen. Die fristlose Kündigung beendet das Handelsvertreterverhältnis kraft Gesetzes mit sofortiger Wirkung. Allerdings kann der Kündigende mit dem Ausspruch der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund eine sog. Auslauffrist einräumen und damit die Folgen der Vertragsbeendigung auf einen späteren Zeitpunkt hinausschieben.

Die fristlose Kündigung ist **formfrei**. Sie muss zwar zunächst nicht begründet werden, allerdings muss erkennbar sein, dass aus wichtigem Grund fristlos gekündigt wird.

Der Handelsvertreter hat gem. § 87 Abs. 3 HGB unter bestimmten Voraussetzungen auch dann Anspruch auf Provision, wenn das Geschäft erst nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses abgeschlossen ist, nämlich dann, wenn

- er das Geschäft vermittelt hat oder es eingeleitet und so vorbereitet hat, dass der Abschluss **überwiegend** auf seine Tätigkeit **zurückzuführen** ist, und das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden ist oder
- vor Beendigung des Vertragsverhältnisses das Angebot des Dritten zum Abschluss eines Geschäfts, für das der Handelsvertreter grundsätzlich nach § 87 Abs. 1 HGB einen Provisionsanspruch hat, dem Handelsvertreter oder dem Unternehmer zugegangen ist.
- Die Regelung des § 87 Abs. 3 HGB ist für den Handelsvertreter dispositiv; d. h. sie kann vertraglich abbedungen werden, weil dem Handelsvertreter noch der Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB zusteht.

Nach Beendigung des Handelsvertretervertrages besteht zwar kein gesetzliches Wettbewerbsverbot. Ein solches Verbot kann jedoch zwischen den Parteien **vertraglich vereinbart** werden und ist in der Praxis weit verbreitet. Die Wettbewerbsabrede ist in § 90a Abs. 1 HGB gesetzlich definiert: Hierunter ist eine Vereinbarung zu verstehen, die den Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt. Diese Abrede bedarf der **Schriftform** und der Aushändigung einer vom Unternehmer unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Handelsvertreter (§ 90a Abs. 1 Satz 2 HGB). Sie kann nur für längstens zwei Jahre nach Beendigung des Vertragsverhältnisses an getroffen werden. Sie darf sich darüber hinaus nur auf den dem Handelsvertreter zugewiesenen Bezirk oder Kundenkreis und nur auf die Gegenstände erstrecken, die Gegenstand des Handelsvertretervertrages waren. Der Unternehmer ist kraft Gesetzes verpflichtet, dem Handelsvertreter für die Dauer der Wettbewerbsbeschränkung eine angemessene **Entschädigung** zu zahlen (§ 90a Abs. 1 Satz 3 HGB). Allerdings kann der Unternehmer bis zum Ende des Vertragsverhältnisses schriftlich auf die Wettbewerbsbeschränkung verzichten. In diesem Fall wird er mit Ablauf von sechs Monaten seit der Erklärung von seiner Zahlungsverpflichtung frei (§ 90a Abs. 2 HGB). Gemäß § 90a Abs. 3 HGB kann sich jeder Vertragsteil, der den Vertrag aus wichtigem Grund wegen schuldhaftem Verhalten des anderen Teils kündigt, durch schriftliche Erklärung binnen einem Monat nach der Kündigung von der Wettbewerbsabrede lossagen. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung kann sich also auch der Unternehmer von der Wettbewerbsabrede befreien und damit insbesondere von der Pflicht zur Zahlung einer Entschädigung, dem Handelsvertreter wird dadurch aber die Aufnahme einer Konkurrenztaetigkeit ermöglicht.

2.5. Ausgleichsanspruch

Da der Handelsvertreter dem Unternehmer durch seine Tätigkeit Vorteile verschafft, die sich erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses auszahlen können, billigt ihm § 89b HGB unter den dort genannten Voraussetzungen einen Ausgleichsanspruch zu. Dieser Ausgleichsanspruch besteht nur, wenn und soweit

- a) der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses **erhebliche Vorteile** hat; unterliegt der Kundenkreis allerdings einer besonderen Fluktuation wie z. B. beim Tankstellenbetrieb, so ist grundsätzlich bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs nur der Teil der Provision des Vertreters zu berücksichtigen, den er für Umsätze mit so genannten Stammkunden erhalten hat;
- b) der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses **Ansprüche** auf Provision **verliert**, die er bei Fortsetzung desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustandekommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte und
- c) die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der **Billigkeit** entspricht.

Gemäß § 89b Abs. 1 Satz 2 HGB steht der Werbung eines neuen Kunden gleich, wenn der Handelsvertreter die Geschäftsverbindung mit einem Kunden **so wesentlich erweitert** hat, dass dies wirtschaftlich der Werbung eines neuen Kunden entspricht. Ein "Erweitern" der Geschäftsbeziehung liegt z. B. vor, wenn der Vertreter während der Vertragslaufzeit den Umsatz mit dem betreffenden Altkunden gesteigert hat.

Der Anspruch kann gem. § 89b Abs. 4 HGB im Voraus nicht ausgeschlossen werden; er ist **innerhalb eines Jahres** nach Vertragsbeendigung mindestens außergerichtlich geltend zu machen. Eine bestimmte Form ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Die Frist wird also auch durch eine mündliche Geltendmachung gewahrt; gerichtliche Maßnahmen sind nicht notwendig. Zur Beweiserleichterung empfiehlt sich jedoch eine schriftliche Geltendmachung.

Der Ausgleichsanspruch besteht nicht, wenn der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis gekündigt hat, es sei denn, dass ein Verhalten des Unternehmers hierzu begründeten Anlass gegeben hat oder dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit nicht zugemutet werden kann.

Der Ausgleich soll **angemessen** sein (§ 89b Abs. 1 HGB). Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch sind nur die Vorschriften des § 89b Abs. 1 Nr. 1–2 HGB. Danach kann der Ausgleichsanspruch niemals höher sein als die Vorteile des Unternehmers oder die Nachteile des Handelsvertreters und auch nicht höher, als eine Zahlung der Billigkeit entspricht.

3. Handelsmakler

3.1. Begriff

Der Handelsmakler vermittelt Geschäfte zwischen Dritten. Dabei schließt er das vermittelte Geschäft nicht ab, weder als Eigenhändler noch im eigenen Namen für fremde Rechnung, wie z. B. der Kommissionär, noch im fremden Namen (wie der Abschlussvertreter). Vielmehr überlässt er den Abschluss den von ihm zusammengeführten Parteien. Seine Tätigkeit beschränkt sich auf den "Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss" und die "Vermittlung eines Vertrages" (vgl. § 652 BGB).

Der Handelsmakler ist nach § 93 HGB ein Makler besonderer Art. Er übernimmt **gewerbsmäßig** für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über die Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs.

Beispiel:

Makler H vermittelt Grundstücksgeschäfte. H ist nicht Handelsmakler, da Grundstücke nicht zu den Gegenständen des Handelsverkehrs rechnen.

Der Handelsmakler i. S. d. §§ 93 ff. HGB braucht kein Kaufmann zu sein. § 93 Abs. 1 HGB setzt lediglich voraus, dass er gewerbsmäßig tätig ist. Gewerbsmäßig ist jede selbständige, dauernde und planmäßige, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit. Voraussetzung hierfür ist nicht, dass der Handelsmakler ein Handelsgewerbe betreibt, sein Unternehmen also nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (vgl. § 1 Abs. 2 HGB) oder – falls es sich um ein Kleingewerbe handelt – er ins Handelsregister eingetragen ist (vgl. § 2 HGB).

Der Handelsmakler beschränkt sich in keinem Fall auf den bloßen Nachweis zum Abschluss eines Vertrages, sondern vermittelt diesen Vertrag, und zwar gewerbsmäßig. Auffallend ist, dass der Handelsmakler in der Regel zwei Parteien betreut, während der Makler i. S. d. bürgerlichen Rechts lediglich für eine Partei tätig wird. Demzufolge kann sich der Handelsmakler auch von beiden Parteien Provisionen versprechen lassen, wenn sich nicht aus dem Maklervertrag etwas anderes

ergibt oder eine Interessenkollision vorliegt, die eine Provisionsvereinbarung von beiden Seiten nach Treu und Glauben verbietet.

3.2. Maklervertrag

Im Maklervertrag verpflichtet sich der Auftraggeber, dem Makler für den Fall, dass durch seine Vermittlung der gewünschte Vertrag zustande kommt, einen Maklerlohn (Provision, Courtage) zu zahlen (§ 652 BGB). Hieraus folgt: Der Makler ist zu einer Tätigkeit nicht verpflichtet. Anreiz zu einer Tätigkeit besteht lediglich dadurch, dass er für den Fall der Vermittlung Anspruch auf Provision besitzt. Auch wenn der Makler nicht tätig wird, wird er durch den Vertrag zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, nämlich zur Schonung der Interessen des Auftraggebers, insbesondere zur Verschwiegenheit. Der Maklervertrag kann ausdrücklich oder durch stillschweigende Vereinbarung abgeschlossen werden. Für einen stillschweigenden Vertragsschluss ist ein Verhalten des Empfängers des Maklerangebots erforderlich, das als Inanspruchnahme von Maklerdiensten in Kenntnis von deren Entgeltlichkeit zu verstehen ist.

Ein Maklervertrag kommt nur bei einem hinreichend deutlichen Hinweis auf das Provisionsbegehren zustande. Unklarheiten gehen dabei zu Lasten des Maklers. Denn es ist seine Aufgabe, sein Provisionsbegehren so zu formulieren, dass daraus die Person des Zahlungspflichtigen, der Zahlungsempfänger und der Rechtscharakter der Zahlung zweifelsfrei ersichtlich werden.

3.3. Pflichten des Maklers

Wird der Handelsmakler tätig, so hat er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beachten (§ 347 HGB). Er haftet für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden, und zwar jeder der beiden Parteien (§ 98 HGB). Er darf nicht einseitig die Interessen einer Partei wahrnehmen, sondern ist zur Neutralität verpflichtet. Der Handelsmakler hat grundsätzlich nach jedem Geschäftsabschluss eine Schlussnote zu erstellen (§ 94 HGB). In dieser Schlussnote sind die Parteien, der Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge sowie der Preis und die Zeit der Lieferung aufzunehmen (§ 94 HGB). Darüber hinaus ist der Handelsmakler gem. § 100 Abs. 1 HGB verpflichtet, ein sog. Tagebuch zu führen. In dieses Tagebuch sind alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen und zwar der Zeitfolge nach. Die Eintragung muss jeweils die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge sowie Preis und Zeit der Lieferung enthalten. Die Eintragungen sind vom Handelsmakler täglich zu unterzeichnen. Ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen die Pflicht zur Führung eines Tagebuchs wird gem. § 103 HGB als Ordnungswidrigkeit geahndet.

Handelsmakler, die Warengeschäfte im Kleinverkehr vermitteln, brauchen keine Schlussnoten zu erstellen und Tagebücher zu führen (§ 104 Satz 1 HGB). Makler, die die Vermittlung von Versicherungs- oder Bausparverträgen übernehmen, brauchen keine Tagebücher zu führen (§ 104 Satz 2 HGB). Zur Fertigung von Schlussnoten sind sie allerdings verpflichtet.

3.4. Rechte des Maklers

Der Handelsmakler hat für seine Vermittlung auch ohne besondere Abrede einen Provisionsanspruch (§ 354 HGB), und zwar in der Regel von jeder Partei zur Hälfte (§ 99 HGB). Die Provision wird üblicherweise nach Prozenten vom Wert des Geschäfts berechnet. Der

Provisionsanspruch entsteht, wenn der Vertrag infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt. Das bedeutet:

- Es muss eine wirtschaftliche Identität zwischen dem von den Auftraggebern gewünschten und dem tatsächlich abgeschlossenen Vertrag bestehen.[39]
- Der vermittelte oder nachgewiesene Vertrag muss wirksam abgeschlossen sein. Daran fehlt es, wenn der Vertrag z. B. wegen Formmangels nichtig ist, wirksam angefochten oder eine erforderliche Genehmigung nicht erteilt ist.[40]
- Das Geschäft muss außerdem infolge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen sein. Das bedeutet: Die Vermittlungstätigkeit des Maklers muss ursächlich oder doch mitursächlich für das Zustandekommen des Geschäfts gewesen sein. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Auftraggeber den Auftrag widerrufen und danach das vom Makler vorbereitete Geschäft selbst abgeschlossen hat.

3.5. Selbsteintritt des Maklers

Erteilt der Makler dem Auftraggeber eine anonyme Schlussnote (eine Schlussnote, in der sich der Makler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, vgl. § 95 Abs. 1 HGB), so ist der Auftraggeber an das Geschäft mit dem ihm nachträglich bezeichneten Dritten gebunden, vorausgesetzt, dass die Bezeichnung rechtzeitig geschieht (vgl. § 95 Abs. 2 HGB) und dass gegen den Dritten begründete Einwendungen nicht zu erheben sind (z. B. der Einwand der Zahlungsunfähigkeit). Dieser Bindung des Auftraggebers steht eine Bindung des Maklers gegenüber: Gelingt es ihm nicht, rechtzeitig eine einwandfreie Partei zu beschaffen, so haftet er dem Auftraggeber auf dessen Verlangen selbst auf Erfüllung des Geschäfts. Insoweit ist er zum Selbsteintritt verpflichtet.

3.6. Beendigung des Maklervertrages

Die Stellung des Maklers ist auf Grund des Maklervertrages relativ schwach ausgebildet: Auch wenn der Makler das Geschäft soweit vorbereitet hat, dass der vom Auftraggeber gewünschte Vertrag ohne weiteres abgeschlossen werden kann, so kann sich dieser noch bis zum Letzten Augenblick – willkürlich – gegen den Abschluss entscheiden und so den Eintritt einer wesentlichen Voraussetzung des Provisionsanspruchs verhindern. Der Auftraggeber ist zur Provisionszahlung nur verpflichtet, wenn der Vertrag zustande kommt (§ 652 BGB). Schließt der Auftraggeber das vom Makler vermittelte Geschäft nicht ab, kann in diesem Verhalten u. U. gleichzeitig der Widerruf des Maklervertrages liegen, wenn er zu erkennen gibt, dass er an einer weiteren Vermittlungstätigkeit des Maklers nicht interessiert ist. Eines besonderen Grundes für den Widerruf eines Maklervertrages bedarf es nicht: Der Widerruf des Maklervertrages ist jederzeit ohne Angabe von Gründen zulässig, es sei denn, die Beteiligten (Makler und Auftraggeber) haben eine abweichende Vereinbarung getroffen. Eine solche abweichende Vereinbarung kann z. B. in der Erteilung eines Alleinauftrags liegen: Hier ist der Auftraggeber verpflichtet, das Objekt während der Vertragsdauer nicht einem anderen Makler an die Hand zu geben und den Auftrag nicht zu widerrufen.

4. Kommissionsgeschäft

4.1. Begriff des Kommissionärs

Kommissionär ist derjenige, der es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen (§ 383

HGB). Die Vorschriften der §§ 383 ff. HGB über das Kommissionsgeschäft sind auch dann anzuwenden, wenn das Unternehmen des Kommissionärs nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und die Firma des Unternehmens auch nicht nach § 2 HGB in das Handelsregister eingetragen ist (§ 383 Abs. 2 HGB). In diesem Fall ist der Kommissionär zwar kein Kaufmann i. S. d. §§ 1, 2 HGB. Wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung unterliegt er aber gleichwohl den handelsrechtlichen Vorschriften über das Kommissionsgeschäft.

4.2. Wirtschaftliche Bedeutung

Kommissionsgeschäfte werden getätigt, wenn der Kommittent selbst entweder nicht in der Lage oder nicht willens ist, eine bestimmte Ware einzukaufen oder zu verkaufen. Dies kann der Fall sein, wenn der Kommittent mangels ausreichender Kenntnisse den (ausländischen) Markt nicht genau kennt oder weil er nicht persönlich in Erscheinung treten will, um seine Geschäfte vor der Konkurrenz geheim zu halten. Aus der Sicht des Kommissionärs ist ein Verkaufskommissionsgeschäft interessant, weil das wirtschaftliche Risiko beim Kommittenten verbleibt. Kommissionsgeschäfte spielen im Wirtschaftsleben eine große Rolle, trotzdem sind sie, wegen der fehlenden Notwendigkeit des Auftretens des Kommissionärs nach außen, der Öffentlichkeit weitgehend unbekannt.

4.3. Kommissionsgeschäfte

Im Einzelnen ist für die Annahme eines Kommissionsgeschäftes folgendes erforderlich:

- der gewerbsmäßige Ankauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren;
- das Handeln des Kommissionärs **für fremde Rechnung**. Das bedeutet: Die wirtschaftlichen Folgen des vom Kommissionär abgeschlossenen Geschäfts sollen letztendlich nicht ihn, sondern seinen Auftraggeber, den Kommittenten, treffen.

Dabei sind im Einzelnen folgende Geschäfte zu unterscheiden:

- der Kommissionsauftrag: Hierunter ist die Beauftragung des Kommissionärs durch den Kommittenten zu verstehen;
- das Ausführungsgeschäft: Dies ist der zwischen dem Kommissionär und dem Dritten geschlossene Kaufvertrag und das Erfüllungsgeschäft;
- das Abwicklungsgeschäft: Hierunter ist die Weiterleitung des Verkaufserlöses bzw. der eingekauften Sache (bei der so genannten Einkaufskommission) von dem Kommissionär an den Kommittenten zu verstehen;
- der Kommissionär schließt den Vertrag mit dem Dritten **im eigenen Namen** ab. Das bedeutet:
 - bei der Verkaufskommission bleibt der Kommittent Eigentümer. Der Eigentumsübergang vollzieht sich unmittelbar vom Kommittenten auf den Dritten;
 - bei der Einkaufskommission wird zunächst der Kommissionär Eigentümer. Dieser überträgt das Eigentum dann weiter an den Kommittenten.

Beispiel 1:

A will ein wertvolles Gemälde verkaufen. Er beauftragt mit dem Verkauf den Kommissionär K. K findet einen Käufer, nämlich die Galerie G.

Hier kommt zunächst ein Kommissionsauftrag zwischen A und K zustande. K schließt unmittelbar in eigenem Namen mit der Galerie einen Kaufvertrag ab und veräußert das Bild an die Galerie. Dabei erwirbt die Galerie unmittelbar Eigentum von dem bisherigen Eigentümer A.

Beispiel 2:

A will ein wertvolles Gemälde erwerben und beauftragt damit den Kommissionär K. Dieser erwirbt das Gemälde von der Galerie G.

In diesem Fall kommt der Kaufvertrag ebenfalls wieder zwischen dem Kommissionär und der Galerie zustande. Da K im eigenen Namen handelt, wird er zunächst Eigentümer des Bildes und muss das Eigentum weiter auf den A übertragen.

4.4. Pflichten des Kommissionärs

Der Kommissionär ist verpflichtet, das übernommene Geschäft auszuführen und dabei die **Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns** anzuwenden (§ 384 Abs. 1 HGB). Bei der Ausführung des Geschäfts hat der Kommissionär das **Interesse des Kommittenten** wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen (§ 384 Abs. 1 Halbs. 2 HGB). Dabei hat er im Rahmen der Möglichkeiten die für den Kommittenten günstigsten Vertragsbedingungen zu vereinbaren.

Für Leistungsstörungen, die durch den Dritten verursacht werden, haftet der Kommissionär grundsätzlich nur bei eigenem Verschulden. Ausnahmsweise haftet er auch ohne Verschulden,

- wenn er dem Kommittenten den Dritten, mit dem er den Vertrag abgeschlossen hat, nicht benennt (§ 384 Abs. 3 HGB);
- wenn er dem Dritten ohne Zustimmung des Kommittenten einen Kredit gewährt hat (§ 393 HGB);
- im Falle einer so genannten Delkrederehaftung (§ 394 HGB). Eine Delkrederehaftung liegt vor, wenn sich der Kommissionär dem Kommittenten gegenüber verpflichtet hat oder kraft Handelsbrauchs verpflichtet ist, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Hier bleibt der Dritte Schuldner des Kommissionärs, bis er erfüllt oder der Kommissionär seine Forderung gegen ihn an den Kommittenten abtritt. Unterliegt der Kommissionär der Delkrederehaftung und ist ein Ausführungsgeschäft zustande gekommen, hat er Anspruch auf eine besondere Vergütung, die so genannte Delkredereprovision.

So muss er den Weisungen des Kommittenten Folge leisten (§ 384 I Hs. 2 HGB), um sich nicht der Schadensersatzpflicht aus § 385 HGB auszusetzen. Insbesondere muss er die vom Kommittenten vorgegebenen Preisgrenzen beachten (§ 386 HGB).

vgl. Fall 13

Die Interessen des Kommittenten sind zu wahren, indem beim Abschluss des Ausführungsgeschäfts die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns angewandt wird und für den Kommittenten möglichst vorteilhafte Bedingungen erzielt werden.

Aus dieser Interessenwahrungspflicht wird teilweise auch ein Wettbewerbsverbot dergestalt herausgelesen, dass der Kommissionär vor Abschluss des Ausführungsgeschäfts nicht berechtigt ist, gleichlaufende Eigengeschäfte zu tätigen, welche die Chancen des Kommittenten schmälern.

Besonders hervorzuheben ist die Pflicht des Kommissionärs zur **Herausgabe des Erlangten** (§ 384 II Hs. 2 HGB).

Bei einer Einkaufskommission muss der Kommissionär entweder den Anspruch gegen den Dritten auf Übereignung der Kaufsache an den Kommittenten **abtreten** (der Kommissionär wird Inhaber des Anspruchs gegen den Dritten!), oder aber, sofern er den Gegenstand vom Dritten bereits erhalten hat, diesen **herausgeben** bzw. übereignen (s. oben).

