

Alexander Schröder-Frerkes, Roland Haberstroh

Materielles Handelsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit

Fachanwaltslehrgang für Handels- und Gesellschaftsrecht, Kurseinheit 1

Die Autoren:

Nach Tätigkeiten bei einer deutschen Wirtschaftskanzlei und im Chicagoer Büro einer amerikanischen Sozietät ist Dr. Alexander Schröder-Frerkes, LL.M. seit 2002 bei einer internationalen Kanzlei am Standort Düsseldorf tätig. Von 2007 bis 2014 leitete er die deutschen Büros als Managing Partner war zugleich im globalen Management Board tätig. Seine Schwerpunkte liegen im Gebiet des Gesellschaftsrechts, M&A-Transaktionen und der Restrukturierung und Reorganisation von Unternehmen. Der Autor ist Mitglied der IBA, IHK und des Kundenbeirats der Flughafen Düsseldorf GmbH und als Aufsichtsrat und Beirat in einigen mittelständischen Unternehmen tätig. Seit 1998 ist er Mitglied des Committees des Chapter NRW der American Chamber of Commerce in Germany und leitet dieses seit 2008 als Chairman. Neben zahlreichen Vorträgen hat er auch verschiedene Beiträge und Bücher insbesondere zu dem Thema Gesellschaftsrecht und M&A veröffentlicht. 2010 wurde der Autor durch den ehemaligen Bundespräsidenten Horst Köhler wegen seines Engagements bei dem Ausbau der Deutsch-Amerikanischen Beziehungen mit dem Bundesverdienstkreuz ausgezeichnet. 2020 erfolgte die Höherstufung zum Bundesverdienstkreuz 1. Klasse, wegen seines sozialen Engagement für das Deutsche Rote Kreuz und die Gründung des Global Entrepreneurship Centers in NRW.

Dr. Roland Haberstroh, LL.M. ist Partner einer international tätigen mittelständischen Wirtschaftskanzlei mit dem Sitz in Stuttgart. Er berät in allen Bereichen des Gesellschaftsrechts, der D&O-Versicherung und der Cyberversicherung. Sein Schwerpunkt liegt im Bereich des GmbH- und Aktienrechts sowie des Insolvenzrechts. Herr Dr. Haberstroh wurde von der juristischen Fakultät der Universität Tübingen aufgrund der Arbeit „Gesellschaftsrechtliche Lösungen der vorweggenommenen Erbfolge“ zum Dr. iur. promoviert. Er hält außerdem einen Master of Laws (LL.M.) in American Law der Boston University. Er ist unter anderem Mitglied des Deutschen Juristentages e. V., der VGR Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht sowie des Deutsche Gesellschaft für Vermögensschadenhaftpflicht e.V. Er veröffentlicht regelmäßig Beiträge zu gesellschaftsrechtlichen Themen.

Inhalt

1. Teil Der Handelsstand.....	9
A. Kaufmannseigenschaft (Gewerbe und Handelsgewerbe).....	9
I. Einführung.....	9
II. Die Kaufmannseigenschaft	10
1. Der Istkaufmann gemäß § 1 Abs. 2 HGB	10
2. Der Kannkaufmann gemäß § 2 und 3 Abs. 2 HGB	12
a) Kleingewerbetreibende.....	12
b) Kannkaufmann gemäß § 3 HGB	12
3. Der Formkaufmann gemäß § 6 Abs.1 HGB	13
4. Der Fiktivkaufmann gemäß § 5 HGB	13
5. Der Scheinkaufmann	14
B. Handelsregister und andere Rechtsscheintatbestände	15
I. Das Handelsregister.....	15
II. Die Publizitätswirkung gemäß § 15 HGB	16
1. Negative Publizität gemäß § 15 Abs. 1 HGB	16
2. Die Publizitätswirkung des § 15 Abs. 2 HGB	17
3. Positive Publizitätswirkung gemäß § 15 Abs. 3 HGB	18
III. Der Rechtsschein außerhalb des Handelsregisters.....	18
C. Übertragung und Vererbung des kaufmännischen Unternehmens (Haftung bei Firmenfortführung)	22
I. Übertragung des Unternehmens unter Lebenden.....	22
1. Haftung für die Verbindlichkeiten des veräußerten Handelsgeschäfts gemäß § 25 Abs. 1 HGB	22
2. Übergang der in dem Betrieb begründeten Forderungen gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 HGB	26
3. Haftung gemäß § 25 Abs. 3 HGB	27
II. Haftung des Erben bei Geschäftsfortführung.....	27
D. Die Firma des Kaufmanns.....	28
I. Definition	28
II. Funktionen der Firma	29