Für den Fall der Verkaufskommission bedeutet die Herausgabepflicht, dass der Kommissionär die Kaufpreisforderung gegen den Dritten an den Kommittenten **abtreten** muss. Sollte der Kommissionär die Forderung bereits eingezogen haben, so muss er entweder das Bargeld oder aber die Kontogutschrift **herausgeben**. In der Praxis wird häufig eine **Vorausabtretung** (antizipierte Abtretung) der Ansprüche gegen den Dritten vereinbart, so dass der Kommittent schon mit Abschluss des Ausführungsgeschäfts Inhaber der Forderung wird.

vgl. Fall 11+ 12

Wird dies jedoch nicht vereinbart, so bleibt der Kommissionär Inhaber der Forderung, wie auch § 392 I HGB ausdrücklich regelt.

Der Kommissionär hat dem Kommittenten gem. § 384 Abs. 2 Halbs. 1 HGB **die erforderlichen Nachrichten** zu geben, insbesondere die Ausführung der Kommission unverzüglich anzuzeigen. Zu den "erforderlichen Nachrichten" gehören alle für den Kommittenten wichtigen Informationen über das Geschäft, so z. B. Zustand der Ware, etwaige Ansprüche Dritter, Zahlungsprobleme des Schuldners, mögliche Ausführungsschwierigkeiten bei der Abwicklung des Geschäfts.

Außerdem hat der Kommissionär dem Kommittenten gegenüber **Rechenschaft** abzulegen. Inhalt und Umfang der Rechenschaftspflicht ergeben sich aus § 259 Abs. 1 BGB: Danach hat der Kommissionär dem Kommittenten eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, auch die Belege vorzulegen. Eine nicht ordnungsgemäße Rechenschaft kann unter den Voraussetzungen des § 259 Abs. 2 BGB zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung führen.

4.5. Rechte des Kommissionärs

a) Provisionsanspruch

Sobald das Geschäft zur Ausführung gelangt ist, hat der Kommissionär einen **Provisionsanspruch** (§ 396 Abs. 1 HGB). Ist das Geschäft nicht zur Ausführung gekommen, so hat er gleichwohl den Anspruch auf die Auslieferungsprovision, sofern eine solche ortsgebräuchlich ist; die Provision kann er auch dann verlangen, wenn die Ausführung des von ihm abgeschlossenen Geschäfts nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist (§ 396 Abs. 1 Satz 2 HGB).

b) Aufwändungsersatz

Der Kommissionär kann weiterhin gem. § 670 BGB **Aufwändungsersatz** verlangen. Dieser Anspruch folgt aus dem Wesen des Kommissionsverhältnisses als eines Geschäftsbesorgungsvertrages. Denn der Kommissionär wird für Rechnung des Kommittenten tätig (vgl. § 383 HGB). Zu den Aufwendungen, die der Kommissionär verlangen kann, gehört auch die Vergütung für die Benutzung der eigenen Lagerräume und der eigenen Beförderungsmittel (§ 396 Abs. 2 HGB).

Nicht zu den zu erstattenden Aufwendungen gehört die Arbeitsleistung des Kommissionärs und seiner Gehilfen einschließlich seiner allgemeinen Geschäftskosten. Diese Leistungen werden durch die Provision abgedeckt. Die Aufwendungen für die Inanspruchnahme fremder Arbeit sind allerdings zu erstatten. Gleiches gilt für Schäden des Kommissionärs.

c) Sicherungsrechte

Zu seiner Sicherung hat der Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht (§ 397 HGB) an dem Kommissionsgut, das er in Besitz hat. Ist der Kommissionär Eigentümer des Gutes – so meistens vorübergehend der Einkaufskommissionär – so bedarf er des Pfandrechts nicht: § 398 HGB gibt ihm stattdessen ein Befriedigungsrecht, dessen Ausübung nach den Regeln des Pfandrechts zu geschehen hat (§§ 1257, 1228 BGB).

4.6. Selbsteintritt des Kommissionärs

Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Kommissionär in das Geschäft selbst eintreten, indem er das Kommissionsgut (bei der Einkaufskommission) selbst als Verkäufer liefert oder (bei der Verkaufskommission) selbst als Käufer übernimmt (§ 400 HGB). An der Stelle des typischen Ausführungsgeschäftes mit einem Dritten steht hier der Kaufvertrag mit dem Kommittenten.

Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs besteht nur in den Fällen, in denen der Kommittent nichts anderes bestimmt hat. Hinzukommen muss, dass es sich bei dem Kommissionsgut um Waren handelt, die einen Börsen- oder Marktpreis haben oder um Wertpapiere, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird.

Das Selbsteintrittsrecht wird in der Weise ausgeübt, dass der Kommissionär zugleich mit der Ausführungsanzeige ausdrücklich erklärt, dass er in das Geschäft selbst eintreten wolle (§ 405 HGB). Tritt der Kommissionär in das Geschäft selbst ein, kommt zwischen ihm und dem Kommittenten mit der Erklärung des Selbsteintritts ein Kaufvertrag zustande, und zwar neben dem Kommissionsvertrag.

Bei der Festsetzung der Bedingungen des Kaufvertrages hat der Kommissionär auch in diesem Fall das Interesse des Kommittenten weitgehend zu wahren. Um eine Benachteiligung des Kommittenten zu verhindern, hat das Gesetz zwingende Vorschriften hinsichtlich der Vertragsbedingungen aufgestellt: So kann der Kommittent verlangen, dass ihm von folgenden drei Werten der für ihn günstigste in Rechnung gestellt wird:

- der zurzeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis (§ 400 Abs. 2 HGB),
- der bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt für den Kommittenten erreichbare Preis (§ 401 Abs. 1 HGB),
- der bei einem etwa abgeschlossenen internen Deckungsgeschäft mit dem Dritten vereinbarte Preis (§ 401 Abs. 2 HGB).

4.7. Schutzwirkung des § 392 II HGB

Der Kommissionär wird mit Abschluss des Ausführungsgeschäfts Inhaber der Forderungen gegen den Dritten. Es besteht dann für den Kommittenten ein Bedürfnis nach einem Schutz dieser vom Kommissionär für fremde Rechnung gehaltenen Forderung für den Fall, dass Gläubiger des Kommissionärs auf diese Forderung – sei es im Wege der Einzelzwangsvollstreckung durch Pfändung oder im Insolvenzfall – zugreifen. Diesen Schutz gewährt § 392 II HGB, der nämlich im Verhältnis des Kommissionärs zu dessen Gläubigern eine gesetzliche Fiktion („gelten“) der Forderungsinhaberschaft des Kommittenten anordnet. Es handelt sich um eine „nur“ wirtschaftliche Zuordnung der Forderung zum Kommittenten, denn formell ist und bleibt der Kommissionär Forderungsinhaber (Treuhand).

vgl. Fall 14

Die Aufrechnung eines Dritten gegen die treuhänderisch gehaltene Forderung des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft ist jedoch ganz generell bis zur Grenze der Arglist möglich.

vgl. Fall 15

5. Vertragshändler

Das Recht des Vertragshändlers ist im Gesetz nicht geregelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein Vertragshändlervertrag vor, wenn ein auf gewisse Dauer geschlossener Rahmenvertrag abgeschlossen wird, der den einen Teil (Vertragshändler) in die Verkaufsorganisation des Herstellers eingliedert und ihn verpflichtet, Waren des Herstellers im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu vertreiben. Der Vertragshändlervertrag ist also durch eine Reihe von einzelnen, typischen Merkmalen gekennzeichnet:

- Vertragsparteien sind ein Hersteller und sein Vertragshändler.
- Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.
- Der Vertragshändler verpflichtet sich, die Erzeugnisse des Herstellers in einem bestimmten Vertragsgebiet so erfolgreich wie möglich abzusetzen.
- Der Vertragshändlervertrag ist ein umfassender Rahmenvertrag, in dessen Geltungsbereich die vom Vertragshändler und vom Hersteller erwarteten Kaufverträge geschlossen werden.
- Der Vertragshändler handelt im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Er ist nicht unmittelbarer Stellvertreter des Herstellers.
- Der Vertragshändler ist nicht absolut selbständig. Im Verhältnis zum Hersteller ist er weisungsgebunden und in den Vertriebsbereich des Herstellers integriert.

Der Vertragshändlervertrag verpflichtet den Händler und den Hersteller zu Treue und Rücksicht. Dabei ist der Hersteller im Zweifel frei zur Ablehnung von Bestellungen des Händlers aus vertretbaren Gründen. Entsprechend der Regelung für Handelsvertreter hat auch der Vertragshändler unter den Voraussetzungen des § 89b HGB bei Vertragsbeendigung einen Ausgleichsanspruch. Die entsprechende Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändlerverhältnisse setzt nicht voraus, dass der Händler zur Übertragung des Kundenstamms erst bei Vertragsende verpflichtet ist. Diese Verpflichtung kann auch durch laufende Unterrichtung des Herstellers während der Vertragszeit zu erfüllen sein. Bei der im Rahmen der Ermittlung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 HGB anzustellenden Prognose sind allerdings nur die Umsätze mit so genannten Stammkunden zu berücksichtigen.

Folgende Voraussetzungen müssen allerdings nach der Rechtsprechung des BGH erfüllt sein:

- Der Vertragshändler muss vertraglich wie ein Handelsvertreter in die Vertriebsorganisation des Herstellers eingegliedert sein. Dies geschieht regelmäßig durch den Vertragshändlervertrag.
- Der Vertragshändler muss rechtlich verpflichtet sein, dem Hersteller für die Zeit nach Vertragsbeendigung den Kundenstamm zu übertragen mit der Folge, dass sich der Hersteller die Vorteile des Kundenstamms sofort und ohne weiteres nutzbar machen kann.

Auch § 89a HGB findet auf Vertragshändlerverträge entsprechende Anwendung. Danach kann das Vertragsverhältnis von jedem Teil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt werden. Dieses Recht kann vertraglich nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Eine solche Kündigung ist allerdings i.d.R. nicht mehr nach Ablauf von 2 Monaten seit Kenntniserlangung des Kündigungsgrundes wirksam möglich.

6. Franchisenehmer

Auch für den Franchisevertrag fehlen gesetzliche Regelungen. Der Rahmenvertrag ist ebensowie der Vertragshändlervertrag ein besonderer Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter (§§ 675 ff., 611 ff. BGB).

Er ähnelt dem Vertragshändlervertrag, bindet den Hilfsunternehmer (Franchisenehmer) aber noch stärker in die Vertriebsorganisation des Hauptunternehmers (Franchisegeber) ein; der Franchisenehmer kann demnach als „gesteigerte Form des Vertragshändlers“ bezeichnet werden. So verpflichtet der Franchisevertrag den Franchisenehmer nicht nur dazu, die Produkte des Franchisegebers unter Verwendung von dessen Marken zu vertreiben, sondern darüber hinaus auch dazu, das gesamte Vertriebs- und Geschäftskonzept des Franchisegebers zu übernehmen und anzuwenden sowie das Vertriebssystem des Franchisegebers zu fördern (Konzeptanwendungs- und Systemförderungspflichten des Franchisenehmers) und eine Franchisegebühr zu entrichten (Gebührenpflicht des Franchisenehmers).

Der Franchisegeber verdient im Gegensatz zum Unternehmer im Rahmen eines Vertragshändlervertrags also nicht nur am Verkauf seiner Ware. Zu dem Vertriebs- und Geschäftskonzept des Franchisegebers können zum Beispiel die einheitliche Gestaltung der Geschäftsräume, das Tragen bestimmter Berufskleidung oder das Zubereiten der Speiseprodukte des Franchisegebers nach präzisen Vorgaben gehören. Im Gegenzug (= synallagmatische Hauptleistungspflicht und damit Gegenleistung für die Franchisegebühr) ist der Franchisegeber dazu verpflichtet, dem Franchisenehmer das zur Verwendung des Konzepts notwendige Know-how und das Organisationssystem zur Verfügung zu stellen (Gebrauchsgewährungspflicht des Franchisegebers als pacht-/lizenzrechtliche Komponente des Franchisevertrags), den Franchisenehmer einzuarbeiten, Werbung und Marketing zu betreiben und das bestehende Vertriebs- und Geschäftskonzept weiterzuentwickeln (Förderungspflichten des Franchisegebers).

Beispiele für Franchisesysteme in der Vertriebspraxis sind McDonald's, Benetton, Novotel, Sixt und Eismann.

Nach der Beendigung des Franchisevertrages hat der Franchisenehmer einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB, sofern die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Vertragshändler einen solchen Anspruch hat (vgl. oben)

Die handelsvertretergleiche/-ähnliche Einbindung ist dabei aufgrund der vertraglichen Konzeptanwendungs- und Systemförderungspflicht in der Regel evident. Es kommt daher nicht in dem Maße wie beim Vertragshändler auf die Umstände des Einzelfalls an. Dies befreit freilich nicht davon, das erweiterte Pflichtenprogramm durch Einsichtnahme in den konkreten Vertrag erst einmal festzustellen.

§ 7 Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB)

1. Allgemeines

Die Vorschriften über die Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) ergänzen die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte nach dem BGB. In bestimmten Fällen ändern sie die allgemeinen Vorschriften des BGB auch ab. Daraus folgt: Jede Rechtsfrage ist zunächst nach den allgemeinen Vorschriften des BGB zu beantworten. Alsdann muss geprüft werden, ob die speziellen Vorschriften des HGB über Handelsgeschäfte eine hiervon abweichende Regelung treffen.

Voraussetzung für die Annahme eines Handelsgeschäfts und damit für die Anwendung der §§ 343 ff. HGB ist zunächst, dass das Geschäft **zum Betrieb eines Handelsgewerbes** gehört (§ 343 HGB). Da nur Kaufleute i. S. d. § 1 HGB und Kleingewerbetreibende, deren Firma in das Handelsregister eingetragen ist, ein Handelsgewerbe betreiben, scheidet eine Anwendung der §§ 343 ff. HGB auf nicht in das Handelsregister eingetragene Kleingewerbetreibende aus.

Außerdem muss das betreffende Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes gehören. Dies wirft unterschiedliche Probleme auf, je nachdem, ob der Kaufmann eine natürliche Person oder eine Handelsgesellschaft i. S. d. § 6 HGB ist:

- Bei natürlichen Personen bedarf es einer Abgrenzung zwischen Privatgeschäften und Handelsgeschäften. Diese Abgrenzung wird durch die **Vermutung des § 344 HGB** erleichtert: Danach gelten die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig. Danach wird die Zugehörigkeit zu einem Handelsgewerbe also fingiert. Diese Vermutung ist natürlich widerlegbar. Allein die Tatsache, dass das Geschäft nicht unter der Firma abgeschlossen worden ist, reicht zur Widerlegung allerdings nicht aus. Denn es gibt nicht den Erfahrungssatz, dass ein Geschäft privat abgeschlossen ist, wenn der Kaufmann nicht unter seiner Firma auftritt.
- Zum Betrieb des Handelsgewerbes gehören nicht nur die typischen oder üblichen Geschäfte, sondern **alle Geschäfte**, die sich auch nur mittelbar auf das Handelsgewerbe beziehen, das heißt, mit ihm noch in einem entfernten, lockeren Zusammenhang stehen. Das bedeutet: Auch Neben-, Hilfs-, Vorbereitungs- und Abwicklungsgeschäfte wie z. B. die Anmietung von Räumen für das Unternehmen, die Aufnahme von Krediten, die Anstellung und Entlassung von Personal oder der Erwerb, die Veräußerung und die Verpachtung des Unternehmens gehören noch zum Betrieb des Handelsgewerbes.
- Werden Wirtschaftsgüter angeschafft, die sowohl dem betrieblich-gewerblichen als auch dem privaten Gebrauch dienen (**gemischt genutzte Wirtschaftsgüter**), so kommt es für die Zuordnung zum Handelsgeschäft nicht auf die überwiegende Nutzung an. Es handelt sich bereits dann um ein Handelsgeschäft, wenn auch nur eine geringfügige gewerbliche Nutzung beabsichtigt ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Einordnung ist der Abschluss des Vertrags.
- Nach § 6 HGB finden die sich auf Kaufleute beziehenden Vorschriften auch auf Handelsgesellschaften Anwendung. Da diese ein "Privatleben" im Unterschied zu natürlichen Personen nicht besitzen, stellt sich die Abgrenzungsproblematik zwischen Privat- und Handelsgeschäften bei ihnen nicht. Vielmehr sind die von ihnen vorgenommenen Geschäfte ohne weiteres als Handelsgeschäfte anzusehen.

Wichtig: Für die Anwendung der Vorschriften über Handelsgeschäfte reicht es in aller Regel aus, **wenn eine Vertragspartei Kaufmann** ist (vgl. § 345 HGB). Ausnahmsweise ist die Kaufmannseigenschaft beider Vertragspartner erforderlich in folgenden 4 Fällen:

- für die Geltung der Handelsbräuche (§ 346 HGB),

- für die Höhe der gesetzlichen Zinsen; während der gesetzliche Zinsfuß nach § 246 BGB 4 v. H. beträgt, setzt § 352 HGB einen Zinssatz von 5 v. H. fest,
- für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 ff. HGB),
- für die Untersuchungs- und Rügepflicht (§ 377 HGB).

2. Handelsbräuche

2.1. Begriff

Nach § 346 HGB ist unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Unter Handelsbräuchen sind von der kaufmännischen Praxis herausgestellte und ausgeübte Regeln zu verstehen. Handelsbräuche sind demgemäß nichts anderes als kaufmännische Verkehrssitten. Dabei kann eine tatsächliche Übung einen Handelsbrauch auch dann begründen, wenn ein Teil der beteiligten Verkehrskreise eine bestimmte Frage vertraglich ausdrücklich regelt und der übrige Teil diesen Punkt ungeregelt lässt.

Beachte: Die Handelsbräuche sind keine Rechtsnormen wie Gesetze oder Regeln des Gewohnheitsrechtes. Auf der anderen Seite sind sie von den allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterscheiden, die nur kraft Parteivereinbarung gelten. Die Handelsbräuche haben demgegenüber Wirkung **unabhängig vom Willen und von der Kenntnis der Parteien**. Allerdings enthalten viele allgemeine Geschäftsbedingungen von Kaufleuten Hinweise darauf, dass die Handelsbräuche Anwendung finden sollen. Solche Hinweise haben lediglich deklaratorische Bedeutung. Das heißt: **Die Handelsbräuche würden auch ohne eine solche Vereinbarung gelten.**

2.2. Entstehung und Feststellung

Die Entstehung eines Handelsbrauchs hängt im Wesentlichen von drei Voraussetzungen ab:

- einer allgemeinen, nahezu ausnahmslos tatsächlich befolgten Übung,
- einer gewissen Dauer und
- der freiwilligen Anerkennung durch die beteiligten Verkehrskreise.

Die tatsächliche Übung kann in örtlicher und persönlicher Hinsicht beschränkt sein und gilt dann nur für das betreffende Gebiet bzw. für den betreffenden Personenkreis. Dieser muss allerdings, damit von einem Handelsbrauch gesprochen werden kann, klar abgrenzbar sein. Die Anerkennung des Handelsbrauchs muss freiwillig, also nicht lediglich unter dem Druck einer wirtschaftlichen Übermacht erfolgen und bei beiden Vertragsseiten – Verkäufer und Käufer – gegeben sein. Wer sich auf einen Handelsbrauch beruft, muss sein Bestehen und seinen Inhalt behaupten und notfalls beweisen. Ein Gutachten der Industrie- und Handelskammer ist in der Regel erforderlich und ausreichend. Das Gericht hat es auf Schlüssigkeit seiner Begründung zu prüfen. Die Industrie- und Handelskammern und andere Stellen (z. B. Wirtschaftsverbände) zeichnen Handelsbräuche auf und erteilen Auskünfte und Gutachten über ihr Bestehen.

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Bestehen eines Handelsbrauchs ist grundsätzlich der Augenblick des Vertragsabschlusses, weil dieser Zeitpunkt über den Vertragsinhalt entscheidet.

2.3. Funktionen

Handelsbräuche prägen die Bedeutung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Sie spielen eine besondere Rolle für die Auslegung der typischen, immer wiederkehrenden Handelsklauseln.

Beispiele:

Kasse gegen Faktura, Kasse gegen Dokumente, netto Kasse gegen Rechnung und Verladepapiere:

Diese Klauseln begründen in erster Linie eine Vorleistungspflicht des Käufers, weil er nicht erst bei Erhalt der Ware zahlen muss, sondern schon gegen Vorlage der Rechnung bzw. der Transportdokumente. Darüber hinaus sind diese Klauseln i. S. eines Barzahlungsgebots (einschließlich Scheckzahlung und Giroüberweisung) zu verstehen und beinhalten folglich einen Ausschluss von Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechten.

Lieferklauseln "FOB" und "CIF":

Nach der FOB-Klausel (free on board) hat der Verkäufer die Sache auf seine Kosten an Bord des ihm vom Käufer zu benennenden Schiffes zu liefern, während der Käufer die Kosten der Verstaung und des Transports zu tragen hat. Der Verkäufer muss die vereinbarte Lieferzeit genau einhalten. Dies ist Handelsbrauch.

Bei Vereinbarung der **CIF-Klausel (cost, insurance, freight)** fallen anders als nach der FOB-Klausel die Kosten für den Transport zum Bestimmungshafen dem Käufer zur Last. Die Gefahr geht ebenso wie nach der FOB-Klausel schon bei der Verbringung an Bord auf den Käufer über, doch hat der Verkäufer auf seine Kosten eine Versicherung für die Transportstrecke abzuschließen.

Ebenso wie bei Handelsklauseln wirken die Handelsbräuche auch bei sonstigen Erklärungen, z.B. für die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung erfüllt oder nicht. Als Handelsbrauch ist auch anerkannt, dass der Kaufmann dafür sorgen muss, dass ihm auch während seiner Abwesenheit Postsendungen erreichen. Er darf sich nicht darauf berufen, dass ihm die Postsendung nicht rechtzeitig bekannt geworden ist.

3. Schweigen im Handelsverkehr

3.1. § 362 HGB

Nach § 362 HGB gilt das **Schweigen auf einen Antrag**, der auf den Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags gerichtet ist, als Zustimmung, sofern der Schweigende ein Kaufmann ist, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, und entweder mit dem Beantragenden in Geschäftsverbindung steht oder sich diesem gegenüber zu einer Geschäftsbesorgung erboten hat.

Eine Geschäftsbesorgung ist dadurch gekennzeichnet, dass jemand außerhalb eines dauernden Dienstverhältnisses eine an sich einem anderen zukommende Tätigkeit diesem anderen abnimmt, mag diese Tätigkeit rechtsgeschäftlicher oder reintatsächlicher Art sein. In Betracht kommen vor allem Maklergeschäfte, Bank- und Börsengeschäfte, Aufträge an Anlage- und Unternehmensberater sowie Speditions-, Lager- und Frachtgeschäfte. Nicht von § 362 I HGB erfasst werden insbesondere Kaufgeschäfte.

Nur wenn bestimmte Rahmenbedingungen vorliegen, kann der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete Antrag die Wirkungen des § 362 I HGB auslösen. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

§ 362 I 1 HGB setzt voraus, dass der **Kaufmann** einen Geschäftsbesorgungsbetrieb betreibt, mit dem Antragenden eine **Geschäftsbeziehung** unterhält und der Antrag für den Geschäftsbesorgungsbetrieb nicht unüblich ist. § 362 I 2 HGB verlangt, dass der Kaufmann eine invitatio ad offerendum ausgesprochen hat, sich diese an eine bestimmte Person, eben an den Antragenden, richtet und das Angebot sich im Rahmen der invitatio ad offerendum hält.

Nur das Schweigen gilt als Annahme. Der eindeutigste Fall, in dem Schweigen nicht vorliegt, ist der Widerspruch. Aber auch jede sonstige Antwort, insbesondere eine unklare Antwort oder eine Antwort, die die Vertragsverhandlungen in der Schwebe hält, verhindert das Eingreifen des § 362 HGB.

Der Antrag muss **unverzüglich** beantwortet werden, da er andernfalls als Annahme gilt. Wie im bürgerlichen Recht reicht hier die rechtzeitige Absendung aus, so dass das Zugangsrisiko von dem Empfänger getragen wird.

Das Schweigen wird als **echte Willenserklärung** unterstellt. Deshalb kann das Schweigen auch nach den allgemeinen Grundsätzen z. B. wegen arglistiger Täuschung, Drohung usw. angefochten werden. Allerdings ist es ausgeschlossen, die Anfechtung darauf zu stützen, dass man mit dem Schweigen das Angebot nicht haben annehmen wollen.

3.2. Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben

Regelungen über das kaufmännische Bestätigungsschreiben sucht man im Handelsgesetzbuch (HGB) vergeblich. Die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist aber gewohnheitsrechtlich anerkannt und somit Bestandteil des objektiven Rechts.

In einem Satz ausgedrückt besagt sie, dass der Empfänger eines Schreibens, in dem ein Anderer seine Auffassung über das Zustandekommen und den Inhalt eines (angeblich) geschlossenen Vertrages kundtut, grundsätzlich diesem Schreiben unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt des Schreibens nicht gegen sich gelten lassen will.

Die Voraussetzungen sind:

- Kaufleute oder sonstige Unternehmer
- Vertragsverhandlungen
- Bestätigungsschreiben
- kein unverzüglicher Widerspruch durch den Empfänger
- Schutzwürdigkeit des Absenders

vgl. Fall 17

a)

Die Bezeichnung „kaufmännisches Bestätigungsschreiben“ legt den Schluss nahe, Empfänger und Absender des Bestätigungsschreibens müssten Kaufleute i.S.v. §§ 1 ff. HGB sein. Das ist jedoch nicht der Fall. Der **Anwendungsbereich** der Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist **weiter**. Er umfasst nicht nur die Kaufleute i.S.v. §§ 1 ff. HGB, sondern auch alle sonstigen Unternehmer, also alle Personen, die unternehmerisch am Wirtschaftsverkehr teilnehmen.

Noch weitergehend wird zum Teil vertreten, der Absender (nicht der Empfänger) des Bestätigungsschreibens könne auch Privatmann sein.

b)

Zwischen dem Empfänger und dem Absender muss es Vertragsverhandlungen gegeben haben. Irrelevant ist, ob diese Vertragsverhandlungen objektiv betrachtet bereits zu einem Vertragsschluss geführt haben.

Dies setzt voraus, dass der Absender in dem Schreiben seine Auffassung über den Inhalt von vorangegangenen mündlichen, telefonischen oder telegraphischen (nicht schriftlichen) Vertragsverhandlungen mitteilt. Vorherige **abschlussreife Verhandlungen** sind hiernach Voraussetzung. Dies ist von dem Absender des Schreibens zu beweisen. Auf den Gebrauch bestimmter Worte – auch des Wortes "Bestätigungsschreiben" – kommt es nicht an. Erforderlich und ausreichend ist ein Schreiben, das an den Geschäftspartner gerichtet ist und die eindeutige Erklärung enthält, dass sein Inhalt für die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten verbindlich sein soll. Ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben kann auch per Telefax übermittelt werden.

c)

Dem Empfänger muss **alsbald** nach Ende der Vertragsverhandlungen ein Bestätigungsschreiben des Absenders zugehen. Dem Schreiben muss entnommen werden können, dass der Absender einen Vertrag bereits für geschlossen hält und welchen wesentlichen Inhalt der Vertrag nach der Auffassung des Absenders hat. Die Bezeichnung des Schreibens als „Bestätigungsschreiben“ ist weder erforderlich noch ausreichend.

d)

Für den Zugang gilt § 130 BGB. Ein **unverzögerlicher Widerspruch** durch den Empfänger hindert die Bindung an das Bestätigungsschreiben. „Unverzögerlich“ ist hier i.S.v. § 121 I BGB zu verstehen. Nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs ist ein Widerspruch nach mehr als einer Woche in der Regel verspätet.

e)

Bei der Voraussetzung der **Schutzwürdigkeit** des Absenders geht es um die Frage: Durfte der Absender aufgrund des Fehlens eines Widerspruchs durch den Empfänger davon ausgehen, dass dieser sich an einen Vertrag mit dem in dem Bestätigungsschreiben dargestellten Inhalt gebunden sieht? Es lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden, in denen diese Frage mit „nein“ zu beantworten ist:

- der Absender hat im Moment der Absendung positive Kenntnis davon, dass das Bestätigungsschreiben von dem Ergebnis der Vertragsverhandlungen abweicht (Fallgruppe **„Unredlichkeit des Absenders“**). In diesem Fall ist der Absender grundsätzlich nicht schutzwürdig. Eine praktisch bedeutsame Ausnahme zu diesem Grundsatz wird im Falle der nachträglichen Einführung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zugelassen. Verweist der Absender in seinem Bestätigungsschreiben bewusst erstmals auf seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), so soll es an seiner Schutzwürdigkeit dann nicht fehlen, wenn diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) branchenüblich sind.
- das Bestätigungsschreiben weist gravierende inhaltliche Abweichungen von dem Ergebnis der Vertragsverhandlungen auf (Fallgruppe **„gravierende Abweichung“**). Ist das der Fall, ist der Absender nicht schutzwürdig. Meist wird in diesen Fällen ohnehin schon Unredlichkeit des Absenders vorliegen. Die eigenständige Bedeutung der Fallgruppe **„gravierende Abweichung“** wird aber deutlich, wenn man sich bewusst macht, dass der

Empfänger des Bestätigungsschreibens ihre Voraussetzungen in der Regel leichter beweisen kann als die Unredlichkeit des Absenders.

- der Empfänger des Bestätigungsschreibens schickt noch vor dem Zugang desselben dem Absender gleichfalls ein Bestätigungsschreiben, das inhaltlich vom Bestätigungsschreiben des Absenders abweicht (Fallgruppe „**sich kreuzende Bestätigungsschreiben**“). Auch hier ist der Absender nicht schutzwürdig, weil er von der fehlenden Akzeptanz seines Schreibens durch den Empfänger weiß.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass es dem Empfänger eines Bestätigungsschreibens in der Praxis häufig schwer fallendürfte, die fehlende Schutzwürdigkeit des Absenders nachzuweisen. Deshalb ist dem Empfänger eines Bestätigungsschreibens, das dieser nicht gegen sich gelten lassen will, auch dann dringend zu raten, dem Schreiben ausdrücklich zu widersprechen und den Widerspruch in beweisgeeigneter Weise zu dokumentieren, wenn der Absender des Schreibens nicht schutzwürdig zu sein scheint.

f)

Zum Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben gilt: Wenn der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens diesem nicht unverzüglich widerspricht, gilt der Vertrag, auf den darin Bezug genommen ist, nach ständiger Rechtsprechung als mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande gekommen, ohne dass es auf einen entsprechenden Willen des Empfängers ankommt. Dabei handelt es sich um einen Handelsbrauch.

Eine Verpflichtung zum Widerspruch besteht für einen Kaufmann nicht nur, wenn er das Bestätigungsschreiben eines Kaufmanns erhält, sondern auch dann, wenn der Absender zwar nicht Kaufmann ist, aber ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt und erwarten kann, dass ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird.

4. Das Kontokorrent

Nach der Legaldefinition des § 355 HGB liegt ein Kontokorrent vor, wenn jemand mit einem Kaufmann derart in Geschäftsverbindung steht, dass die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch **Verrechnung** und **Feststellung** des für den einen und den anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden.

Eine solche Fallgestaltung kommt in der Praxis sehr häufig vor. Insbesondere ist jedes "laufende Konto" bei einer Bank ein Kontokorrentkonto. Darüber hinaus kommt das Kontokorrent auch im Verhältnis zwischen Kaufleuten und ihren Handelsvertretern, Groß- und Einzelhändlern, Verlagen und Buchläden vor.

Wirtschaftlich gesehen dient das Kontokorrent vor allem der **Vereinfachung des Zahlungsverkehrs**, da es eine Vielzahl von Zahlungsvorgängen auf die Begleichung einer einzigen Überschuss- oder Saldoforderung reduziert.

Das Wesen des Kontokorrents besteht darin, dass die einzelnen Ansprüche, die innerhalb einer "vertraglich festgelegten" Kontokorrentperiode anfallen, unselbständig und quasi "gelähmt" sind. Das bedeutet: Sie sind bis zur nächsten Abrechnungsperiode gestundet und jeder Verfügung, z. B. Abtretung, Pfändung, Erfüllung, entzogen. Bei der späteren (periodischen) Saldierung werden die Einzelposten ersetzt durch den auf Grund der Saldierung ermittelten Anspruch des einen oder des anderen Teils.

Durch Anerkennung des Saldos gehen die Einzelforderungen unter; übrig bleibt alsdann nur ein **Anspruch aus dem Saldoanerkennnis**, der als neue, auf einem selbständigen Verpflichtungsgrund beruhende, vom früheren Schuldgrund losgelöste Forderung an die Stelle der bisherigen Einzelforderungen tritt.

Der Tagessaldo bei einem laufenden Bankkonto ist noch kein Kontokorrentsaldo. Dies ergibt sich bereits daraus, dass er in der Regel noch keine Abrechnung über Spesen, Provision, Porto und Zinsen enthält. Ist mit der Bank nichts anderes vereinbart, ist der Tagessaldo ein reiner Postensaldo, der zur Erleichterung des Überblicks und der Zinsberechnung ermittelt wird und dessen Bedeutung sich darauf beschränkt, Auszahlungen zu verhüten, die nicht durch ein Guthaben gedeckt sind.

5. Gutgläubiger Erwerb

Die Veräußerung einer beweglichen Sache richtet sich nach §§ 929 ff. BGB. Nach diesen Vorschriften ist für die Veräußerung unter anderem eine entsprechende Einigung erforderlich, und zwar zwischen dem Eigentümer der Sache und dem Erwerber. Kommt die Einigung zwischen einem Nichteigentümer und dem Erwerber zustande, ist die Veräußerung / Pfandbestellung grundsätzlich unwirksam.

Wer jedoch gutgläubig eine bewegliche Sache von dem, den er für den Eigentümer hält, zum Eigentum erwirbt oder als Pfand nimmt, den schützt das BGB, falls sich herausstellt, dass der Veräußerer **nicht Eigentümer** war (§ 932 BGB).

Allerdings: Das BGB schützt denjenigen nicht, der weiß, dass der Veräußerer nicht Eigentümer ist, ihn jedoch **für befugt hält**, die einem Dritten gehörende Sache zu veräußern. Diesen Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsmacht des Verfügenden gewährt unter gewissen Voraussetzungen **§ 366 HGB**.

vgl. Fall 19

Durch § 366 HGB wird die Möglichkeit des gutgläubigen Eigentums- und Pfanderwerbs an beweglichen Sachen erweitert. Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörende bewegliche Sache, so ist gutgläubiger Erwerb nicht nur dann möglich, wenn der (Pfand-)Erwerber an das Eigentum des Veräußerers glaubt, sondern schon dann, wenn sich sein guter Glaube auf die Verfügungsbefugnis des Kaufmanns i.S.v. § 185 BGB bezieht. Dieser Erweiterung des Gutglaubensschutzes liegt zugrunde, dass gerade im Handelsverkehr häufig kraft Verfügungsbefugnis i.S.v. § 185 BGB über fremde bewegliche Sachen verfügt wird. Daraus resultiert ein besonderes Bedürfnis des Handelsverkehrs am Schutz des guten Glaubens in die Verfügungsbefugnis. Dem trägt § 366 HGB Rechnung.

§ 366 Abs. 1 HGB erstreckt also den Schutz auf den **guten Glauben an die Verfügungsmacht**, sofern ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörende Sache veräußert oder verpfändet.

Beispiel:

A kauft bei einem Kraftfahrzeughändler einen Vorführgewagen, obwohl ihm der Kraftfahrzeugbrief nicht vorgelegt werden kann. A weiß, dass der Händler nicht Eigentümer ist, sondern die Automobilfirma. Er hält den Händler jedoch für verfügungsbefugt.

A wird nach § 366 HGB Eigentümer, weil er hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Händlers gutgläubig war. Er wird also auch Eigentümer, falls der Händler tatsächlich nicht Verfügungsbefugt gewesen ist.

§ 366 HGB setzt voraus, dass derjenige, der über die Sache verfügt, **Kaufmann** ist.

Weiterhin muss das Geschäft **zum Betrieb des Handelsgewerbes** des Verfügenden gehören. Dabei wird gem. § 344 HGB vermutet, dass das Geschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes gehört.

Letztendlich wird in § 366 Abs. 1 HGB vorausgesetzt, dass die allgemeinen Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs erfüllt sind. Das bedeutet: Bei abhandelekommenen Sachen ist gutgläubiger Erwerb auch nach § 366 HGB nicht möglich.

6. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht

Die wechselseitige Kreditierung durch Vorleistung ist im kaufmännischen Geschäftsverkehr üblich und notwendig. Dem hierdurch gesteigerten Sicherheitsbedürfnis wird das allgemeine Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB nicht gerecht. Deshalb hat das Handelsgesetz durch die §§ 369 ff. HGB insoweit eine Sonderregelung getroffen.

Die Voraussetzungen für ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht sind im Einzelnen:

- Es muss sich um Forderungen aus **beiderseitigen Handelsgeschäften** handeln; d. h., Gläubiger und Schuldner müssen Kaufleute sein.
- Außerdem muss die zu sichernde Forderung **fällig** sein, und zwar in dem Zeitpunkt, in dem das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird. Sie darf nicht verjährt sein; allerdings schließt eine spätere Verjährung das Zurückbehaltungsrecht nicht aus.
- Während § 273 BGB das Zurückbehaltungsrecht an jeder geschuldeten Leistung zulässt, gestattet § 369 HGB nur die Zurückbehaltung **an beweglichen Sachen und Wertpapieren** des Schuldners.
- Das Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB setzt weiter voraus, dass die Sachen **dem Schuldner gehören**. Ausnahmsweise kann der Gläubiger auch eine Sache, die ihm selbst gehört, zurückhalten, wenn das Eigentum an dem Gegenstand von dem Schuldner auf ihn übergegangen oder von einem Dritten von dem Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist (§ 369 Abs. 1 Satz 2 HGB).

Beispiel:

Schuldner S hat eine Sache an den Gläubiger G verkauft und übereignet. G hat wegen eines Sachmangels die Wandlung erklärt, wobei die Rückübereignung noch nicht stattgefunden hat. Hier steht G, falls die übrigen Voraussetzungen für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht vorliegen, ein Zurückbehaltungsrecht an einer eigenen Sache zu.

Die Besonderheit des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts besteht darin, dass es im Unterschied zum allgemeinen Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB dem Gläubiger ein Recht zur Befriedigung nach den Vorschriften über den Pfandverkauf gewährt (§ 371 HGB). Allerdings braucht der Gläubiger hier einen vollstreckbaren Titel (§ 371 Abs. 3 HGB). Die Klage ist gem. § 371 Abs. 4 HGB auf Gestattung der Befriedigung zu richten.

7. Besonderheiten bei der Bürgschaft

Der Bürgschaftsvertrag ist in den §§ 765 ff. BGB geregelt. Durch ihn verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten (des Hauptschuldners), „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen“ (§ 765 I BGB). Die Bürgschaft ist in der Praxis eines der wichtigsten Kreditsicherungsgeschäfte. Die Bürgschaft kann für den Bürgen weitreichende Folgen haben, da er unter Umständen die Verbindlichkeit des Hauptschuldners begleichen muss.

Anspruchsgrundlage für den Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen ist § 765 I BGB i.V.m. dem Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. Weil die Bürgschaft für den Bürgen weitreichende Folgen haben kann, wird er durch § 766 BGB und § 771 BGB besonders geschützt. Nach § 766 Satz 1 BGB ist grundsätzlich die **schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung** durch den Bürgen erforderlich. Die Nichtbeachtung dieser Formvorschrift, welche nach § 766 Satz 2 BGB nur durch Erfüllung der Hauptverbindlichkeit durch den Bürgen geheilt werden kann, führt nach § 125 Satz 1 BGB zur **Nichtigkeit** des Rechtsgeschäfts. Nach § 771 BGB steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu. Bis der Gläubiger nicht die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat, kann der Bürge die Erfüllung der Hauptschuld verweigern (Subsidiarität der Bürgschaft).

Ist die Bürgschaft für den Bürgen jedoch ein Handelsgeschäft i.S.v. § 343 I HGB, kommen die Regelungen der §§ 766, 771 BGB **nicht zur Anwendung**. Für § 766 BGB ergibt sich dies aus § 350 HGB, für § 771 BGB aus § 349 HGB.

vgl. Fall 2

8. Sorgfaltspflichten bei Handelsgeschäften

§ 347 I HGB bestimmt:

„Wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.“

Die Vorschrift konkretisiert § 276 II BGB. Sie hat klarstellenden Charakter, da sich der bei der Anwendung des § 276 II BGB maßgebliche Sorgfaltsmaßstab ohnehin nach dem jeweiligen Verkehrskreis bzw. der jeweiligen Berufsgruppe bestimmt. Das ist auch bei der Anwendung des § 347 I HGB zu beachten. So ist der Sorgfaltsmaßstab des ordentlichen Kaufmanns nach der Art des von ihm betriebenen Handelsgeschäfts weiter auszudifferenzieren.

9. kaufmännische Verzinsung

Nach § 352 I 1 HGB liegt der gesetzliche Zinssatz, mit Ausnahme der Verzugszinsen, bei beiderseitigen Handelsgeschäften bei 5 % für das Jahr, während er nach der bürgerlich-rechtlichen Grundregel des § 246 BGB nur bei 4 % für das Jahr liegt. § 353 HGB bestimmt, dass Kaufleute – im Unterschied zu Privatleuten – Fälligkeitszinsen schulden.

§ 8 Handelskauf (§§ 373 ff. HGB)

1. Definiton

Eine Definition des Handelskaufs enthält das Gesetz nicht. Dem Handelsgesetzbuch (HGB) kann aber entnommen werden, dass der Normalfall eines Handelskaufs durch die folgendendrei Merkmale gekennzeichnet ist:

- Handelsgeschäft i.S.v. § 343 I HGB
- in Form eines Kaufvertrags i.S.v. § 433 BGB
- über eine Ware (= bewegliche Sache)

Kein Handelskauf ist daher der Kauf eines Grundstücks oder eines Unternehmens, ebenso wenig ein Leasingvertrag oder die Sacheinlage in eine Gesellschaft.

Auf den Handelskauf findet zunächst das allgemeine Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), also die §§ 433 ff. BGB, weiter das spezielle Handelskaufrecht der §§ 373 ff. HGB Anwendung. Dabei enthalten die §§ 373 ff. HGB nur wenige Sonderregelungen. Sie dienen dem Zweck, die Vertragsabwicklung zu beschleunigen.

2. Besonderheiten im Gewährleistungsrecht

Die in § 377 HGB enthaltenen Regelungen des Gewährleistungsrechts beim Handelskauf sind für Praxis von großer Bedeutung. Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass der Handelsverkehr ein besonderes Interesse an der raschen und endgültigen Abwicklung von Rechtsgeschäften, insbesondere an einem wirksamen Schutz des Verkäufers vor später Inanspruchnahme wegen Mängeln der Ware hat.

Sie regelt die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers, deren Nichtbeachtung dazu führen kann, dass der Käufer sich auf einen Mangel der Kaufsache nicht berufen kann. Daher ist § 377 HGB deshalb erst zu prüfen, wenn festgestellt worden ist, dass die Kaufsache mangelhaft i.S.v. §§ 434 f. BGB ist.

Dabei bestehen zwei Aufbaualternativen: Entweder man prüft unter dem Prüfungspunkt „Mangelhaftigkeit der Kaufsache“ in einem ersten Unterpunkt die Voraussetzungen der §§ 434 f. BGB und in einem zweiten Unterpunkt, ob die Mangelhaftigkeit nach § 377 HGB geheilt ist. Oder man prüft unter dem Prüfungspunkt „Mangelhaftigkeit der Kaufsache“ nur die Voraussetzungen der §§ 434 f. BGB, fährt dann mit der Prüfung der sonstigen Voraussetzungen des zu prüfenden Mangelrechtsbehelfs fort und prüft am Ende unter einem eigenen Prüfungspunkt, ob die Geltendmachung des Mangelrechtsbehelfs nach § 377 HGB ausgeschlossen ist.