III.	Grundsätze des Firmenrechts	30
1.	Einführung	30
2.	Ordnungsrechtliche Grundsätze	31
a)	Firmenwahrheit	31
b)	Firmenbeständigkeit	31
c)	Firmenklarheit/Firmenunterscheidbarkeit	32
d)	Firmeneinheit	32
e)	Firmenöffentlichkeit	32
3.	Firmenschutz	33
a)	Firmenmissbrauchsverfahren	33
b)	Zivilrechtliche Ansprüche auf Unterlassung	33
E.	Die handelsrechtlichen Besonderheiten der Stellvertretung	34
I.	Prokura	34
1.	Erteilung der Prokura	34
2.	Umfang der Prokura	35
3.	Arten der Prokura	36
4.	Erlöschen der Prokura	37
5.	Folgen des Erlöschens	37
II.	Handlungsvollmacht	38
1.	Definition	38
2.	Erteilung der Handlungsvollmacht	38
3.	Umfang der Handlungsvollmacht	39
4.	Erlöschensgründe	40
III.	Handlungsvollmacht des Ladenangestellten	40
IV.	Handlungsvollmacht von Hilfspersonen im Außendienst	41
F.	Der kaufmännische Absatz- und Geschäftsmittler	42
I.	Der Handelsvertreter	42
1.	Begriff und Arten	42
2.	Pflichten des Handelsvertreters	44
3.	Der Provisionsanspruch	44
4.	Ausgleichsanspruch	47
II.	Der Handelsmakler	49
III.	Der Vertragshändler	50
IV.	Der Franchisenehmer	51
V.	Kommissionär	52

2. Teil Das Handelsgeschäft (§§ 343-475h HGB).....	54
A. Die Grundlagen	54
I. Der Begriff des Handelsgeschäfts.....	54
II. Der Handelsbrauch (§ 346 HGB).....	55
B. Handelsgeschäfte und Rechtsgeschäfte.....	56
I. Schweigen auf einen Antrag gemäß § 362 HGB	56
II. Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben.....	57
1. Begriff.....	57
2. Voraussetzungen für den Vertragsschluss durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben	58
3. Sich kreuzende AGB.....	59
III. Sonstige Fälle des Schweigens im Handel	60
C. Handelsgeschäft und allgemeines Schuldrecht	60
I. Der Kontokorrent.....	60
II. Einschränkung der Wirkung der rechtsgeschäftlichen Abtretungsverbote gemäß § 354a HGB.....	62
III. Schuldrechtliche Besonderheit beim Handelsgeschäft	62
1. Sorgfalt	62
2. Leistungszeit.....	63
3. Entgeltlichkeit des kaufmännischen Handelns	63
IV. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht	64
V. Die kaufmännische Bürgschaft	65
D. Das Handelsgeschäft und Sachenrecht.....	66
I. Erwerb vom Nichtberechtigten	66
II. Gutgläubiger Erwerb vertraglicher Pfandrechte (Vertragsrechte)	68
III. Gutgläubiger Erwerb von Wertpapieren	68
IV. Gesetzliche Pfandrechte	69
E. Handelsgeschäfte und Besonderes Schuldrecht	69
I. Der Handelskauf	69
1. Definition	69
2. Der Annahmeverzug des Käufers	70
a) Hinterlegung	70
b) Selbsthilfeverkauf	71
3. Der Spezifikationshandelskauf	72

4. Der Fixhandelskauf	72
5. Untersuchungs- und Rügepflicht.....	74
a) Voraussetzungen	75
b) Rechtsfolgen	77
II. Incoterms	78
III. UN-Kaufrecht.....	79
IV. Kommissionsgeschäft.....	80
1. Kommissionsvertrag.....	81
2. Ausführungsgeschäft	81
V. Das Frachtgeschäft	83
VI. Das Speditionsgeschäft.....	84
VII. Das Lagergeschäft	85
3. Teil Schiedsgerichtsbarkeit	86
A. Definition Schiedsgerichtsbarkeit	86
B. Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit.....	87
I. Qualität des Gerichts	87
II. Vertraulichkeit	87
III. Flexibilität.....	87
IV. Dauer des Verfahrens.....	88
V. Kosten des Verfahrens	88
VI. Vollstreckbarkeit	88
C. Vor- und Nachteile Ad-hoc-Verfahren/Institutionelles Verfahren	89
D. Die Institutionen	90
E. Voraussetzungen für Schiedsgerichtsbarkeit	90
I. Schiedsfähigkeit	90
II. Schiedsvereinbarung.....	91
III. Musterklausel	91
F. Das schiedsrichterliche Verfahren	92
G. Rechtsmittel gegen einen Schiedsspruch	94
H. Vollstreckbarerklärung inländischer Schiedssprüche	94
I. Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche	95
Literaturverzeichnis	96