2.1. Voraussetzungen des § 377 HGB

a)

Es muss ein Handelskauf, der für **beide Teile ein Handelsgeschäft** ist, vorliegen. Inwiefern eine analoge Anwendung des § 377 HGB auf Nichtkaufleute in Betracht kommt, ist nicht abschließend

geklärt. Man wird aber wohl annehmen können, dass § 377 HGB schon dann anzuwenden ist, wenn das Geschäft auf beiden Seiten zu einem Unternehmen gehört.

b)

Die **Ablieferung** der Ware muss erfolgt sein. Die Ablieferung ist eine tatsächliche Handlung, durch die der Käufer in die Lage versetzt wird, die Ware an sich zu nehmen und zu prüfen.

c)

Voraussetzung ist weiter, dass die abgelieferte Ware **sachmangelhaft i.S.v. § 434 BGB** ist.

d)

Schließlich muss der Käufer eine gebotene **Rüge der Ware unterlassen** haben.

Es ist in einem Zweischritt zu prüfen: Ab welchem Zeitpunkt war eine Rüge geboten? Hat der Käufer die Rüge ordnungsgemäß, insbesondere rechtzeitig, erhoben?

Bei der Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Rüge geboten war, ist zwischen **erkennbaren** und **verdeckten/versteckten** Mängeln zu unterscheiden: Erkennbare Mängel sind solche, die bei einer Untersuchung, die den Anforderungen des § 377 I HGB entspricht, zu Tage treten.

Nach § 377 I HGB hat der Käufer die Ware nach der Ablieferung zu **untersuchen**, soweit dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlich ist. Welche Untersuchungsmaßnahmen damit gefordert werden, hängt in hohem Maße vom Einzelfall ab. Bei größeren Warenlieferungen werden **Stichproben** regelmäßig ausreichend aber auch erforderlich sein. Handelt es sich bei dem in Frage stehenden Mangel um einen erkennbaren, so ist eine Rüge ab dem Zeitpunkt geboten, zu welchem der Käufer nach § 377 I HGB zur Untersuchung der Ware verpflichtet war. Nachdem Wortlaut des § 377 I HGB hat die Untersuchung „**unverzüglich**“ nach der Ablieferung zu erfolgen. Dabei bedeutet „unverzüglich“ nach h.M. dasselbe wie in § 121 I BGB, also „ohne schuldhaftes Zögern“.

Verdeckte Mängel sind solche, die bei einer § 377 I HGB entsprechenden Untersuchung nicht festzustellen sind. Bei einem verdeckten Mangel ist eine Rüge nach § 377 III Hs. 1 HGB erst **ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Entdeckung** des Mangels durch den Käufer geboten. Hingewiesen sei darauf, dass es für die Unterscheidung zwischen erkennbaren und verdeckten Mängeln gänzlich irrelevant ist, ob eine Untersuchung der Ware durch den Käufer tatsächlich stattgefunden hat. Es kommt alleine darauf an, ob die Mängel bei einer gedachten, den Anforderungen des § 377 I HGB entsprechenden Untersuchung erkannt worden wären.

Bei der Frage, ob der Käufer die **Rüge ordnungsgemäß**, insbesondere rechtzeitig, erhoben hat, sind die folgenden Grundsätze zu beachten:

- Die Rüge ist keine Willenserklärung, sondern bloße **Wissenserklärung**. Aus ihr muss hervorgehen, in welchem Punkt und in welchem Umfang der Käufer die Ware beanstandet.
- Die Rüge ist nicht an eine bestimmte **Form** gebunden.
- Sie muss nach dem Wortlaut des § 377 I HGB (für erkennbare Mängel) beziehungsweise des § 377 III Hs. 1 HGB (für verdeckte Mängel) „**unverzüglich**“ nach der gedachten Untersuchung der Ware (bei erkennbaren Mängeln) beziehungsweise nach der tatsächlichen Entdeckung der Mängel (bei verdeckten Mängeln) erfolgen. Auch hier meint „unverzüglich“ nach der

h.M. dasselbe wie in § 121 I BGB. Die Frist beträgt deshalb meist nur wenige Tage, bei verderblicher Ware gar nur Stunden.

- Nach § 377 IV HGB genügt die **rechtzeitige Absendung** der Anzeige.

2.2. Rechtsfolge des § 377 HGB

Als Rechtsfolge nennen § 377 II HGB (für erkennbare Mängel) und § 377 III Hs. 2 HGB (für verdeckte Mängel), dass die Ware als **genehmigt** gilt. Richtig müsste es heißen, dass derjenige Mangel, der nicht rechtzeitig gerügt wurde, als geheilt gilt. Wegen dieser Fiktion geht der Käufer seiner Gewährleistungsrechte aus §§ 434 ff. BGB verlustig.

Der Verkäufer behält hingegen seinen vertraglichen Kaufpreisanspruch in voller Höhe.

Das gilt grundsätzlich auch bei Zuweniglieferungen i.S.v. § 434 III Alt. 2 BGB. Nur bei einer offenen, vom Verkäufer selbst auf der Rechnung oder dem Lieferschein deklarierten Zuweniglieferung beschränkt sich der Kaufpreisanspruch des Verkäufers auf den mengengerechten Preis. § 377 HGB ist abdingbar. Ein genereller Ausschluss der Rügeobliegenheit aus § 377 HGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist allerdings nach § 307 I 1 und II Nr. 1 BGB unwirksam.

2.3. Ausschluss der Genehmigungsfiktion

Hat der Verkäufer den Mangel **arglistig** verschwiegen, so hat eine unterbliebene Rüge keine Genehmigungsfunktion und der Käufer kann nach wie vor seine Rechte nach §§ 437 ff. BGB geltend machen. Dies ergibt sich aus § 377 Abs. 5 HGB. Danach kann sich der Verkäufer auf die Vorschrift des § 377 Abs. 1 bis 4 HGB nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Teil B Gesellschaftsrecht

§ 1 Einführung

1. Einteilung der Gesellschaften

Die Gesellschaften lassen sich vom Grundtypus her in Personengesellschaften und Körperschaften einteilen. Grundtypus der Personengesellschaft ist die BGB-Gesellschaft. Grundtypus der Körperschaften ist der Verein.

2. Personengesellschaften

Die wichtigsten nach deutschem Gesellschaftsrecht zulässigen Personengesellschaften sind:

- BGB-Gesellschaft (GdB), § 705 ff. BGB
- Offene Handelsgesellschaft (OHG), §§ 105 ff. HGB
- Kommanditgesellschaft (KG), §§ 161 ff. HGB
- Stille Gesellschaft, §§ 230 ff. HGB
- Partnerschaft (PartnerschaftsG)
- Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), VO (EWG) Nr. 2137/95 des Rates über die Schaffung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)

3. Körperschaften

Die wichtigsten nach deutschem Gesellschaftsrecht zulässigen Körperschaften sind:

- Verein, § 21 ff. BGB
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) (GmbHG)
 - Unternehmergesellschaft mit beschränkter Haftung (UG) (GmbHG)
- Aktiengesellschaft (AG) (AktG)
- Genossenschaft (GenossenschaftsG)

4. Numerus Clausus der Gesellschaftsformen

Es gilt der Grundsatz des Numerus Clausus der Gesellschaftsformen, d.h. nur die im Gesetz bestimmten Gesellschaftsformen sind zulässig. Zwar kann innerhalb der jeweiligen Gesellschaftsform durch den Gesellschaftsvertrag von den dispositiven gesetzlichen Bestimmungen abgewichen werden. Unzulässig ist es aber, durch so genannte Formvermischung neue Gesellschaftsformen zu kreieren, in denen aus verschiedenen Gesellschaftstypen eine neue

Gesellschaftsform zusammengestellt wird. Hierunter fällt nicht die GmbH & Co KG. Diese ist eine Kommanditgesellschaft.

§ 2 Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

1. Begriff und Rechtsgrundlagen

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR) ist ein auf einem Vertrag beruhendes Rechtsverhältnis zwischen mehreren Personen (Gesellschaftern) zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks. Die gesetzlichen Grundlagen für die GbR finden sich in den §§ 705–740 BGB. Vorrangig ist jedoch der Gesellschaftsvertrag.

Die Bedeutung der GbR liegt in der Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten, der Formfreiheit des Gesellschaftsvertrages und der aus beidem resultierenden großen Anzahl dieser Gesellschaften.

Die GbR kann strukturell ganz unterschiedlicher Gestalt sein: Außengesellschaft im Rechtsverkehr gegenüber Dritten (z. B.: Rechtsanwaltssozietät), Innengesellschaft beschränkt auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern, auf Dauer angelegte GbR, Gelegenheitsgesellschaften, GbR mit und ohne Gesamthandvermögen.

Aufgrund dieser besonderen Vielfalt wird eine GbR im Alltag häufig gegründet und beendet, ohne dass es den Gesellschaftern bewusst ist.

Beispiele:

Tippgemeinschaften, Fahrgemeinschaften, Wohngemeinschaften, Zusammenschlüsse zum Kauf einer Sache oder zur Durchführung einer Reise, Bauherrengemeinschaften.

Gleiches gilt für die GbR im Erwerbsleben, wo sie insbesondere dort vorkommt, wo die Gesellschafter keine Kaufleute i. S. d. HGB sind und daher keine OHG oder KG gründen können.

Beispiele:

Arzt-, Rechtsanwalts- und Steuerberatersozietäten, Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft (ARGE), Kartelle, Konsortien.

2. Rechtsfähigkeit

Nach der Konzeption der §§ 705 ff. BGB und der hieraus resultierenden früher h. M. war die GbR nicht rechtsfähig, sondern nur deren Gesellschafter. Nach der heute h. M. ist die GbR, obwohl keine juristische Person, so doch grundsätzlich rechtsfähig, soweit sie als Außengesellschaft durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.

Beispiele:

Die GbR kann Eigentümerin von Sachen, Inhaberin von Rechten, Gesellschafterin, Partei eines Rechtsstreites, Ausstellerin eines Schecks oder Wechselssein.

Trotz der grundsätzlichen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ist nach wie vor umstritten, ob diese Inhaberin von Grundstücksrechten sein kann (z. B. Eigentum, Grundschuld oder Hypothek).

Die GbR ist im Rahmen ihrer Rechtsfähigkeit nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO insolvenzfähig (vgl. auch § 728 Abs. 1 BGB). Wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter wird es häufig auch gleichzeitig zu einer Insolvenz derselben kommen.

3. Gründung

3.1. *Gesellschafter*

Für die Gründung einer GbR sind – anders als bei der GmbH (§ 1 GmbHG) und der AG (§ 2 AktG) – mindestens zwei Gesellschafter erforderlich. Gesellschafter können alle natürlichen und juristischen Personen und auch eine andere GbR sein.

3.2. *Gesellschaftsvertrag*

Zur Gründung einer GbR ist ein Gesellschaftsvertrag erforderlich (vgl. § 705 BGB). In diesem müssen mindestens der Zweck der Gesellschaft und die Pflicht der Gesellschafter zu dessen Förderung vereinbart sein. Die Förderung des Zwecks erfolgt durch die Leistung der vereinbarten Beiträge. Die Art und Höhe der Beiträge müssen nicht geregelt sein.

Der Gesellschaftsvertrag bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form. Er kann daher auch mündlich, stillschweigend oder sogar konkludent abgeschlossen werden. Den Vertragsschließenden braucht es nicht einmal bewusst zu sein, dass sie einen Gesellschaftsvertrag schließen, sofern die konstitutiven Merkmale der GbR gegeben sind.

Formbedürftig ist der Gesellschaftsvertrag dann, wenn er formbedürftige Leistungsversprechen eines oder mehrerer Gesellschafter enthält.

Beispiele:

Die Verpflichtung, ein Grundstück in die GbR einzubringen, führt zur Notwendigkeit der notariellen Beurkundung (§ 311b Abs. 1 BGB), und zwar des gesamten Gesellschaftsvertrages, nicht nur des Teils, der diesen Beitrag behandelt. Der Gesellschaftsvertrag ist zudem dann formbedürftig, wenn Zweck der Erwerb eines bestimmten Grundstücks ist, also eine konkrete Erwerbsverpflichtung vereinbart wird. Umgekehrt ist der Gesellschaftsvertrag dann formfrei, wenn der Erwerb oder die Veräußerung von Grundstücken nur Zweck der GbR ist. In diesem Fall besteht noch kein Leistungsversprechen bzgl. eines konkreten Grundstücks.

Wenn eine Formvorschrift nicht beachtet wird, greifen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ein.

3.3. *Gemeinsamer Zweck*

Die Vereinbarung der Gesellschafter über einen gemeinsamen Zweck ist begriffsnotwendig für die Existenz der GbR. Grundsätzlich kommt jeder erlaubte Zweck in Betracht. Dieser kann wirtschaftlicher, idealistischer oder altruistischer Natur, dauerhaft oder vorübergehend sein. Ist der Zweck auf das Betreiben eines Handelsgewerbes gerichtet, so handelt es sich nicht um eine GbR, sondern um eine OHG (s. unten).

Allein aus der gemeinsamen Berechtigung aus dem Eigentum an beweglichen Sachen ergibt sich noch kein über die gemeinsame Nutzung hinausgehender Zweck. Es handelt sich dann lediglich um eine Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 BGB), nicht um eine GbR. Bei der Bruchteilsgemeinschaft steht ein Recht (z. B. ein Eigentumsrecht) mehreren gemeinschaftlich zu.

vgl. Fall 20

Verstößt der Zweck gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB), so führt dies zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages und zum Nichtbestehen der GbR von Anfang an. Dies gilt nicht, wenn ein Abschlussmangel aus der Sphäre der Gesellschafter entstammt, also z. B. bei einem Irrtum nach § 119 BGB (Inhalts- oder Erklärungsirrtum) oder einer arglistigen Täuschung nach § 123 BGB. Zum Schutz des Rechtsverkehrs liegt auch in diesen Fällen eine fehlerhafte Gesellschaft vor.

Dies hat zur Folge, dass der betroffene Gesellschafter seine auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrages gerichtete Willenserklärung nur für die Zukunft anfechten kann. Für die Vergangenheit wird die Gesellschaft als wirksam behandelt.

Bei Erreichen oder Unmöglichwerden des gemeinsamen Zwecks wird die GbR gem. § 726 BGB aufgelöst-

3.4. Beiträge

Im Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks zu fördern. Der Begriff des Beitrags ist weit und umfasst letztlich jede mögliche Leistung. Sie kann in der Zahlung von Geld, in der Übereignung von Sachen (vgl. § 706 Abs. 2 BGB) oder der Leistung von Diensten (vgl. § 706 Abs. 3 BGB), aber auch in der Überlassung von Sachen zum Gebrauch, der Erbringung von Werkleistungen, in der Hergabe eines kreditwürdigen Namens, in der Weitergabe von Wissen oder lediglich in der Unterlassung einer bestimmten Handlung liegen. Fehlt es an einer vertraglichen Vereinbarung der Höhe der Beiträge, so haben die Gesellschafter gem. § 706 Abs. 1 BGB gleiche Beiträge zu leisten. Ein geleisteter Beitrag ist eine Einlage. Keine Beiträge sind im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehene Aufwendungen oder Leistungen eines Gesellschafters im Interesse der GbR, dem Gesellschafter steht daher ggf. ein Aufwendungsersatzanspruch zu.

Besonders wichtig ist § 707 BGB: Es besteht keine Nachschusspflicht. Das heißt, der Gesellschafter ist auch dann nicht zur Leistung von nicht vereinbarten Beiträgen an die GbR verpflichtet, wenn hierdurch der gemeinsame Zweck nicht erreicht wird. Vereinbaren die Gesellschafter nachträglich die Leistung weiterer Beiträge, so handelt es sich um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages.

Werden die vereinbarten Beiträge durch einen Gesellschafter pflichtwidrig nicht geleistet, so steht dem anderen ein Recht zur Kündigung des Gesellschaftsvertrages gem. § 723 BGB zu.

3.5. Name der GbR

Die GbR kann einen Namen führen. Die Wahl des Namens ist dem freien Belieben der Gesellschafter überlassen. Zulässig sind Zusätze, soweit keine Verwechslungsgefahr mit einer Firma besteht.

Die handelsrechtlichen Vorschriften über die Firma (s. §§ 17 ff. HGB) greifen grundsätzlich nicht ein, insbesondere nicht die Grundsätze der Firmenwahrheit und Firmenklarheit. Der Name muss jedoch

unterscheidungskräftig sein und wird durch § 12 BGB geschützt. Durch Letzteres wird allerdings eine Einschränkung der freien Namenswahl bewirkt, da durch den Namen nicht fremde Namensrechte verletzt werden dürfen. Der Firmenschutz nach § 37 HGB gilt nicht für die GbR.

Der Rechtsverkehr darf nicht über die tatsächlichen Verhältnisse getäuscht werden. Die Firmierung als „GbR mbH“ hat daher keine haftungsbefreiende Wirkung für die Gesellschafter der GbR gegenüber Dritten.

vgl. Fall 22

Scheidet ein namensgebender Gesellschafter aus der GbR aus, so darf diese den Namen fortführen (§ 24 HGB analog).

4. Gesellschaftsvermögen

4.1. Sondervermögen

§ 718 Abs. 1 BGB bestimmt, dass die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die GbR erworbenen Sachen und Rechte "gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter" werden. Dieser Gesetzeswortlaut beruht auf dem ursprünglichen Konzept, nach dem die GbR nicht rechtsfähig war.

Umstritten ist, ob die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR bedingt, dass das Gesellschaftsvermögen kein Sondervermögen der Gesellschafter, sondern Vermögen der GbR ist. Für die Einordnung als Sondervermögen der Gesellschafter spricht der eindeutige Wortlaut des § 718 Abs. 1 BGB. Hiergegen spricht, dass dann die Rechtsfähigkeit der GbR letztlich eine Konstruktion ist, durch die der GbR als Zuordnungsobjekt eine ähnliche Funktion wie der Firma eines Kaufmanns nach § 17 Abs. 2 HGB zukommt.

4.2. Gesamthandvermögen

§ 719 Abs. 1 BGB stellt zwei Verbote auf: Ein Gesellschafter kann weder über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen noch über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen verfügen und auch nicht die Teilung derselben verlangen ("Gesamthandvermögen"). § 719 Abs. 2 BGB schließlich verbietet die Aufrechnung eines Schuldners mit einer ihm gegen einen Gesellschafter zustehenden Forderung gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört.

4.3. Gegenstände des Gesellschaftsvermögens

Zum Gesellschaftsvermögen gehören nach § 718 Abs. 1 BGB die Beiträge der Gesellschafter sowie die von der Geschäftsführung für die GbR erworbenen Sachen und Rechte. Dies bedeutet jedoch nicht, dass beides automatisch in das Gesellschaftsvermögen übergeht, vielmehr müssen diese nach den allgemeinen Regeln von der GbR erworben werden (z.B. durch Übereignung an die Gesellschaft).

4.4. Beteiligung am Gesellschaftsvermögen

Im Zweifel sind alle Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zu gleichen Teilen beteiligt (§§ 722, 734 BGB). Im Gegensatz zum Recht der OHG (§ 122 HGB) und der KG (§ 169 HGB) spricht das BGB

nicht von Kapitalanteil; gleichwohl gibt es diesen Begriff auch im Recht der GbR als zahlenmäßigen Ausdruck der verhältnismäßigen Beteiligung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen. Diese Beteiligung kann abweichend vom Gesetz durch Vereinbarung unterschiedlich hoch sein und sich insbesondere nach der Höhe der Beiträge der einzelnen Gesellschafter richten.

Der Kapitalanteil ist in der Praxis Bezugsgröße für

- die Gewinnbeteiligung,
- den Anteil am Liquidationserlös und
- die Höhe des Stimmrechts.

Sind die Beiträge in Geld zu leisten, so ist es sinnvoll, für jeden Gesellschafter mehrere Kapitalkonten einzurichten in der Form, dass ein Konto (Kapitalkonto I) unveränderlich ist, vorbehaltlich einer Änderung des Gesellschaftsvertrages, und einen festen (vereinbarten) Betrag als Ausdruck der Beteiligung am Vermögen enthält. Auf ein veränderliches Kapitalkonto II werden z. B. Gewinn- und Verlustanteile oder Entnahmen und Einlagen gebucht.

4.5. *Zwangsvollstreckung*

Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der GbR kann aus einem gegen die parteifähige GbR gerichteten Urteil erfolgen. Zu beachten ist, dass der Gläubiger der GbR aufgrund der Mithaftung der Gesellschafter auch ein Urteil unmittelbar gegen einzelne Gesellschafter oder mehrere als Gesamtschuldner erwirken kann.

5. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

5.1. *Geschäftsführung*

5.1.1. *Abgrenzung Geschäftsführung-Vertretung*

Die §§ 709–715 BGB regeln die Geschäftsführung und die Vertretung der GbR.

Geschäftsführung ist jede in Verfolgung des Gesellschaftszwecks vorgenommene Handlung tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Art im Innen- oder Außenverhältnis. Vertretung dagegen ist nur die rechtsgeschäftliche Tätigkeit im Außenverhältnis gegenüber Dritten. Jeder Akt der Vertretung ist somit immer auch Geschäftsführung, während nicht jeder Akt der Geschäftsführung auch Vertretung ist.

Daneben stehen die Grundlagengeschäfte, die beispielsweise den Gesellschaftsvertrag oder die Geschäftspolitik betreffen. Diese werden grundsätzlich nicht von der Geschäftsführungsbefugnis (und Vertretungsmacht) erfasst und müssen von den Gesellschaftern gemeinsam vorgenommen werden.

5.1.2. *Gesetzliche Regelung*

Nach § 709 Abs. 1 BGB gilt grundsätzlich, dass die Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht. Für jedes Geschäft ist daher die Zustimmung aller erforderlich. Diese **Gesamtgeschäftsführung** bedeutet aber nicht, dass tatsächlich alle Gesellschafter gemeinsam handeln müssen, sondern dass der einzelne mit Zustimmung – also (vorheriger) Einwilligung (§ 182

BGB) – der anderen handeln kann. Die Zustimmung kann nur bei willkürlicher Verweigerung eingeklagt werden. Aufgrund der Schwerfälligkeit dieses Einstimmigkeitsprinzips sieht das Gesetz jedoch selbst in § 709 Abs. 2 BGB die Möglichkeit der Vereinbarung eines Mehrheitsbeschlusses vor. Hierbei hat mangels abweichender Vereinbarung jeder Gesellschafter eine Stimme (nach Köpfen).

Auch wenn Gesamtgeschäftsführung vorliegt, so ist in **Notfällen** jeder allein zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt, um die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens zu erhalten; dies ergibt sich aus einer analogen Anwendung des § 744 Abs. 2 BGB.

Weiterhin räumt das Gesetz in den §§ 710, 711 BGB noch andere Möglichkeiten ein. Nach § 710 BGB kann die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen werden, was zur Folge hat, dass die übrigen von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.

Ist die Geschäftsführung allen (§ 709 BGB) oder mehreren (§ 710 BGB) Gesellschaftern übertragen, so kann jeder berechtigt werden, alleine zu handeln ("Einzelgeschäftsführungsbefugnis"). In diesem Fall steht den übrigen geschäftsführenden Gesellschaftern (§ 711 BGB) ein Widerspruchsrecht zu, bei dessen Ausübung auch nur durch einen das Geschäft unterbleiben muss. Fehlt es bei mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern an einer Vereinbarung über die Einzelgeschäftsführungsbefugnis, so gilt § 709 BGB, so dass die Geschäftsführer **nur gemeinschaftlich** handeln können.

5.1.3. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Abweichend von den gesetzlichen Möglichkeiten können im Gesellschaftsvertrag andere Formen der Geschäftsführung vereinbart werden.

Beispiele:

Einem Gesellschafter wird Einzelgeschäftsführungsbefugnis, einem weiteren nur Gesamtgeschäftsführungsbefugnis mit dem ersten erteilt; Verteilung der Geschäftsführung nach Aufgabengebieten; grundsätzlich Einzelgeschäftsführung mehrerer bei Gesamtgeschäftsführung dieser Gesellschafter für bestimmte Geschäfte; Zustimmung aller Gesellschafter bei besonders wichtigen Geschäften; zeitliche Begrenzung der Geschäftsführungsbefugnis.

Die Vereinbarung sollte sich nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten im Einzelfall richten. Allerdings ist zu beachten, dass nach der h. M. die Übertragung der Geschäftsführung auf einen gesellschaftsfremden Dritten nicht möglich ist (**Verbot der Fremdgeschäftsführung**).

Diese Möglichkeit hat jedoch nach h. M. darin ihre Grenze, dass nicht alle Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden dürfen; zumindest ein Gesellschafter oder die Gesellschafter gemeinsam müssen unbeschränkt geschäftsführungsbefugt sein. Dies entspricht der parallelen Regelung des § 125 Abs. 3 HGB für die OHG.

5.2. Gesellschafterbeschlüsse

In den gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Fällen müssen die Gesellschafter über die Angelegenheiten der GbR Beschlüsse fassen und können diese Angelegenheiten nicht den geschäftsführenden Gesellschaftern überlassen.

Beispiele:

Vornahme der Gesamtgeschäftsführung (§ 709 BGB); Entziehung und Kündigung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 712 BGB); Entziehung der Vertretungsmacht (§ 715 BGB); Ausschluss

eines Gesellschafters (§ 737 BGB). In der Praxis wird die Einzelgeschäftsführungsbefugnis für folgende Geschäfte ausgeschlossen: Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken; Abschluss, Änderung und Aufhebung von Verträgen über die Vermietung, Verpachtung oder Gebrauchsüberlassung von Grundstücken über eine bestimmte Dauer hinaus; Investitionen über eine bestimmte Summe hinaus; Aufnahme oder Gewährung von Darlehen oder die Übernahme von Bürgschaften über eine bestimmte Summe hinaus; Klageerhebungen vor ordentlichen Gerichten, Verwaltungsgerichten oder Schiedsgerichten.

Zur Höhe des Stimmrechts gilt im Zweifel § 709 Abs. 2 BGB, wonach die Mehrheit nach der Zahl der Gesellschafter gebildet wird ("Abstimmung nach Köpfen"). Im Gesellschaftsvertrag wird jedoch regelmäßig eine abweichende Bestimmung der Stimmrechte vereinbart: So kann die Höhe der Beiträge oder die Höhe der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen (Kapitalanteil) oder am Gewinn maßgebend sein. Vereinbart werden kann auch eine einheitliche Stimmabgabe nach Familienstämmen.

5.3. Gewinn- und Verlustbeteiligung

Der Gesellschafter einer GbR hat aus dem Gesellschaftsvertrag heraus einen Anspruch auf Feststellung und Verteilung des Gewinnes. Umgekehrt besteht während des Bestandes der GbR kein Anspruch der GbR oder der übrigen Gesellschafter gegen einen Gesellschafter auf (anteilige) Ausgleichung eines Verlustes, denn dies stellte eine Beitragserhöhung dar und hierzu ist der Gesellschafter gem. § 707 BGB nicht verpflichtet. Nachschüsse von Beiträgen können nach § 735 erst im Rahmen der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung der GbR gefordert werden.

Nach § 721 Abs. 1 BGB erfolgt die Feststellung des Gewinns allerdings grundsätzlich erst nach Auflösung der GbR im Rahmen der Auseinandersetzung. Hiervon sieht § 721 Abs. 2 BGB eine Ausnahme für Dauergesellschaften vor, bei denen am Ende des Geschäftsjahres ein Rechnungsabschluss erfolgt. Hierunter wird eine den Verhältnissen der GbR angepasste Bilanz und eine Gewinn- und Verlustrechnung verstanden.

Nach § 722 BGB hat jeder Gesellschafter im Zweifel einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust der GbR ohne Rücksicht auf seine Beteiligung und seinen Beitrag. Diese Regelung gilt jedoch ausdrücklich nur, sofern nichts anderes bestimmt ist. Besonders häufig kommt die Verteilung nach Prozentsätzen oder nach der Höhe des Anteils am Gesellschaftsvermögen vor (Kapitalanteil). Ebenso ist eine Vorab-Verzinsung der Einlagen oder ein garantierter Mindestgewinn möglich. Auch ein Ausschluss eines Gesellschafters von der Gewinn- und/oder Verlustbeteiligung ist möglich, sofern noch ein gemeinsamer Zweck gegeben ist.

Grundsätzlich kann jeder Gesellschafter den ihm zustehenden Gewinnanteil entnehmen. Da es jedoch für die GbR i. d. R. weder sinnvoll noch tragbar ist, wenn der gesamte Gewinn entnommen wird, sind vertragliche Regelungen nötig und üblich, in welcher Höhe eine Entnahme zulässig sein soll. In Betracht kommen insbesondere eine prozentuale Beschränkung und die Festlegung von Mindestentnahmerechten.

5.4. Kontrollrecht und Auskunftsanspruch

Jeder Gesellschafter hat das Recht, sich über die Angelegenheiten der GbR persönlich zu unterrichten und die Bücher und Papiere einzusehen (§ 716 Abs. 1 BGB). Hierzu kann er einen Sachverständigen hinzuziehen; allerdings ist das Recht nicht übertragbar. Das Kontrollrecht verpflichtet die übrigen Gesellschafter zur Duldung, nicht zur Auskunft. Ein Auskunftsanspruch gegenüber einem Gesellschafter besteht als Teil des Kontrollrechtes aber dann, wenn die Einsicht

der Bücher und Papiere nicht ausreicht, um sich Klarheit über die Angelegenheit der GbR zu verschaffen.

5.5. Treuepflicht

Das Verhalten der Gesellschafter steht unter dem umfassenden Gebot der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, die ihre Grundlage im Grundsatz von Treu und Glauben hat (§ 242 BGB) und aus dem Gesellschaftsvertrag hergeleitet wird. Hiernach muss sich jeder Gesellschafter am Gesellschaftszweck orientieren und hat alles zu unterlassen, was diesem zuwiderläuft. Sie dient hauptsächlich dazu, bestehende Rechte und Pflichten gegenüber den Gesellschaftern und der GbR zu konkretisieren; neue Rechte oder Pflichten können nur ausnahmsweise aus ihr hergeleitet werden. Der Umfang der Treuepflicht richtet sich nach dem Einzelfall.

Beispiele:

Stimmabgabe in einem bestimmten Sinn, insbesondere wenn ein Pflichtverstoß eines geschäftsführenden Gesellschafters evident ist; Unterlassung von Wettbewerb; Unterlassung der eigenen Nutzung der Geschäftschancen der GbR und Unterlassung von rufschädigendem Verhalten.

Verstößt ein Gesellschafter gegen seine Treuepflicht, so kann auf Erfüllung sowie auf Schadensersatz geklagt werden.

6. Vertretungsmacht und Haftung

Für das Außenverhältnis der GbR gegenüber Dritten ist die Frage nach Vertretung und Haftung der GbR bzw. der Gesellschafter von größter Bedeutung. Hierbei geht es zunächst darum, wer vertreten darf und wird. Hiernach richtet sich, wer Schuldner und Gläubiger einer Leistung wird. Schließlich ist die Frage zu beantworten, wer bei Pflichtverstößen haftet.

Die gesetzliche Regelung der Vertretung findet sich in den §§ 714, 715 BGB. Wie sich aus § 714 BGB ergibt, geht das Gesetz im Zweifel von einer Parallelität von Geschäftsführung und Vertretungsmacht aus (s. zur Geschäftsführung oben). Bei Gesamtgeschäftsführungsbefugnis sind daher im Außenverhältnis nur alle Gesellschafter gemeinschaftlich zur Vertretung der GbR berechtigt. Entsprechendes gilt für den Fall des § 709 Abs. 2 BGB. Steht die Geschäftsführung gem. § 710 BGB nur einem oder mehreren gemeinschaftlich zu, gilt dies auch für die Vertretung. Ist die Geschäftsführung nach § 711 BGB geregelt, steht jedem Geschäftsführer Einzelvertretungsmacht zu.

Vertraglich kann natürlich die Vertretung auch gänzlich anders geregelt werden. Wie bei der Geschäftsführung ist auch Vertretung aufgrund Sondervollmacht, durch Gesellschafter oder Dritte, möglich. Wie dort muss aber mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt vertretungsberechtigt sein.

Nach heute h. M. vertritt der geschäftsführende Gesellschafter die GbR und er und die übrigen Gesellschafter der GbR haften neben dieser unmittelbar und persönlich gem. § 128 HGB analog als Gesamtschuldner. Da demnach sowohl Ansprüche gegenüber der GbR als auch gegenüber den Gesellschaftern begründet werden, stehen dem Gläubiger nun immer zwei parallele Anspruchsgrundlagen zur Verfügung.

Beispiel:

Verkauft der geschäftsführende Gesellschafter einem Dritten eine Sache des Gesellschaftsvermögens, so stehen dem Dritten gegenüber der GbR die Ansprüche aus § 433 Abs. 1 BGB auf Übergabe und Eigentumsverschaffung einer mangelfreien Sache zu. Die gleichen Ansprüche stehen dem Dritten gem. § 433 BGB, § 128 HGB analog gegenüber den Gesellschaftern der GbR als Gesamtschuldern zu.

vgl. Fall 22

Wird ein Gesellschafter für eine Schuld der GbR in Anspruch genommen, so stehen ihm jedoch sowohl gegenüber der GbR als auch gegenüber den übrigen Gesellschaftern Ausgleichansprüche zu. Gegenüber der GbR wird der Ausgleichsanspruch aus dem Gesellschaftsvertrag und § 774 BGB analog hergeleitet. Gegenüber den übrigen Gesellschaftern ergibt sich der Ausgleichsanspruch aufgrund der Gesamtschuld aus § 426 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB.

7. Veränderungen auf Gesellschafterebene

Nach § 717 S. 1 BGB sind die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, nicht übertragbar.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Mitgliedschaft (Geschäftsanteil) des einzelnen Gesellschafter und der einzelnen Rechte der Gesellschafter aufgrund ihrer Gesellschafterstellung.

a)

Die **Einzelrechte** der Gesellschafter aufgrund ihrer Gesellschafterstellung sind vorbehaltlich der Ausnahme des § 717 S. 2 BGB nicht übertragbar.

Es gilt dabei das sog. **Abspaltungsverbot**, wonach insbesondere das Stimmrecht des Gesellschafter und das Recht auf Mitwirkung an Geschäftsführung und Vertretung nicht auf einen Dritten übertragen werden kann. Eine Ausnahme bildet die Vorschrift des § 717 S. 2 BGB, wonach Ansprüche, die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehen, , soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf Dasjenige, was dem Gesellschafter bei einer Auseinandersetzung zukommt, übertragen werden können.

b)

Die **Mitgliedschaft** bezeichnet die Stellung des im Ganzen in der Gesellschaft, ist Inbegriff all seiner persönlichen, vermögensrechtlichen, kooperativen Rechte und Pflichten. Die Mitgliedschaft als solches, also der Geschäftsanteil, kann übertragen werden.

Die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft als solche setzt voraus, dass der Gesellschaftsvertrag dies zulässt oder alle Gesellschafter zustimmen.

vgl. Fall 23

7.1. Beitritt eines Gesellschafter

Obwohl gesetzlich nicht geregelt, ist der Beitritt eines neuen Gesellschafter durch Vertrag mit allen übrigen Gesellschaftern ohne weiteres möglich. Im Gesellschaftsvertrag kann geregelt werden, dass der Beitritt eines Gesellschafter durch die Mehrheit oder sogar eine Minderheit der Gesellschafter

beschlossen werden kann. Diese Regelung muss ausdrücklich erfolgen, da es sich nicht um einen normalen Mehrheitsbeschluss der geschäftsführenden Gesellschafter handelt.

Durch den Beitritt wächst dem Beitretenden ohne weiteren Übertragungsakt eine Beteiligung am Gesamthandvermögen an. Für bestehende Schulden der GbR haftet der Beitretende gem. § 130 HGB analog persönlich.

7.2. Ausscheiden eines Gesellschafters

Das Ausscheiden eines Gesellschafters ist in den §§ 736–740 BGB gesetzlich geregelt. Hiernach kann vertraglich vereinbart werden, dass entgegen der grundlegenden gesetzlichen Konzeption bei Kündigung (§ 723 BGB), Tod (§ 727 BGB) oder Insolvenz (§ 728 BGB) eines Gesellschafters die GbR nicht aufgelöst, sondern von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird und nur der betroffene Gesellschafter ausscheidet.

Nach § 737 BGB kann ein Gesellschafter aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden, wenn die Fortsetzung der GbR im Falle der Kündigung des Gesellschafters vertraglich vereinbart ist.

Allgemein ist ein wichtiger Grund z.B. gegeben, wenn das Vertrauensverhältnis nachhaltig erschüttert ist, so z. B. wenn ein Gesellschafter Gelder der GbR veruntreut hat.

Schließlich ist auch nachträglich jederzeit als Vertragsänderung das Ausscheiden eines Gesellschafters im Wege der Vereinbarung zwischen allen Gesellschaftern möglich.

vgl. Fall 23

Die Folgen des Ausscheidens regeln die §§ 738–740 BGB: Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern zu. Seine Vermögensträgerschaft erlischt, die der anderen Gesellschafter erweitert sich entsprechend. Die Identität der Gesamthand gilt als gewahrt. Insbesondere eine Eintragung im Grundbuch ist nicht erforderlich.

Gegenstände, die der Ausscheidende der GbR zur Benutzung überlassen hatte, sind gem. §§ 738 Abs. 1 Satz 2, 732 BGB an diesen zurückzugeben.

Der Ausscheidende erlangt einen Abfindungsanspruch, der grundsätzlich danach zu berechnen ist, was er bei einer Auflösung der GbR erhalten würde. Es ist eine sog. Abschichtungsbilanz (Auseinandersetzungsbilanz) nach Maßgabe der §§ 733, 734 BGB aufzustellen. Hierbei ist der Verkehrswert der GbR zu schätzen und insbesondere auch der Goodwill und die offenen und stillen Reserven zu berücksichtigen. Da es keine normierten Bewertungsmethoden gibt, empfiehlt es sich, im Gesellschaftsvertrag festzulegen, wer den Sachverständigen und die Bewertungsmethode bestimmt.

Problematisch ist die Buchwertklausel, wonach der Ausscheidende auf den Buchwert seines Abfindungsguthabens beschränkt wird und Goodwill und stille Reserven bei der Berechnung unberücksichtigt bleiben. Unwirksam ist eine solche Klausel jedenfalls dann, wenn sie schon bei ihrem Abschluss den später ausscheidenden Gesellschafter oder dessen Gläubiger in sittenwidriger oder aus sonstigen Gründen in gesetzlich missbilliger Weise benachteiligt.

Gem. § 739 BGB muss er sich am Verlust beteiligen, wenn die Abschichtungsbilanz einen Fehlbetrag ausweist.

Besteht die GbR nur aus zwei Personen, so ist ein Ausscheiden begrifflich nicht möglich. Da es eine Einmann-GbR grundsätzlich nicht gibt, erlischt die GbR automatisch. Allerdings kann die Übernahme des Gesellschaftsvermögens unter Abfindung des anderen vertraglich vereinbart werden.

8. Die Lehre von der faktischen Gesellschaft

8.1. Allgemeines

Beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages können nach allgemeinem Zivilrecht Wirksamkeitshindernisse bestehen, die zur Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages oder zu seiner Anfechtbarkeit führen.

Beispiele hierfür sind:

- fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit der Gesellschafter (§ 105 BGB, § 106 BGB)
- Nichteinhaltung der gebotenen Formvorschriften (z.B. § 311 b I BGB, § 125 BGB)
- Sittenwidrigkeit des Gesellschaftsvertrages (§ 138 BGB) oder Verstoß gegen eine gesetzliche Verbot (§ 134 BGB)
- Anfechtung der Beitrittserklärung zur Gesellschaft wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung (§ 142 BGB)

Oftmals sind solche Mängel weder den Gesellschaftern noch dem Rechtsverkehr bekannt, so dass die Gesellschaft von allen Beteiligten als wirksam entstanden betrachtet wird. In diesen Fällen würde die anfängliche Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages unter Umständen zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen, weil die Gesellschaft als solche nicht entstanden ist und viele Rechtsgeschäfte über Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) rückabzuwickeln wären. Es besteht also das Bedürfnis, den Bestand der Gesellschaft für die vergangene Zeit zu schützen.

Aus diesem Grund wurde die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft entwickelt. Im Kern geht es darum, diese Rückabwicklung zu verhindern, indem die aus dem allgemeinen Zivilrecht folgende anfängliche bzw. rückwirkende Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages eingeschränkt wird. Statt dessen wird die Gesellschaft sowohl im Innen- wie im Außenverhältnis für die Vergangenheit als wirksam behandelt und kann lediglich für die Zukunft vernichtet werden. Die gleiche Problematik stellt sich beim fehlerhaften Arbeitsverhältnis.

Der Anwendungsbereich der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist primär die fehlerhafte Gründung einer Gesellschaft. Darüber hinaus gilt sie jedoch auch beim fehlerhaften Eintritt in eine Gesellschaft, beim fehlerhaften Austritt aus einer Gesellschaft und bei der fehlerhaften Übertragung der Gesellschafterstellung.

8.2. Voraussetzungen

8.2.1. Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag

Die Gesellschafter müssen versucht haben, einen wirksamen Gesellschaftsvertrag zu schließen. Der Gesellschaftsvertrag muss fehlerhaft sein, indem er an Mängeln leidet, die nach den allgemeinen Vorschriften des BGB zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit führen.

8.2.2. *Invollzugsetzen der Gesellschaft*

Da es um die Vermeidung von Rückabwicklungsschwierigkeiten geht, gilt die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nur, wenn die Gesellschaft in Vollzug gesetzt wurde.

Dies ist unstreitig gegeben, wenn die Gesellschaft ihre Tätigkeit nach außen aufnimmt. Das kann durch die Aufnahme des Geschäftsbetriebes erfolgen oder durch bloße Vorbereitungshandlungen (Bsp.: Anmietung von Geschäftsräumen; vgl. § 123 II HGB).

Fehlt es am Merkmal des Invollzugsetzens, so gibt es idR auch keine Gründe, die gegen die Anwendung der anfänglichen bzw. rückwirkenden Nichtigkeitsfolgen sprechen. Die Rückabwicklung einzelner Vermögensverschiebungen kann dann unproblematisch über §§ 812 ff. BGB erfolgen.

8.2.3. *Rechtsfolgen*

Gesellschafter, die über eine längere Zeit ausschließlich für die Gesellschaft tätig geworden sind, und über keine andere Einkommensquelle verfügen, dürfen untereinander darauf vertrauen, dass sich ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten nach dem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag richten, der ihre Absichten im Zweifel auch für den Fall ausdrückt, dass sich ihr Vertrag als ungültig erweist. Bzgl. des im Vertrauen auf das Bestehen der Gesellschaft gebildeten Gesellschaftsvermögens enthalten die Vorschriften über die Auseinandersetzung (§§ 730 ff. BGB) die interessengerechteren Regelungen für dessen Verteilung unter den Gesellschaftern.

Wegen der beschränkten Nichtigkeitsfolgen kann die Gesellschaft daher nur **für die Zukunft beseitigt** werden, indem der entsprechende Mangel des Gesellschaftsvertrages geltend gemacht wird. Für die **Vergangenheit** wird die fehlerhafte Gesellschaft hingegen im Innen- und Außenverhältnis **als bestehend** behandelt.