1. Teil

Der Handelsstand

A. Kaufmannseigenschaft (Gewerbe und Handelsgewerbe)

I. Einführung

Das Handelsrecht ist Teil des Privatrechts, wenngleich es auch öffentlich-rechtliche Normen enthält. Es wird als Sonderprivatrecht der Kaufleute bezeichnet und versucht, den höheren Anforderungen des Wirtschaftsverkehrs Rechnung zu tragen. Als solche gelten zum Beispiel eine höhere Professionalität (z. B. bei der Entgeltlichkeit §§ 353, 354 HGB), die gewünschte schnellere Abwicklung von Geschäften durch abgekürzte Fristen (z. B. die unverzügliche Mängelrüge nach § 377 HGB) sowie der höhere Vertrauensschutz (z. B. §§ 5, 15 oder 366 HGB).

Systematisch ist das Handelsgesetzbuch daher als *lex specialis* zum allgemein und subsidiär geltenden BGB einzuordnen. Zudem gibt es aber auch zahlreiche Überschneidungen mit dem Gesellschaftsrecht (z. B. im Bereich der Handelsgesellschaften, vgl. § 6 und §§ 105 ff. HGB). Schließlich steht das Handelsrecht aber auch in Beziehung zu denjenigen Teilen des Wirtschaftsrechts (z. B. Kartellrecht, Gewerberecht, Wirtschaftsaufsichtsrecht und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs), die wesentlich dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind.

Entscheidendes Merkmal für die Anwendbarkeit des Handelsrechts auf Rechtsgeschäfte ist die Qualifizierung der Beteiligten als Kaufleute (Kaufmänner und Kauffrauen). Mit wenigen Ausnahmen wird diese Qualifizierung für beide Vertragsparteien verlangt.

Abzugrenzen ist der Begriff des Kaufmanns von dem des Unternehmers. Dieser Begriff ist im Rahmen des Verbraucherschutzrechts der EU (insbesondere im BGB, vgl. siehe § 13 BGB) eingeführt worden. Nicht jeder Unternehmer i. S. d. BGB ist auch Kaufmann. Die Begriffe haben trotz einiger Überschneidungen unterschiedliche Schutzzwecke.

II. Die Kaufmannseigenschaft

Die Qualifizierung als Kaufmann ist in den §§ 1–6 HGB geregelt. Man unterscheidet (vereinfacht): Istkaufmann (§§ 1,2 HGB), Kannkaufmann (§ 3 HGB), Fiktivkaufmann (§ 5 HGB), Formkaufmann (§ 6 HGB) und etwas systemfremd Scheinkaufmann (§§ 15 HGB und 242 BGB).

1. Der Istkaufmann gemäß § 1 Abs. 2 HGB

Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, „wer ein Handelsgewerbe betreibt“. Ein Handelsgewerbe setzt somit zunächst voraus, dass eine Tätigkeit überhaupt als Gewerbe begriffen werden kann. Zweitens müssen Art und Umfang des gewerblichen Betriebs dessen kaufmännische Einrichtung erfordern. Das Handelsgewerbe muss von der als Kaufmann zu qualifizierenden Person drittens betreiben werden.

a) Qualifikation der Tätigkeit als Handelsgewerbe

Handelsrechtlich setzt die Qualifikation einer Tätigkeit als ein Gewerbe Folgendes voraus:

1. Eine erkennbar planmäßige Aktivität, die auf eine gewisse Dauer angelegt sein muss.

Es ist zwar keine lang andauernde und ununterbrochene Tätigkeit erforderlich. Die Tätigkeit muss sich aber auf eine Vielzahl oder einen größeren Komplex von Geschäften beziehen.

2. Das Gewerbe muss zweitens eine rechtliche, nicht zwingend wirtschaftliche Selbständigkeit aufweisen.

Abzugrenzen ist die Tätigkeit zur abhängigen Beschäftigung. Selbständig ist mithin, wer im Wesentlichen seine Arbeitszeit und die Ausführung seiner Tätigkeit frei bestimmen und gestalten kann.