Stellt sich nachträglich ein Mangel des Gesellschaftsvertrages heraus, hat dies folgende Konsequenzen für den Fortbestand der Gesellschaft: der fehlerhafte Vertragsschluss bildet nach hM einen wichtigen Grund für die **Auflösung** der Gesellschaft. Ein Gesellschafter kann daher die Auflösung der GbR, OHG oder KG für die Zukunft gerichtlich herbeiführen.

Hinsichtlich der Behandlung der Gesellschaft für die **Vergangenheit** gilt folgendes:

Im Innenverhältnis richten sich die Rechte und Pflichten der Gesellschafter grundsätzlich **solange** nach dem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag, bis der Mangel des Gesellschaftsvertrages **geltend gemacht wird**. Dies bedeutet etwa, dass entstandene Gewinne und Verluste zu verteilen sind und grundsätzlich auch die Beitragspflichten zu erfüllen sind. Auch die Geschäftsführungs- und Vertretungsregeln sowie die gesellschaftliche Treuepflicht gelten bis zur Auflösung der Gesellschaft. In der Klausur ist daher regelmäßig bis zur Auflösung vom Normalfall einer bestehenden Gesellschaft auszugehen.

Im Außenverhältnis bestimmt sich das Verhältnis der fehlerhaften Gesellschaft zu Dritten bis zur Auflösung nach § 124 I HGB, d.h. sie nimmt **als wirksam entstandene Gesellschaft** am Rechtsverkehr teil. Auch die Gesellschafterhaftung nach § 128 S. 1 HGB besteht ohne weiteres.

8.2.4. *Keine entgegenstehenden Interessen*

Die Rechtsfolge der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft besteht in der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen. Aus dem Schutzzweck der jeweiligen Nichtigkeitsnorm kann sich jedoch ergeben, dass diese Beschränkung nicht hinnehmbar ist und vom Regelfall der anfänglichen Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages auszugehen ist.

vgl. Fall 21

Dies kann unter zwei Aspekten geboten sein:

a)

Vorrangige Allgemeininteressen können es gebieten, die Nichtigkeitsfolge nicht zu beschränken. Dies ist z.B. der Fall bei Gesetzesverstoß oder grober Sittenwidrigkeit des Gesellschaftszwecks. Hier wäre es nicht gerechtfertigt, der Gesellschaft auch nur für eine begrenzte Zeit die Wirksamkeit zuzusprechen. In diesen Fällen besteht daher die Nichtigkeit von Anfang an, und es erfolgt ggf. eine Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen nach §§ 812 ff. BGB. Im Verhältnis nach außen haften die Gesellschafter jedoch trotzdem nach § 128 S. 1 HGB.

b)

Auch wegen **schutzwürdiger Interessen einzelner Personen** kann sich die anfängliche Nichtigkeit ergeben.

Beispiel hierfür ist die Unwirksamkeit infolge **fehlender Geschäftsfähigkeit**: Zur Verwirklichung des aus §§ 104 ff. BGB gebotenen Minderjährigenschutzes wird nach hM der nicht voll Geschäftsfähige **von Anfang an nicht Mitglied der Gesellschaft**. Er kann die Vorteile aus der Mitgliedschaft verlangen, etwa den Gewinn, unterliegt jedoch nicht den Pflichten.

9. Auflösung und Beendigung

Die Auflösung und Beendigung der GbR sind gesetzlich durch die §§ 723–735 BGB geregelt.

Die GbR kann, auch wenn gesetzlich nicht ausdrücklich angesprochen, durch einstimmigen oder, wenn im Vertrag vorgesehen, mehrheitlichen **Beschluss** der Gesellschafter aufgelöst werden.

Ein weiterer Grund ergibt sich indirekt aus § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB: **Ablauf der Zeit**, für die die GbR gegründet wurde. Ist z. B. eine Vertragsdauer von zwei Jahren vorgesehen, so endet die GbR automatisch nach Ablauf der zwei Jahre (wenn nicht die Gesellschafter beschließen, sie fortzusetzen).

Die Auflösung erfolgt auch aufgrund **Kündigung durch einen Gesellschafter** (§§ 723, 724 BGB): Die Kündigung ist ohne Kündigungsgrund und ohne Einhaltung einer Frist zulässig, es sei denn, die GbR ist auf bestimmte Zeit eingegangen oder eine Kündigungsfrist im Vertrag bestimmt. Aus wichtigem Grund kann jederzeit gekündigt werden, wobei ein solcher Grund nach dem Gesetz insbesondere in der grob schuldhaften Pflichtverletzung eines anderen Gesellschafters oder im Unmöglichwerden der Erfüllung einer wesentlichen Verpflichtung liegt. Ein wichtiger Grund ist außerdem nach § 723 Abs. 1 Nr. 2 BGB die Vollendung des 18. Lebensjahres. Die schuldhafte **Kündigung zur Unzeit**, also zu einem Zeitpunkt, in dem sie die GbR schädigt, ist nicht unwirksam, sondern führt zur Schadensersatzpflicht. Ein Ausschluss oder eine Beschränkung des Kündigungsrechts sind nichtig.

Die GbR besteht nur so lange fort, wie es der Zweck der Auseinandersetzung erfordert (§ 730 Abs. 2 BGB). Die GbR gilt im Hinblick auf die Abwicklung als fortbestehend ("**Abwicklungsgesellschaft**"). Die Abwicklungsgesellschaft ist eine GbR mit der Abwicklung als Zweck. Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter bestehen insoweit fort, als dies zur Erreichung dieses neuen Zwecks erforderlich ist. Dies gilt insbesondere für das **Wettbewerbsverbot**. Solange die Abwicklungsgesellschaft besteht, sind die Gesellschafter daran gehindert, sich das Vermögen der GbR (z. B. den Goodwill oder die Geschäftsbeziehungen) einseitig zunutze zu machen.

Die Abwicklung geschieht gem. §§ 730 Abs. 2, 732–735 BGB in mehreren Schritten, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag oder nachträglich (§ 731 Satz 1 BGB) eine andere Form vereinbart wird:

- Schwebende Geschäfte werden beendet (§ 730 Abs. 2 Satz 1 BGB);
- Gegenstände, die ein Gesellschafter der GbR zur Benutzung überlassen hatte, sind ihm zurückzugeben, wobei er allerdings nicht Ersatz für zufälligen Untergang oder Verschlechterung verlangen kann (§ 732 BGB);
- Aus dem Gesellschaftsvermögen sind die Gesellschaftsschulden zu begleichen (§ 733 Abs. 1 BGB);
- Den Gesellschaftern sind ihre Einlagen zurückzuerstatten (§ 733 Abs. 2 Satz 1 BGB), wobei für Dienstleistungen für die GbR oder für die Gebrauchsüberlassung von Gegenständen nichts gezahlt wird; Einlagen, die nicht in Geld bestanden, werden nicht in Natur zurückgegeben, vielmehr erfolgt ein Wertersatz, wobei die Wertsteigerung seit der Einbringung unberücksichtigt bleibt;
- Der Rest wird verteilt, und zwar nach dem Verhältnis der Anteile am Gewinn (§ 734 BGB); die Teilung erfolgt gem. §§ 731 Satz 2, 752 ff. BGB in Natur, hilfsweise durch Verkauf der Gegenstände oder Forderungen oder Zwangsversteigerung von Grundstücken;
- Entsteht ein Verlust, so haben die Gesellschafter nunmehr eine Nachschusspflicht (§ 735 BGB) nach dem Verhältnis, in dem sie den Verlust zu tragen haben; die Nachschusspflicht ist dispositiv, da die Gesellschafter ohnehin persönlich haften.

Die **Beendigung** der GbR tritt mit dem Abschluss der Abwicklung ein.

§ 3 Die offene Handelsgesellschaft (OHG)

1. Begriff und Rechtsgrundlagen

Eine offene Handelsgesellschaft (im Folgenden: OHG) ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei der alle Gesellschafter unbeschränkt haften (§ 105 Abs. 1 HGB).

Die gesetzlichen Grundlagen für die OHG finden sich in den §§ 105–160 HGB. Ergänzend gelten gem. § 105 Abs. 3 HGB die §§ 705–740 BGB über die GbR.

Die tatsächliche Bedeutung der OHG ist gering, da diese keine Einschränkung der persönlichen Haftung ermöglicht. Hieran änderte es auch nichts, dass durch das zum 1.7.1998 in Kraft getretene Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) vom 22.6.1998 gem. § 105 Abs. 2 HGB auch

Kleingewerbebetriebe und nur eigenes Vermögen verwaltende Gesellschaften als OHG betrieben werden können.

2. Abgrenzung zur KG

Eine KG ist eine OHG, bei der mindestens ein Gesellschafter (Komplementär) mit seinem gesamten Vermögen und mindestens ein Gesellschafter (Kommanditist) nur mit einer Einlage haften.

3. Rechtsfähigkeit

Die OHG ist keine juristische Person, sondern eine rechtlich weitgehend verselbständigte GbR. Anders als bei der GbR ist die Rechtsfähigkeit der OHG gesetzlich geregelt, denn gem. § 124 Abs. 1 HGB kann die OHG unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen.

vgl. Fall 24

Nach der gesetzlichen Konzeption der §§ 105 ff. HGB war die OHG im Grunde selber nicht rechtsfähig, sondern das Gesellschaftsvermögen der OHG war ebenso wie das der GbR ein zweckgebundenes Sondervermögen der Gesellschafter ("Gesamthandsvermögen"). Hiernach war der einzelne Gesellschafter Träger des gemeinschaftlichen Vermögens, seine Herrschaftsmacht war jedoch beschränkt durch die der anderen Gesellschafter.

Nach der grundsätzlichen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ist diese Konzeption überholt.

Wie in den §§ 120–122 HGB vom Gesetzgeber unterstellt, enthalten in der Praxis Gesellschaftsverträge überwiegend eine Regelung über den Anteil der Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen ("Kapitalanteil", vgl. § 120 Abs. 2 HGB). Enthält der Gesellschaftsvertrag eine solche Regelung nicht, so sind im Zweifel alle Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zu gleichen Teilen beteiligt (§ 105 Abs. 3 HGB i.V.m. §§ 722, 734 BGB).

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die OHG gerichteter Schuldtitel erforderlich (§ 124 Abs. 2 HGB). Aus einem Schuldtitel gegen einen oder alle Gesellschafter kann nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden. Zu beachten ist allerdings, dass der Gläubiger der OHG über § 128 HGB auch ein Urteil unmittelbar gegen die Gesellschafter als Gesamtschuldner erwirken kann.

4. Gründung

Eine OHG entsteht, wenn ein Handelsgewerbe betrieben wird, kraft Gesetzes gem. § 105 Abs. 1 HGB oder gem. § 105 Abs. 2 HGB, wenn die Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist.

Das Gesetz unterscheidet in § 123 HGB zwischen dem Entstehen und der Wirksamkeit der OHG: Die OHG entsteht im Innenverhältnis mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages, im Außenverhältnis aber erst mit Eintragung in das Handelsregister. Beginnt die OHG ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, erlangt sie gem. § 123 Abs. 2 HGB **bereits mit Geschäftsbeginn** Wirksamkeit. Dies gilt nicht für eine OHG, die nur eigenes Vermögen verwaltet (§ 105 Abs. 2 HGB), und Kleingewerbetreibende (§ 2 HGB), da diese erst durch die Eintragung überhaupt zur OHG werden.

Bis zu ihrer Wirksamkeit gilt die Gesellschaft zugunsten Dritter als GbR.

Zur Gründung einer OHG ist ein Gesellschaftsvertrag erforderlich (vgl. § 105 Abs. 3 HGB, § 705 BGB). Anders als bei der GbR ist es notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrages, dass der Zweck der Gesellschaft entweder auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 105 Abs. 1 HGB), eines Kleingewerbes oder auf die Verwaltung eigenen Vermögens (§ 105 Abs. 2 Satz 1 HGB) unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist.

Grundsätzlich ist der Gesellschaftsvertrag formfrei. Wenn eine Formvorschrift nicht beachtet wird, greifen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ein.

Die Vereinbarung der Gesellschafter über den Betrieb eines Handelsgewerbes als gemeinsamer Zweck ist begriffsnotwendig für die Existenz der OHG.

Die Gesellschafter sind im Rahmen des Gesellschaftsvertrages zur Förderung des Betriebes des Handelsgewerbes durch die vereinbarten Beiträge verpflichtet. Der Begriff des Beitrages ist weit und umfasst letztlich jede mögliche Leistung. Die in der Praxis regelmäßig verwendeten Begriffe "Kapitalanteil" oder "Einlage" meinen einen geleisteten Bar- oder Sachbeitrag. Da die Beiträge aber z. B. auch in Form von Dienstleistungen erbracht werden können, ist eine OHG auch ohne Kapitalanteil oder Einlage möglich.

Für die OHG besteht Eintragungszwang, d. h., sie muss zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Das Registergericht kann die Anmeldung nötigenfalls durch Festsetzung eines Zwangsgeldes erzwingen.

Die Eintragung ist, sofern ein Handelsgewerbe betrieben wird, deklaratorisch, ansonsten konstitutiv.

5. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

5.1. *Geschäftsführung*

Nach der gesetzlichen Konzeption sind alle Gesellschafter der OHG einzeln zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet (§§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 Halbs. 1 HGB).

Die Geschäftsführungsbefugnis erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der OHG mit sich bringt (§ 116 Abs. 1 HGB).

Beispiele:

Organisation und Einsatz der Mitarbeiter; Abschluss von Kauf-, Werk- und Dienstverträgen mit Lieferanten, Mitarbeitern und Kunden.

Zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter erforderlich (§ 116 Abs. 2 HGB).

Die Geschäftsführungsbefugnis kann im **Gesellschaftsvertrag** eingeschränkt oder erweitert werden. Auf eine Einschränkung kann sich die OHG im Außenverhältnis nur berufen, wenn diese im Handelsregister eingetragen ist (§ 15 Abs. 1 HGB).

Die Übertragung der Geschäftsführung auf einen gesellschaftsfremden **Dritten** ist **nicht möglich**. Es dürfen nicht alle Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden. **Zumindest ein Gesellschafter** muss oder die Gesellschafter gemeinsam müssen gem. § 125 Abs. 3 HGB **unbeschränkt geschäftsführungsbefugt** sein.

vgl. Fall 26

§ 118 HGB gibt den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern ein umfassendes Recht, sich über die Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu informieren und die Geschäftsführung zu kontrollieren. Hierzu dürfen sie alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen.

In den gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Fällen müssen die Gesellschafter über die Angelegenheiten der OHG **Beschlüsse** fassen und können diese Angelegenheiten nicht den geschäftsführenden Gesellschaftern überlassen. Beschlüsse sind erforderlich bei ungewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen (§ 116 Abs. 2 HGB) und Angelegenheiten, die die Rechte und Pflichten der Gesellschafter betreffen. Zudem können die geschäftsführenden Gesellschafter in allen durch den Gesellschaftsvertrag der Geschäftsführung überlassenen Angelegenheiten diese an sich ziehen und durch Beschlüsse entscheiden.

5.2. Stimmrecht

Grundsätzlich hat jeder Gesellschafter gem. § 119 Abs. 1 HGB ein Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen. Sind nicht alle Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt, so haben aber bei Beschlüssen über die Geschäftsführung gem. § 115 Abs. 2 HGB nur die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter ein Stimmrecht.

5.3. Beschlussfassung

Für die Fassung von Beschlüssen ist keine Gesellschafterversammlung erforderlich. Gesellschaftsverträge sehen aber i. d. R. eine Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung vor. Mangels abweichender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag gilt gem. § 119 Abs. 1 HGB das **Einstimmigkeitsprinzip** ungeachtet der Beteiligungsverhältnisse und des Beschlussgegenstandes.

5.4. Treuepflicht

Das Verhalten der Gesellschafter steht unter dem umfassenden Gebot der Treuepflicht, die ihre Grundlage im Grundsatz von Treu und Glauben hat (§ 242 BGB) und aus dem Gesellschaftsvertrag hergeleitet wird. Hiernach muss sich jeder Gesellschafter am Gesellschaftszweck orientieren und hat alles zu unterlassen, was diesem zuwiderläuft (s.o. bei der GbR)

5.5. Wettbewerbsverbot

Die Gesellschafter einer OHG unterliegen nach der gesetzlichen Konzeption nur einem eingeschränkten Wettbewerbsverbot. Sie dürfen gem. § 112 Abs. 1 HGB, solange sie Gesellschafter sind, weder in dem Handelszweig der OHG Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilnehmen. Jede andere Form der Beteiligung ist hingegen zulässig. Aus § 112 Abs. 1 HGB ergibt sich, dass ein Gesellschafter von den übrigen Gesellschaftern durch Einwilligung von dem Wettbewerbsverbot befreit werden kann. In § 112 Abs. 2 HGB ist geregelt, dass die Einwilligung zur Teilnahme an anderen gleichartigen

Handelsgesellschaften als erteilt gilt, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages der OHG die Teilnahme bekannt war und trotzdem die Unterlassung nicht ausdrücklich vereinbart wird. Diese gesetzliche Vermutung ist zwingend.

Verletzt ein Gesellschafter das Wettbewerbsverbot, kann die OHG gem. § 113 Abs. 1 HGB entweder Schadensersatz oder Überleitung der unter Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot gemachten Geschäfte und Gewinne auf die OHG verlangen. Voraussetzung ist ein Verschulden des Gesellschafters, wobei sich der Verschuldensmaßstab gem. § 708 BGB auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beschränkt.

Die Geltendmachung der Ansprüche nach § 113 Abs. 1 HGB ist gem. § 113 Abs. 2 HGB nur aufgrund eines Beschlusses aller übrigen Gesellschafter möglich.

6. Vertretung

Die gesetzlichen Regelungen der Vertretung der OHG finden sich in den §§ 125–127 HGB.

Gemäß § 125 Abs. 1 HGB wird die OHG durch jeden Gesellschafter einzeln vertreten (**Einzelvertretungsbefugnis**). Anders als bei juristischen Personen (z.B. GmbH, AG) handelt es sich um eine Stellvertretung nach den §§ 164 ff. BGB und nicht um organschaftliches Handeln.

Davon abweichend kann im **Gesellschaftsvertrag** bestimmt werden, dass einzelne Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind, alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind (**Gesamtvertretung**) oder dass die Gesellschafter, handeln nicht mehrere zusammen, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung berechtigt sein sollen (§ 125 Abs. 2 und 3 HGB) („**unechte Gesamtvertretung**“).

vgl. Fall 26

Gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB ist die Art der Vertretungsmacht der Gesellschafter zum **Handelsregister** anzumelden.

Handelt bei Gesamtvertretung ein Gesamtvertreter ohne Mitwirkung der anderen, ist er Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 BGB), das Geschäft ist schwebend unwirksam.

Den Umfang der Vertretungsmacht regelt im **Außenverhältnis** zwingend § 126 HGB. Danach erstreckt sich die Vertretungsmacht auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen.

Im **Innenverhältnis** kann die Vertretungsmacht **eingeschränkt** werden. Überschreitet der geschäftsführende Gesellschafter diese Einschränkung, so ist das Rechtsgeschäft im Außenverhältnis zwar wirksam, aber im Innenverhältnis macht er sich ggf. schadensersatzpflichtig.

Die Vertretungsmacht kann aus den gleichen Gründen entzogen werden wie die Geschäftsführungsbefugnis.

7. Haftung

Seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR besteht hinsichtlich der Frage der Haftung bei einer OHG Parallelität: Dem Gläubiger stehen zwei parallele Anspruchsgrundlagen gegenüber der OHG und mittels § 128 HGB gegenüber den Gesellschaftern als Gesamtschuldern zur Verfügung. Die OHG und die Gesellschafter sind keine Gesamtschuldner.

vgl. Fall 24

Die Haftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der OHG besteht gem. § 160 HGB auch nach seinem Ausscheiden für diejenigen Verpflichtungen fort, deren Rechtsgrund zum Zeitpunkt des Ausscheidens bereits begründet (dem Grunde nach angelegt) waren. Gemäß § 160 Abs. 1 HGB ist die Haftung insoweit beschränkt, als die Verbindlichkeiten vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig geworden sind und daraus Ansprüche gegen den Ausgeschiedenen gerichtlich geltend gemacht worden sein müssen. Für die Wahrung der Frist genügt nicht die Inanspruchnahme der OHG, da es sich nach § 128 HGB um selbständige Anspruchsgrundlagen handelt. Innerhalb der Frist muss also der Gesellschafter selbst in Anspruch genommen worden sein.

Ein **neu eintretender Gesellschafter** haftet wie die Altgesellschafter gem. § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der OHG, und zwar auch für diejenigen, die vor seinem Eintritt begründet worden sind (§ 130 Abs. 1 HGB). Entgegenstehende Vereinbarungen der Gesellschafter sind Dritten gegenüber unwirksam (§ 130 Abs. 2 HGB). Abweichend vereinbart werden kann ein Ausgleich oder eine Freistellung durch die Altgesellschafter im Innenverhältnis.

Die gem. § 128 HGB persönlich haftenden Gesellschafter sind im Verhältnis untereinander Gesamtschuldner. Es gelten daher die §§ 421 ff. BGB. Hat ein Gesellschafter nach § 128 HGB an einen Gläubiger der OHG geleistet, kann er über § 110 HGB von der OHG vollen Ersatz fordern. Gegen die übrigen Gesellschafter stehen ihm Mitwirkungs- und Ausgleichsansprüche gem. § 426 BGB zu. Bevor er diese geltend macht, muss er jedoch versuchen, Erstattung von der Gesellschaft zu erlangen.

8. Veränderungen auf Gesellschafterebene

8.1. Wegfall eines Gesellschafters

Der Wegfall eines Gesellschafters aus der OHG ist in den §§ 131 ff. HGB geregelt.

Der Wegfall eines Gesellschafters führt bei der OHG gem. § 131 Abs. 3 HGB zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters, während die OHG fortbesteht.

8.2. Ausschluss eines Gesellschafters

Ein Gesellschafter kann nach den §§ 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6, 133, 140 HGB aus wichtigem Grund durch Beschluss der übrigen Gesellschafter ausgeschlossen werden.

Bezüglich der Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gelten die Ausführungen zur GbR (s.o.)

Dem Ausschluss steht nicht entgegen, wenn hiernach nur ein Gesellschafter verbleibt. Da es eine Einmann-OHG grundsätzlich nicht gibt, erlischt die OHG automatisch. Nach § 142 Abs. 1 Satz 2 HGB besteht aber ein gesetzliches Übernahmerecht für den nicht ausgeschlossenen Gesellschafter.

Bezüglich der Folgen des Ausscheidens geltend die Ausführungen zur GbR (s. oben).

8.3. *Tod eines Gesellschafters*

Durch den Tod scheidet der Gesellschafter nicht nur aus dem Leben, sondern gem. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB auch aus der OHG aus. Anders als die GbR wird die OHG nach der gesetzlichen Konzeption nicht aufgelöst, sondern von den übrigen Gesellschaftern **fortgeführt**. Die Erben folgen daher nicht in die Stellung des Erblassers als Gesellschafter nach. Den Erben steht bei Fehlen einer abweichenden Regelung der **Abfindungsanspruch** des verstorbenen Gesellschafters gegenüber der OHG zu (§ 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dieser Abfindungsanspruch übersteigt häufig die Liquidität der OHG, was in der Praxis zu großen Problemen führen kann.

Vor diesem Hintergrund ist bei einer OHG aus natürlichen Personen eine einfache oder qualifizierte Nachfolgeklausel anzuraten. Gleiches gilt für die Gestaltung der Abfindungsregelung.

8.4. *Kündigung des Gesellschafters*

Die Kündigung der OHG durch einen Gesellschafter führt anders als bei der GbR auch hier nicht zur Auflösung der OHG, sondern gem. § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 HGB zum **Ausscheiden** des kündigenden Gesellschafters. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass diese gesetzliche Vorschrift die Eigenkündigung des Gesellschafters meint und nicht einen Ausschluss durch die übrigen Gesellschafter.

Ist die OHG auf unbestimmte Zeit eingegangen, dann kann die ordentliche Kündigung ohne wichtigen Grund gem. § 132 HGB nur bis sechs Monate vorher zum Schluss des Geschäftsjahres erfolgen. Daneben ist eine Kündigung aus wichtigem Grund jederzeit möglich. Im Übrigen gelten die Ausführungen zur GbR.

8.5. *Regelungen im Gesellschaftsvertrag*

Der Gesellschaftsvertrag kann gem. § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 HGB das automatische Ausscheiden eines Gesellschafters zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bei Eintritt einer bestimmten Bedingung vorsehen. Die Befristung oder Bedingung muss hinreichend bestimmt sein.

Beispiele:

Kündigung aus wichtigem Grund durch einen Gesellschafter, Alter, Krankheit, Verlust der Berufszulassung, Heirat, Scheidung.

Der ausscheidende Gesellschafter hat mangels einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag einen Abfindungsanspruch. Es gelten die Ausführungen zur GbR (s. oben).

9. **Auflösung und Beendigung**

Die Auflösung und Beendigung der OHG sind gesetzlich durch die §§ 131–158 HGB geregelt.

Folgende Auflösungsgründe sind anerkannt:

- durch Beschluss: die OHG kann gem. § 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter aufgelöst werden.

- Zeitablauf (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 HGB: Ablauf der Zeit, für die die OHG gegründet wurde.
- auflösende Bedingung
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft (gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB).
- Auflösung durch gerichtliche Entscheidung (Voraussetzung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes).

Beispiele:

Körperverletzung, Beleidigung, Verleumdung von Mitgesellschaftern, Krankheit, dauerndes Zerwürfnis der Gesellschafter.

Auf die Auflösung der Gesellschaft folgt nach der gesetzlichen Konzeption die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern im Wege der Liquidation. Ziel ist die Herbeiführung der Vollbeendigung. Wie die Liquidation vorzunehmen ist, regeln §§ 145–158 HGB. Der Gesellschaftsvertrag kann statt der Liquidation auch eine andere Art der Auseinandersetzung vorsehen. Die Gesellschafter können diese auch durch Beschluss (regelmäßig Einstimmigkeitserfordernis) vereinbaren.

Die Haftung der Gesellschafter aus § 128 HGB besteht auch nach der Auflösung fort. Ansprüche gegen die Gesellschafter verjähren allerdings spätestens fünf Jahre nach der Auflösung der Gesellschaft (§ 159 HGB). Zieht sich die Abwicklung länger hin, können infolgedessen Ansprüche gegen die Gesellschafter aus Gesellschaftsverbindlichkeiten bereits während des Abwicklungszeitraums verjähren.

§ 4 Die Kommanditgesellschaft (KG)

1. Begriff

Auf die Kommanditgesellschaft (im Folgenden: KG) finden die §§ 161–177a HGB und über § 161 Abs. 2 HGB die gesetzlichen Regelungen für die OHG (§§ 105 ff. HGB) und daher über § 105 Abs. 2 HGB auch die über die GbR (§§ 705 ff. BGB) Anwendung.

Eine KG ist wie die OHG im Grunde eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Anders als bei einer OHG haftet bei der KG mindestens ein Gesellschafter als Komplementär persönlich und mit seinem gesamten Vermögen und mindestens ein Gesellschafter als Kommanditist nur bis zu einer **Haftsumme** (§ 161 Abs. 1 HGB).

Die tatsächliche Bedeutung der KG ist groß, da diese kostengünstiger ist als die GmbH und insbesondere die GmbH & Co. KG flexible Gestaltungsmöglichkeiten ermöglicht.

2. Rechtsfähigkeit

Hinsichtlich der Rechtsfähigkeit der KG bestehen keine Unterschiede zur OHG.

Die KG ist eine rechtlich weitgehend verselbständigte GbR, die gem. § 124 Abs. 1 HGB unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann. Das Gesellschaftsvermögen ist alleine der KG als Rechtsträgerin zuzuordnen.

Von ihrem Entstehen im Außenverhältnis an ist die KG parteifähig und gem. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO insolvenzfähig.

Nach der gesetzlichen Regelung sind alle Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen der KG zu gleichen Teilen beteiligt (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 722, 734 BGB). Der Gesellschaftsvertrag einer KG enthält aber in der Praxis eine Regelung über die Verteilung der Anteile der Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen ("**Kapitalanteil**") (vgl. §§ 161 Abs. 2, 120 Abs. 2 HGB).

Der **Kapitalanteil** ist eine Rechengröße, die Aufschluss über die Beteiligung der Gesellschafter im Verhältnis zueinander gibt. Der Kapitalanteil ist nicht identisch mit dem Gesellschaftsvermögen. Der Kapitalanteil eines Kommanditisten wird als "**Kommanditeinlage**" bezeichnet.

Bedeutung gewinnt der Kapitalanteil dadurch, dass dieser mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag maßgebend ist für

- die Berechnung des Gewinnanteils (§ 121 HGB),
- der Entnahme (§ 122 HGB für Komplementäre; § 169 HGB für Kommanditisten) und
- des Abfindungsguthabens (§ 155 HGB).

Im Gesellschaftsvertrag ist der Kapitalanteil i. d. R. auch

- der Maßstab des Stimmrechts.

Anders als bei der OHG ist der Kapitalanteil eines Kommanditisten nicht variabel: Gemäß § 167 Abs. 2 HGB gilt § 120 HGB nur, soweit der Kommanditist seinen Beitrag noch nicht vollständig geleistet hat. Eine Erhöhung des Kapitalanteils durch das Stehenlassen von Gewinnen ist für einen Kommanditisten nicht möglich.

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die KG gerichteter Schuldtitel erforderlich (§§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 2 HGB). Aus einem Schuldtitel gegen einen oder alle Gesellschafter kann nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden. Der Gläubiger der KG kann aber auch ein Urteil unmittelbar gegen den Komplementär erwirken, weil dieser mangels spezieller Regelungen wie ein OHG-Gesellschafter über §§ 161 Abs. 2, 128 HGB persönlich haftet.

3. Gründung der KG

Hinsichtlich der Entstehung und Wirksamkeit einer KG bestehen keine Unterschiede zur OHG. Soweit die KG ein Handelsgewerbe betreibt, ist die Eintragung in das Handelsregister konstitutiv für die Beschränkung der Haftung des Kommanditisten.

Zur Gründung einer KG ist ein Gesellschaftsvertrag erforderlich (vgl. §§ 161 Abs. 1, 105 Abs. 3 HGB, § 705 BGB). Wie bei der OHG ist es notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrages, dass der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 161 Abs. 1 HGB) unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Anders als bei der OHG genügt der Betrieb eines Kleingewerbes oder die Verwaltung eigenen Vermögens nicht. Grundsätzlich kann der Gesellschaftsvertrag **formfrei** vereinbart werden. Die Vereinbarung der Gesellschafter über den **Betrieb eines Handelsgewerbes** als gemeinsamer Zweck ist begriffsnotwendig für die Existenz der KG. Insoweit bestehen keine Unterschiede zur OHG.

Hinsichtlich der Eintragung in das Handelsregister bestehen ebenfalls keine Unterschiede zur OHG.

4. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

4.1. Geschäftsführung

Nach der gesetzlichen Konzeption ist **nur der Komplementär** zur Geschäftsführung der KG berechtigt und verpflichtet. Die **Kommanditisten** sind gem. § 164 Satz 1 Halbs. 1 HGB von der Geschäftsführung **ausgeschlossen**. Grundsätzlich gelten daher die Ausführungen zur OHG

Den Kommanditisten steht allerdings - anders als bei der OHG - gem. § 164 Satz 1 Halbs. 2 HGB kein Widerspruchsrecht gegen Maßnahmen der Geschäftsführung durch den Komplementär zu, es sei denn, diese gehen über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der betroffenen KG hinaus. Entgegen dem Wortlaut dieser gesetzlichen Regelung ist es nicht so, dass der Kommanditist solchen ungewöhnlichen Maßnahmen tatsächlich widersprechen muss, sondern der Komplementär bedarf für diese eines Beschlusses sämtlicher Gesellschafter (§§ 161 Abs. 2, 116 Abs. 2 HGB).

Beispiele für Maßnahmen der Geschäftsführung, die der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen, sind: Erwerb von Grundstücken; Investitionen über einen festgelegten Betrag hinaus; Übernahme von Bürgschaften, Garantien; Einstellung von Angestellten mit festen monatlichen Bezügen über einen festgelegten Betrag hinaus; Abschluss von Verträgen über einen festgelegten Betrag hinaus; Erteilung und Widerruf von Prokura; Aufnahme von Darlehen.

4.2. Vertretung

Die KG wird durch den **Komplementär** vertreten. Für diesen gelten die gesetzlichen Regelungen der §§ 125–127 HGB über die Vertretung der OHG.

Den **Kommanditisten** kommt gem. § 170 HGB **keine Vertretungsmacht** zu, diese kann ihnen durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag oder in einem separaten Vertrag übertragen werden.

4.3. Informations- und Kontrollrechte

Der Komplementär hat gem. § 166 Abs. 2 HGB die gleichen Informations- und Kontrollrechte wie der Gesellschafter einer OHG nach § 118 HGB.

Einem Kommanditist stehen diese Rechte nicht zu. Dieser kann gem. § 166 Abs. 1 HGB lediglich eine Abschrift des Jahresabschlusses verlangen und dessen Richtigkeit durch Bucheinsicht prüfen. Weitergehende Rechte hat der Kommanditist gem. § 166 Abs. 3 HGB nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes.

4.4. Beschlussfassung

Zum Umfang, Stimmrecht, Beschlussfassung und Anfechtung von Beschlüssen gelten grundsätzlich die Ausführungen zur OHG.

Kommanditisten können keine Beschlüsse über Angelegenheiten der Geschäftsführung treffen, es sei denn, diese gehen über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der betroffenen KG hinaus.

Dem Kommanditisten steht gem. § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB ein gewinnunabhängiger Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns zu. Eine Auszahlung erfolgt jedoch nicht, solange seine Einlage durch Verluste der KG unter die Höhe der Haftsumme herabgemindert ist oder durch die Auszahlung herabgemindert werden würde (§ 169 Abs. 1 HGB). Erfolgen trotzdem Auszahlungen, begründen diese eine Haftung des Kommanditisten nach § 172 Abs. 4 HGB.

5. Wettbewerbsverbot

Der Komplementär einer KG unterliegt nach der gesetzlichen Konzeption dem gleichen eingeschränkten Wettbewerbsverbot nach §§ 112, 113 HGB wie der Gesellschafter einer OHG. Zu ergänzen ist lediglich, dass eine Einwilligung zu einer Wettbewerbstätigkeit des Komplementärs auch von den Kommanditisten erteilt werden muss. Gleiches gilt für den Beschluss über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 113 Abs. 1 HGB.

Die **Kommanditisten** unterliegen gem. § 165 HGB ausdrücklich **keinem Wettbewerbsverbot**.

6. Haftung

6.1. Haftung des Komplementärs

Bezüglich der Schuld und Haftung des **Komplementärs** und der KG bestehen keine Unterschiede zur GbR: Der Komplementär haftet persönlich und mit seinem gesamten Vermögen. Dem Gläubiger stehen damit zwei parallele Anspruchsgrundlagen zur Verfügung: eine aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis gegenüber der KG und eine über § 128 HGB gegenüber dem Komplementär. Die KG und der Komplementär sind keine Gesamtschuldner.

6.2. Haftung des Kommanditisten

Die **Kommanditisten** haften nach § 128 HGB, aber in den Grenzen der §§ 171–176 HGB, also **bis zur Höhe** der in das Handelsregister einzutragenden **Haftsumme** (vom Gesetz ebenfalls als "Einlage" bezeichnet) persönlich und mit ihrem gesamten Vermögen (§§ 171, 172 HGB) für alle Verbindlichkeiten der KG.

vgl. Fall 27

Die Festlegung der Haftsumme im Gesellschaftsvertrag ist zwingend, ansonsten handelt es sich nicht um eine KG, sondern um eine OHG.

Die Höhe der Haftsumme kann im Gesellschaftsvertrag frei festgelegt werden. Sofern dies nicht erfolgt, wird vermutet, dass diese der vereinbarten Einlage entspricht. Die Haftsumme ist nach § 162 Abs. 1 HGB zur Eintragung in das Handelsregister **anzumelden**.

Maßgeblich für den Umfang der Haftung des Kommanditisten ist die im Handelsregister eingetragene Haftsumme. Wird diese fehlerhaft zu hoch eingetragen, so ist diese maßgeblich, es sei denn, der Gläubiger ist bösgläubig.

Die Haftsumme kann durch Änderung des Gesellschaftsvertrages erhöht oder gesenkt werden (§§ 172, 174 HGB). Zur Verbesserung der Kreditwürdigkeit der KG können die Kommanditisten sowohl im Einzelfall gegenüber einzelnen Gläubigern als auch durch Mitteilung oder Bekanntmachung gegenüber allen Gläubigern eine höhere Haftung im Außenverhältnis oder eine Freistellung des Komplementärs im Innenverhältnis übernehmen.

Soweit der Kommanditist an die KG eine Einlage in Höhe der Haftsumme geleistet hat und diese noch vorhanden ist, haftet der Kommanditist darüber hinaus gem. § 171 Abs. 1 Halbs. 2 HGB nicht. Eine haftungsbefreiende Leistung der Einlage durch Erbringung von Dienstleistungen ist nicht möglich. Der Kommanditist soll von der Haftung frei sein, soweit er eine Einlage geleistet hat, die für die Gläubiger der KG auch verwertbar ist.

Der Komplementär und die Kommanditisten haften gegenüber Gläubigern der KG als Gesamtschuldner auf Erfüllung der Verbindlichkeit.

6.3. Wiederaufleben der Haftung

Gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB lebt die Haftung des Kommanditisten bis zur Höhe der Haftsumme wieder auf, **soweit** ihm die **Einlage zurückgewährt** wurde. Dies kann auch verdeckt erfolgt sein, z. B. durch zu hohe Vergütungen für Dienste des Kommanditisten oder die Rückzahlung eines Darlehens in der Krise der KG.

Einer Rückgewähr steht es gem. § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB gleich, wenn der Kommanditist entgegen § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB Gewinne ausgeschüttet erhält, obwohl der Wert seiner Kommanditeinlage unter die Haftsumme herabgemindert ist oder es hierdurch wird.

6.4. Haftung vor Eintragung in das Handelsregister

Vor Eintragung der KG in das Handelsregister haften die Kommanditisten gem. § 176 HGB, soweit sie **inem früheren Geschäftsbeginn (konkludent) zustimmen**, wie ein Komplementär. Etwas anderes gilt gem. § 176 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 HGB nur gegenüber einem **Gläubiger**, dem die Stellung des Gesellschafters als Kommanditist **bekannt** war.

vgl. Fall 28

Auch bei deliktischen Ansprüchen gilt etwas anderes, denn niemand lässt sich im Glauben an das Handelsregister überfahren.

Wird eine OHG oder GbR durch Eintritt eines Kommanditisten in eine KG umgewandelt, so haftet dieser vor Eintragung seiner Stellung als Kommanditist gem. § 176 Abs. 2 HGB für die zum Zeitpunkt seines Eintritts sowie für die **bis zur Eintragung in das Handelsregister begründeten Ansprüche**. Diese Haftung verhindert man in der Praxis, indem man den Eintritt unter die aufschiebende Bedingung der Eintragung in das Handelsregister stellt.

Die an die Eintragung in das Handelsregister anknüpfende Haftung nach § 176 HGB gilt dort nicht, wo die Gesellschaft gem. § 105 Abs. 2 HGB erst durch die Eintragung in das Handelsregister zur KG wird.

7. Exkurs: GmbH & Co. KG

Eine GmbH & Co. KG ist eine KG, bei der als Komplementär eine GmbH fungiert. Grundsätzlich findet zwar auf die KG das Recht der Kommanditgesellschaften, auf die Komplementär-GmbH das GmbH-Gesetz Anwendung. In der Rechtsprechung hat sich aber eine weite Überlagerung des Rechts der KG durch das der GmbH herausgebildet.

Die GmbH & Co. KG hat sich durch die Kombination der Vorteile der GmbH mit denen der KG als flexibel und handhabbar erwiesen. Die praktische Bedeutung der GmbH & Co. KG ist daher ausgesprochen hoch.

In der GmbH & Co. KG können Investoren durch Ein- und Austritt als Kommanditisten kostengünstig gewechselt werden. Die Investoren werden an der GmbH nicht beteiligt und können als Kommanditisten keinen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen.

Vorteile bietet eine GmbH & Co. KG auch, wenn mehrere operativ tätige Gesellschaften nebeneinander bestehen. Diese Gesellschaften können als KG aufgelegt und durch ein und dieselbe GmbH als Komplementär geführt werden (sog. "sternförmige GmbH & Co. KG").

Die Gründung einer GmbH & Co. KG ist nur unwesentlich teurer als die einer reinen KG oder GmbH. Die Gründungskosten sind daher kein entscheidendes Argument gegen diese Konstruktion. Entscheidend ist, ob sich die verwaltungstechnischen Nachteile im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Vorteile lohnen.

Zur Gründung einer GmbH & Co. KG müssen zwei Gesellschaften gegründet werden. Im Gegensatz zur KG muss die GmbH durch einen notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag errichtet werden und erlangt ihre Wirksamkeit erst mit der Eintragung im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG).

Die Einlage der GmbH besteht i. d. R. in der Übernahme der Haftung und der Ausführung der Geschäftsführung durch den Geschäftsführer der GmbH. Wichtig ist bei der Vertragsgestaltung, dass die GmbH diejenigen Mittel erhält, die sie zur Zahlung des Gehaltes des Geschäftsführers benötigt.

Die Geschäfte der KG führt die GmbH als deren Komplementär. Die Geschäfte der GmbH wiederum führt deren Geschäftsführer.

§ 5 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

1. Bedeutung der GmbH

Als rechtliche Unternehmensform wurde die GmbH in Deutschland durch Gesetz vom 20.4.1892 begründet. Sie trug dem Bedürfnis der gewerblichen Wirtschaft nach einem Gesellschaftstyp zwischen Personengesellschaft (OHG, KG) einerseits und AG andererseits Rechnung, indem sie für

die Gesellschafter besseren Haftungsschutz brachte, als eine Personengesellschaft ihn bieten konnte, und dabei doch die Formstrenge der AG vermied.

Von Deutschland aus fand die GmbH weltweite Verbreitung. Keine Übernahme erfolgte jedoch in den Ländern des angelsächsischen Rechtskreises. Dort herrschte rechtliche Beweglichkeit genug, vergleichbare Gesellschaftstypen zu entwickeln.

Ihre vielfältige Verwendungsfähigkeit begründet sich insbesondere auf den Umstand, dass sie grundsätzlich zur Verfolgung jeden Zweckes, den zu verfolgen gesetzlich nicht verboten ist, eingesetzt werden kann. Die Motive für die Wahl der GmbH als Rechtsform sind unterschiedlich und im konkreten Fall meist von komplexer Natur. Im Vordergrund steht vielfach der Wunsch nach Haftungsbegrenzung auf einen bestimmten Betrag, den die Inhaber für den gewählten Unternehmenszweck dem Risiko aussetzen wollen.

Die GmbH bietet als Kapitalgesellschaft auch die Möglichkeit, Unternehmensführung und Gesellschafterstellung zu trennen. Insbesondere bei größeren GmbHs oder in Familien-GmbHs ohne fachlich qualifizierte Nachfolger finden sich daher Geschäftsführer, die nicht zugleich als Gesellschafter am Unternehmen beteiligt sind. Auch dort, wo besondere berufliche Ausbildung für die Unternehmensführung gefordert wird, z. B. im Handwerk zur Eintragung in die Handwerksrolle, kann die GmbH eine Alternative bieten, wenn die geforderte Qualifikation in der Person eines angestellten Betriebsleiters nachgewiesen wird.

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 stellt mit grundlegenden Neuerungen und Ergänzungen den weitaus bedeutendsten Eingriff in das GmbH-Recht seit der GmbH-Novelle 1980 dar. Insbesondere erleichterte Gründung und Kapitalaufbringung sollen dem Bedürfnis des Mittelstands dienen und dem Vordringen ausländischer Gesellschaftsformen auf den deutschen Markt, in erster Linie der englischen Ltd., entgegenwirken.