3. Die Tätigkeit muss drittens auf Gewinnerzielung ausgerichtet oder jedenfalls wirtschaftlich gegen Entgelt erfolgen.

Es muss hierbei zumindest die Absicht bestehen, einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben zu erzielen. Nicht relevant ist, ob tatsächlich Gewinn entsteht. Teilweise wird als ausreichend erachtet, dass die Tätigkeit gegen Entgelt erfolgt.

4. Viertens muss die Aktivität am Markt, also offen und nach außen erfolgen.

Eine innere Absicht, die Dritten nicht erkennbar wird reicht daher nicht aus (z. B. das Verwalten des eigenen Vermögens).

5. Es darf sich nicht um die Ausübung eines freien Berufes (Ärzte, Anwälte, Architekten etc.) handeln.

Dieses negative Tatbestandsmerkmal ist nur historisch zu erklären und sollte den sog. höheren Diensten eine Sonderstellung zuweisen, da diese in ihren jeweiligen Standesrichtlinien eigene Regeln entwickelt hatten.

b) Erfordernis eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes

Als negative Abgrenzung zu Kleingewerbetreibenden ist ein Gewerbe dann kein Handelsgewerbe, falls das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise organisierten Geschäftsbetrieb nicht bedarf. Kriterien für die Einordnung sind der Umfang: Umsatz, Zahl der Betriebsstätten, Anzahl der Beschäftigten und die Höhe des Anlage- und Kapitalvermögens und die Art: z. B. Erfordernis der Bilanzierung, die Inanspruchnahme von Krediten und die Komplexität der Geschäftsvorgänge.

c) Betrieb des Handelsgewerbes

Die Kaufmannseigenschaft setzt nach § 1 Abs. 1 HGB weiter den Betrieb des Handelsgewerbes voraus.

Verlangt wird also, dass jemand Geschäfte betreibt, mithin aktiv – und zwar im eigenen Namen – tätig wird. Offene Vertretung für Dritte kann keine eigene Kaufmannseigenschaft begründen (aber natürlich kann der Vertretene selber Kaufmann sein).

Wer die vorgenannten Kriterien erfüllt und die negativen Ausschlusskriterien nicht erfüllt, ist per Gesetz Kaufmann, unabhängig von der Eintragung im Handelsregister. Die Eintragung hat dann nur deklaratorische Wirkung.

2. Der Kannkaufmann gemäß § 2 und 3 Abs. 2 HGB

a) Kleingewerbetreibende

Kleingewerbetreibende, die gemäß §§ 1, 2 HGB ein Gewerbe betreiben, das nach Art und Umfang keines kaufmännisch organisierten Geschäftsbetriebs bedarf, können gemäß § 2 HGB durch Eintrag in das Handelsregister zum Kaufmann werden. Diese Personen haben mithin ein Wahlrecht. Durch den Antrag auf Eintragung in das Handelsregister machen sie von dem Wahlrecht Gebrauch und werden konstitutiv durch die Eintragung im Handelsregister zum Kaufmann. Das Gleiche gilt analog für das Herabsinken des Geschäftsbetriebs zum Kleingewerbetreibenden. Solange der Betreiber dieses Geschäftsbetriebes im Handelsregister eingetragen ist, bleibt er Kaufmann. Schließlich bleibt auch der Betreiber eines ehemaligen Kleingewerbetreibenden Kaufmann, wenn er die Löschung beantragt, aber sein Betrieb in der Zwischenzeit nach Art und Umfang zum Istkaufmann herangewachsen ist. In einem solchen Fall ist der Löschungsantrag zu verwehren.

b) Kannkaufmann gemäß § 3 HGB

Für land- und forstwirtschaftliche Betriebe gilt die Ausnahmegvorschrift des § 3 HGB. Solche Betriebe sind grundsätzlich nicht als Kaufmann zu qualifizieren. Für den Fall, dass Art und Umfang des Betriebes einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (§ 3 Abs. 2 Satz 1), kann der Land- oder Forstwirt jedoch die Eintragung als Kaufmann im Handelsregister beantragen. Mit der Eintragung wird er dann konstitutiv Kaufmann. Mit der Stellung eines solchen Antrags verbraucht sich aber das Wahlrecht des Land- oder Forstwirts. Einmal eingetragen

bleibt er Kaufmann und kann die Löschung erst beantragen, wenn er den Geschäftsbetrieb aufgibt.