Die GmbH ist vornehmlich die Unternehmensform der mittelständischen Wirtschaft.

2. Gründung der GmbH

Seit der GmbH-Novelle von 1980 genügt bereits ein Gesellschafter zur Gründung einer GmbH. Eine Begrenzung der Gesellschafterzahl nach oben besteht nicht, wenn man von der Tatsache absieht, dass das Stammkapital der Gesellschaft der Höhe nach feststehen und der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils, der von den Gesellschaftern zu übernehmen ist, auf volle Euro lauten, d. h. mindestens einen Euro betragen muss (§ 5 Abs. 2 GmbHG).

Die Gründung der GmbH vollzieht sich regelmäßig in drei Abschnitten.

vgl. Fall 29

2.1. Vorgründungsgesellschaft

Zwischen mehreren künftigen Gesellschaftern kann zunächst ein Vorvertrag abgeschlossen werden, wodurch eine Vorgründungsgesellschaft entsteht, die als **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** oder, wenn in diesem Zeitraum bereits ein Handelsgewerbe betrieben wird, als **OHG** angesehen wird. Diese Gesellschaft ist eigenständig und hat zwar die spätere GmbH-Errichtung zum Ziel, dabei

begründete Rechte und Pflichten gehen jedoch **nicht** auf die nachfolgende Vor-GmbH bzw. die GmbH **über**.

2.2. Vor-GmbH

Die Vor-GmbH als Vorgesellschaft beginnt mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags (Satzung der GmbH) durch die beteiligten Gesellschafter. Sie ist weder Personengesellschaft noch juristische Person, sondern **Personenvereinigung eigener Art**, welcher Rechtssubjektivität zukommt und auf die GmbH-Recht bereits Anwendung findet, soweit die jeweilige Vorschrift nicht die Eintragung im Handelsregister voraussetzt.

2.3. GmbH

Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist die GmbH errichtet. Ihre endgültige Entstehung verdankt sie jedoch erst in einem dritten Abschnitt der **Eintragung im Handelsregister** (§ 11 Abs. 2 GmbHG).

Die Satzung muss

- die Firma und den Sitz der Gesellschaft,
- den Gegenstand des Unternehmens,
- den Betrag des Stammkapitals und
- die Zahl sowie die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt,

enthalten (§ 3 Abs. 1 GmbHG).

Bei Fehlen eines dieser Satzungsbestandteile verweigert das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft. Darüber hinaus sind alle anderen Regeln betreffend die Gesellschaft fakultative Satzungsbestandteile, d. h., über sie braucht in der Satzung nichts gesagt zu werden, weil diesbezüglich gesetzliche Regelungen bestehen. Soweit man aber eine Abweichung von wesentlichen und zugleich abdingbaren gesetzlichen Vorschriften wünscht, muss eine entsprechende abweichende Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, damit sie wirksam ist. Dies gilt auch für die zeitliche Begrenzung der Gesellschaft oder die Vereinbarung von Nebenpflichten der Gesellschafter (§ 3 Abs. 2 GmbHG).

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH bedarf der **notariellen Form** (§ 2 Abs. 1 GmbHG). Notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages erfolgt durch dessen Aufnahme in eine Niederschrift, die von allen Beteiligten nach Vorlesen vor dem Notar genehmigt und unterschrieben wird (§ 128 BGB, §§ 8 ff. BeurkG).

Wenn es nur auf die GmbH als Unternehmensform ohne Regelung des Gesellschafterinnenverhältnisses ankommt, kann man nunmehr im Zuge erleichterter Gründung auf ein **Musterprotokoll** zurückgreifen, das dem GmbHG in der Form des MoMiG als Anlage zu § 2 Abs. 1a beigefügt ist. Das Protokoll bedarf ebenfalls notarieller Beurkundung. Von diesem vereinfachten Verfahren kann allerdings **nur Gebrauch gemacht** werden, wenn **höchstens drei Gesellschafter** als Gründer auftreten und **nur ein Geschäftsführer** bestellt wird. Inhaltlich beschränkt sich das Musterprotokoll im Wesentlichen auf die Angabe der fünf Satzungsmindestanforderungen, nämlich Sitz, Firma, Gegenstand des Unternehmens, Stammkapital und den Nennbetrag der von den einzelnen Gründungsgesellschaftern übernommenen Geschäftsanteile. Abweichungen vom Musterprotokoll und Ergänzungen sind unzulässig.

Nach formgültigem Abschluss des Gesellschaftsvertrags müssen, vorbehaltlich bereits erfolgter Bestellung im Rahmen des Musterprotokolls, die **Geschäftsführer bestellt** und die **Mindesteinzahlungen** auf die Geschäftsanteile geleistet werden. Erst danach kann die Gesellschaft durch notariell beglaubigte Erklärung von sämtlichen Geschäftsführern zur Eintragung in das Handelsregister bei dem für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Amtsgericht angemeldet werden (§§ 7, 78 GmbHG).

Die Rechtsprechung des EuGH (Centros-, Überseering-, Inspire Art-Urteil)[7] zur registerlichen Behandlung und Anerkennung ausländischer Gesellschaften hat auch in Deutschland zu einem Auffassungswandel geführt. Während früher ausländische GmbHs im Hinblick auf die bisher vertretene **Sitztheorie** keine Chance auf Eintragung auch nur einer Zweigniederlassung in Deutschland hatten, ist nunmehr nach Abstellen auf die **Gründungstheorie** zumindest die Eintragung als Niederlassung möglich, und zwar auch, wenn die ausländische Gesellschaft im Gründungsstaat keinerlei Aktivitäten ausübt und ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt.

3. Firma

Seit dem 1.7.1998 kann die Firma als Personen-, Sach- und Phantasiefirma oder einer Kombination hieraus gebildet werden. Gewährleistet sein muss lediglich, dass die gewählte Bezeichnung Unterscheidungskraft gegenüber anderen Firmen besitzt (§ 18 Abs. 1 HGB) und die Angaben geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise nicht in die Irre zu führen (Verbot der Irreführung gem. § 18 Abs. 2 HGB).

4. Stammkapital, Stammeinlagen

4.1. Stammkapital

Das Stammkapital ist eine durch den Gesellschaftsvertrag betragsmäßig in Euro zu bestimmende feste Größe, die sich bei Gründung auf die Gesamthöhe der mindestens aufzubringenden Gesellschaftereinlagen beläuft.

Der Begriff des Stammkapitals ist nicht identisch mit dem Begriff des Eigenkapitals; beide Größen können schon bei Gründung voneinander differieren. Insbesondere aber verändert sich das Eigenkapital danach i.d.R. ständig. Das Stammkapital kann hingegen nach der Gründung der GmbH immer nur durch Satzungsänderung, nämlich Kapitalerhöhung (§§ 55–57o GmbHG) oder Kapitalherabsetzung (§§ 58–58f GmbHG) verändert werden.

Das Stammkapital muss mindestens 25 000 € betragen (ausgenommen haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft gem. § 5a,); seine Höhe ist nach oben unbegrenzt (§ 5 Abs. 1 GmbHG). Die konkrete Bestimmung der Höhe des in der Satzung festzulegenden Stammkapitals steht oberhalb des vorgenannten Mindestbetrags im freien Ermessen der Gesellschafter.

Das Stammkapital ist ein **Haftungsfonds**, der den Gläubigern der GmbH eine gewisse Mindestaussicht auf Befriedigung ihrer Forderungen als Ausgleich für die fehlende Haftung der Gesellschafter bieten soll. Seine Aufbringung erfolgt durch die Stammeinlagen; die Stammkapitalaufbringung und -erhaltung sind durch eine Reihe von Vorschriften des GmbH-Gesetzes gesichert.

4.2. Stammeinlagen

Die Stammeinlagen legen die Beträge fest, mit denen sich die einzelnen Gesellschafter an der Gründung der GmbH **beteiligen**. Sie beziehen sich meistens auf Geldeinlagen (**Bareinlagen**) und stellen die Gesellschafterbeiträge dar, die insgesamt zur Aufbringung eines Gesellschaftsvermögens erforderlich sind, das dem satzungsmäßig festgelegten Stammkapital entspricht, d. h., die Summe aller Stammeinlagen muss den Betrag des Stammkapitals ergeben. Nur bei **besonderer Vereinbarung** in der Satzung ist eine Stammeinlage auf eine Sachleistung bezogen (**Sacheinlagen**).

Vom Begriff der "Stammeinlage" ist der Begriff "Geschäftsanteil" zu unterscheiden. Der Geschäftsanteil eines Gesellschafters bestimmt sich nach seinem jeweiligen Nennbetrag (§ 14 GmbHG). Er ist die "durch die Beteiligungserklärung begründete Rechtsstellung des Gesellschafters und der hieraus sich ergebenden Gesamtheit seiner Rechte und Pflichten." Über ihn steht dem Gesellschafter an dem veränderlichen Gesellschaftsvermögen ein bestimmter Wertanteil zu, der sich z. B. bei Verkauf des Geschäftsanteils oder Liquidation der Gesellschaft realisiert. Die Begriffe "Stammeinlage" und "Geschäftsanteil" werden dennoch häufig synonym verwendet.

Der Nennbetrag des Geschäftsanteils und damit die Stammeinlage, die der übernehmende Gesellschafter zu erbringen hat, kann sich von denjenigen anderer Geschäftsanteile unterscheiden. Der Nennbetrag der einzelnen Geschäftsanteile braucht lediglich auf volle Euro zu lauten mit der Folge, dass der **Mindestbetrag** eines Geschäftsanteils nur **einen Euro** betragen muss. Die Absenkung des Mindestnennbetrags ermöglicht schon bei Gründung einer verhältnismäßig großen Zahl von Gesellschaftern den Betritt.

4.3. Erbringung der Bareinlagen

Der auf die einzelnen Geschäftsanteile zu leistende Geldbetrag entspricht ihrem jeweiligen Nennwert. Die Stammeinlagen müssen bereits bei Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung im Handelsregister bis zur Hälfte des Mindeststammkapitals und mindestens einem Viertel einer jeden Einlage, wenn das gesamte Stammkapital über 25 000 € hinausgeht, geleistet sein (§ 7 Abs. 2 GmbHG). Es genügt also nicht, dass ein Viertel des gesamten Stammkapitals erbracht wird, sondern es muss auf jeden Geschäftsanteil mindestens ein Viertel seines Nennbetrags geleistet werden.

Das Registergericht kann nur noch bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Einzahlungsversicherung Nachweise bzw. Einzahlungsbelege verlangen (§ 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG).

Über die Einforderung der Resteinlagen entscheidet – wenn nicht schon der Gesellschaftsvertrag diesbezüglich einen festen Zahlungstermin enthält oder die Entscheidungskompetenz diesbezüglich einem anderen Organ, z. B. den Geschäftsführern, zuweist – die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 2 GmbHG). Die Einforderung trifft alle Gesellschafter gleichermaßen (§ 19 Abs. 1 GmbHG). Die Nichteinforderung wird jedoch zur verbotenen Stundung, wenn die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft die Einforderung gebietet; desgleichen verlangt der Grundsatz der Liquiditätsaufbringung und -erhaltung die sofortige Einforderung im Falle einer Unterbilanz.

4.5. Sacheinlagen

Eine Sacheinlage liegt vor, wenn die Stammeinlageverpflichtung des Gesellschafters in anderen Vermögenswerten als Geld erfüllt wird. Gegenstand der Sacheinlage kann **jedes Wirtschaftsgut** sein, das im Rechtsverkehr einer wirtschaftlichen Bewertung unterzogen wird und dementsprechend für das Unternehmen der GmbH einen greifbaren Wert darstellt.

Im Einzelnen können Gegenstand der Sacheinlage sein:

- bewegliche und unbewegliche Sachen,
- Rechte, insbesondere Forderungen, auch solche gegen die GmbH als Vorgesellschaft oder etwa die Bestellung dinglicher und schuldrechtlicher Nutzungsrechte.
- Darüber hinaus können Schuldübernahmen und die Tilgung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft ebenfalls Gegenstand einer Sacheinlage sein.

Soweit Stammeinlagen nicht in Geld, sondern im Wege der Sacheinlage erbracht werden sollen, muss gem. § 5 Abs. 4 GmbHG eine entsprechende Festsetzung im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Diese Vorschrift dient dem Interesse der Gesellschaftsgläubiger an einer bewertungsfähigen Einlagendarstellung und der daraufhin erforderlichen registerlichen Nachprüfbarkeit. Die gesellschaftsvertragliche Festsetzung muss die Person des Sacheinlageverpflichteten, den Gegenstand der Sacheinlage und den Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, enthalten.

Der Gegenstand der Sacheinlage muss so genau bezeichnet sein, dass es über seine Identität keinen Zweifel gibt.

Gemäß § 5 Abs. 4 GmbHG ist im Falle der Sacheinlage ein **Sachgründungsbericht** zu erstellen und von sämtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen. Notarielle Beurkundung ist für diesen der Registeranmeldung neben anderen Bewertungsunterlagen beizufügender Bericht (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 GmbHG) nicht erforderlich. Entsprechend dem Gesetzeszweck, Gläubiger der GmbH zu schützen und die Kontrolle durch das Registergericht zu erleichtern, muss der Bericht nachvollziehbare Angaben zur Wertfindung für die Sacheinlagen enthalten. Neben Angaben über Menge, Beschaffenheit, Alter und besondere Eigenschaften ist oftmals auch der Vergleich mit Anschaffungs- und Herstellungskosten bzw. Marktpreisen dienlich.

Während Bareinlagen mindestens zu je ein Viertel vor Anmeldung zum Handelsregister zu leisten sind, müssen Sacheinlagen in vollem Umfang zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen (§ 7 Abs. 3 GmbHG).

4.6. Verdeckte/Verschleierte Sachgründung

Geben die Gesellschafter bei Errichtung der GmbH eine Bargründung vor, ist in Wirklichkeit aber wirtschaftlich durch interne Absprache eine Sacheinlage geplant, so spricht man von einer verschleierte Sachgründung bzw. einer verdeckten Sacheinlage.

Eine verschleierte Sachgründung liegt sowohl vor, wenn dem Gesellschafter für die Überlassung von anderen Vermögenswerten als Geld eine bare Vergütung von der GmbH gewährt wird, die dieser alsdann zur Einlagenerbringung benutzt, als auch im umgekehrten Falle, wenn dem Gesellschafter über eine solche Vergütung die Bareinlage in der Folge **wieder erstattet wird**.

Um eine verschleierte Sachgründung handelt es sich auch, wenn unmittelbar nach Bareinzahlung die für den künftigen Geschäftsbetrieb notwendigen Sachmittel durch diese Barmittel **von einem Gesellschafter gekauft** wurden; auf Umgehungsabsicht kommt es nicht an.

Die Folgen einer verschleierte Sachgründung bzw. einer verdeckten Sacheinlage haben sich durch das MoMiG ganz wesentlich geändert (§ 19 Abs. 4 GmbHG). Zwar bleibt es auch in diesem Fall zunächst einmal bei der **Verpflichtung zur Bareinlage**. Die dahinter getroffenen Vereinbarungen

über die Sacheinlage und Rechtshandlungen, die zu ihrer Bewirkung vorgenommen werden, sind jedoch **nicht mehr unwirksam**, wie es zuvor von der Rechtsprechung angenommen worden war.

Insbesondere wird der Wert des eingelegten Vermögensgegenstands auf die bis dahin bestehende Geldeinlageverpflichtung **angerechnet**. Der Wert bestimmt sich auf den Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister oder auf denjenigen der Überlassung des Vermögensgegenstands, wenn dieser Zeitpunkt später liegt. Die Beweislast für die Wertigkeit der Sacheinlage trägt der Gesellschafter. Die Anrechnung erfolgt erst mit der Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister, d. h. erst zu diesem Zeitpunkt gilt die Einlage als erbracht und gilt die Geldeinlageverpflichtung als erloschen.

5. Exkurs: Unternehmergesellschaft

Als beispiellose Neuerung im Bereich des deutschen Rechts der Kapitalgesellschaften hat der Gesetzgeber des MoMiG die **haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft** geschaffen (§ 5a GmbHG).

Sie bedarf keines bestimmten Mindestkapitals, wenn man davon absieht, dass der Nennwert jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss (§ 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), also bei der Einmann-Gesellschaft ein **Stammkapital von einem Euro genügt**. Andererseits muss das Stammkapital der Unternehmergesellschaft dasjenige der GmbH gem. § 5 Abs. 1 GmbHG von 25.000 € unterschreiten. So soll insbesondere finanzschwachen Existenzgründern der Zugang zu einer haftungsbeschränkten Unternehmensform ermöglicht und insoweit auch der entsprechenden Konkurrenz ausländischer Gesellschaftsformen begegnet werden.

Die Gesellschaft muss als solche durch ihrer **Rechtsformzusatz** erkennbar sein; dieser darf deshalb nicht "GmbH" lauten, sondern es ist zwingend die Bezeichnung "Unternehmergesellschaft", oder abgekürzt "UG" mit dem Zusatz "haftungsbeschränkt" im Interesse des Gläubigerschutzes zu wählen.

Die allgemeine Verpflichtung zur vollen Aufbringung des gewählten Stammkapitals vor Anmeldung zum Handelsregister ist angesichts der möglichen Ein-Euro-UG praktisch bedeutungslos (§§ 5a Abs. 2 GmbHG). Sacheinlagen sind ausgeschlossen.

Die UG soll jedoch baldmöglichst an die "reguläre" GmbH herangeführt werden. Deshalb ist die UG verpflichtet, **ein Viertel ihres Jahresüberschusses** in eine gebundene **Rücklage** einzustellen. Diese Rücklage kann zum Ausgleichen von Verlusten und zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 5a Abs. 3, 55c ff. GmbHG) genutzt werden. Neben dieser Kapitalerhöhungform kann auch eine Kapitalerhöhung durch Zuführung von außen erfolgen.

Wenn infolge von Kapitalerhöhung das Mindeststammkapital von 25 000 € erreicht oder überschritten ist, braucht keine Gewinneinstellung mehr in die Rücklage zu erfolgen. Die Gesellschaft kann ihren bisherigen Zusatz im Sinne des regulären GmbH-Zusatzes ändern, aber auch den Zusatz der UG beibehalten.

6. Haftung

Grundsätzlich haftet gem. § 13 Abs. 2 GmbHG den Gläubigern der Gesellschaft nur das **Gesellschaftsvermögen**.

vgl. Fall 29

6.1. Haftung vor Errichtung der GmbH

Soweit die Gesellschaft jedoch bereits in der Gründungsphase am Rechtsverkehr teilzunehmen vermag, ohne Gesellschaftsvermögen zu haben, greift auch eine persönliche Haftung der Gesellschafter ein. Dies gilt ab Abschluss eines Vorvertrages, mit dem sich die künftigen Gesellschafter verpflichten, eine GmbH zu gründen. Ein solcher Vertrag hat nämlich die Gründung einer BGB-Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB zum Inhalt, deren Zweck in der Errichtung einer GmbH besteht. Geht diese Gesellschaft Verbindlichkeiten ein, dann haften neben der Gesellschaft die Gesellschafter hierfür unbeschränkt persönlich als Gesamtschuldner (§§ 714, 427 BGB). Diese Haftung dauert beschränkt auf die von der Vorgründungsgesellschaft begründeten Verpflichtungen auch nach Gründung der GmbH fort.

6.2. Haftung zwischen Errichtung der GmbH und Eintragung

a) Haftung der Gesellschaft

Die ab Beurkundung des Gesellschaftsvertrages bis zur Eintragung der GmbH im Handelsregister existierende Vor-GmbH ist bereits Träger von eigenen Rechten und Pflichten und haftet deshalb selbst mit ihrem Gesellschaftsvermögen.

b) Persönliche Haftung der Gesellschafter

Die Gesellschafter einer Vor-GmbH haften für Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft unbeschränkt. Diese vom BGH als "Innenhaftung" ausgestaltete Haftung besteht nicht gegenüber den Vorgesellschaftsgläubigern als persönliche und unmittelbare Haftung, sondern nur gegenüber der Vor-GmbH, d.h. die GmbH hat einen Anspruch gegen ihre Gesellschafter.

Unabhängig hiervon trifft diejenigen Personen, die für die Vor-GmbH handeln, nach § 11 Abs. 2 GmbHG eine gesamtschuldnerische Haftung. Als Organhaftung erfasst die **Handelnden-Haftung** nur solche Personen, die als Geschäftsführer der Vor-GmbH bestellt sind oder wie Geschäftsführer gehandelt haben, ganz gleich, ob allein oder gemeinsam mit anderen Personen. Diese Haftung ist ebenfalls unbeschränkt. Sie erstreckt sich auf die Höhe der durch den Handelnden begründeten Gesellschafterverbindlichkeit und kann deshalb den Betrag des Stammkapitals übersteigen.

6.3. Haftung nach Eintragung der GmbH

Mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister tritt diese in alle Rechte und Pflichten der Vor-GmbH ein. Soweit hierdurch eine **Differenz** zwischen Stammkapital und dem bei Eintragung noch vorhandenen Reinvermögen der GmbH auftritt, trifft die mit dem vorzeitigen Geschäftsbeginn einverständenen Gesellschafter anteilig im Verhältnis ihrer Stammeinlagen eine sog. Differenzhaftung (**Unterbilanzhaftung**). Sie stellt eine nicht auf die Höhe des Stammkapitals beschränkte und unabdingbare Haftung dar.

Ansonsten beschränkt sich die Haftung eines jeden Gesellschafters auf die Einbringung seiner Stammeinlage, soweit diese über die Mindesteinzahlung hinaus noch nicht geleistet ist.

Mit der Eintragung der GmbH erlischt nach h. M. auch die Haftung der Handelnden aus Geschäften, welche mit Zustimmung der Gesellschafter bereits für die Vorgesellschaft getätigt worden sind.