3. Der Formkaufmann gemäß § 6 Abs.1 HGB

Gemäß § 6 HGB werden Handelsgesellschaften mit Ihrer Gründung qua Form zum Kaufmann und unterfallen der Anwendung des HGB. Bei den Handelsgesellschaften ist zwischen Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG), Kapitalgesellschaften (GmbH, Aktiengesellschaften, SE, KGaA), den sog. Mischformen (GmbH & Co. KG, AG & Co. KG) sowie den Sonderformen (EWIV, SCE und eG) zu unterscheiden.

Während die KG und OHG bereits mit der Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes zum Kaufmann werden (Eintragung nur deklaratorisch), werden die Kapitalgesellschaften und Sonderformen erst mit ihrer Eintragung im Handelsregister zum Kaufmann. Das liegt bei den Kapitalgesellschaften an dem Umstand, dass sie erst mit Eintragung in das Handelsregister entstehen (existieren). Nehmen die Gesellschafter – z. B. bei einer GmbH in Gründung – den Geschäftsbetrieb bereits vor Eintragung auf, sind die handelnden Personen bis zur Eintragung gegebenenfalls persönlich als Kaufmann oder Personengesellschaft zu qualifizieren. Bei den eingetragenen Kapitalgesellschaften ist immer nur die Gesellschaft selbst als Kaufmann zu qualifizieren. Nicht die Gesellschafter oder Geschäftsführer.

Die eingetragene Genossenschaft (eG) oder die Europäischen Genossenschaften (SCE) betreiben zwar Handelsgeschäfte, gelten aber gem. § 17 Abs. 2 GenG als Kaufmann.

4. Der Fiktivkaufmann gemäß § 5 HGB

Gemäß § 5 kann der Inhaber einer Firma, die im Handelsregister eingetragen ist, nicht anführen, dass er kein Handelsgewerbe betreibt und daher auch kein Kaufmann sei. Es ist umstritten, ob es überhaupt noch einen Anwendungsbereich für § 5 HGB gibt.¹ Begründet wird dies mit dem Regelungsgehalt von § 2 HGB, nach dem der Minderkaufmann und der Kannkaufmann bereits durch Eintragung zum Kaufmann werden. Zudem

¹ Vgl. zum Meinungsstand *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, § 5 Rn. 2; *Brox/Henssler*, Handelsrecht, Rn. 54a.

vertritt die wohl h. M. die Auffassung, dass auch § 5 HGB nur zur Anwendung gelangt, wenn die eingetragene Firm ein Gewerbe betreibt. Damit finden sich kaum noch denkbare Anwendungsfälle.

5. Der Scheinkaufmann

Ein wirksamer Schutz des Rechtsverkehrs lässt sich über die Vorschriften der §§ 1–6 HGB allein nicht umfassend sicherstellen. Insbesondere sind die Fälle nicht erfasst, bei denen ein Teilnehmer zwar nicht im Handelsregister eingetragen ist, er aber wie ein Kaufmann auftritt und z. B. in seinem Schriftverkehr übliche Firmen von Kaufleuten verwendet.

Wer sich im Rechtsverkehr als Kaufmann geriert, wird hierdurch zwar nicht zum Kaufmann. Er muss sich aber gegenüber gutgläubigen Dritten wie ein Kaufmann behandeln lassen, wenn er zurechenbar einen entsprechenden Rechtsschein gesetzt hat. Dieser Grundsatz ist nicht im Handelsgesetzbuch normiert, wird aber einhellig aus den allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen und dem auf § 242 BGB (Treu und Glauben) basierenden Verbot des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) abgeleitet.²

Voraussetzung für die Anwendung dieses Grundsatzes ist mithin:

- Jemand muss zurechenbar den Rechtsschein gesetzt haben, dass er Kaufmann sei.
- Ein Dritter muss diesem Rechtsschein gutgläubig erlegen sein. Er darf also den Mangel der fehlenden Kaufmannseigenschaft nicht positiv gekannt oder nicht grob fahrlässig nicht genannt haben.
- Zudem muss der Rechtsschein ursächlich für die Rechtshandlung des Gutgläubigen gewesen sein.
- Schließlich muss der Rechtsscheinsetzer auf jeden Fall geschäftsfähig gewesen sein. Der Treu und Glaubensschutz des Scheinkaufmannskonzepts durchbricht nicht die Schutzfunktion der mangelnden Geschäftsfähigkeit nach BGB.

² *Hopt*, in: Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch § 5 Rn. 9; *Brox/Henssler*, Handelsrecht, Rn. 63 ff.

B. Handelsregister und andere Rechtsscheintatbestände

I. Das Handelsregister

Das Handelsregister wird von dem Amtsgericht geführt, in dessen Bezirk das kaufmännische Unternehmen seinen Sitz hat (§ 8 HGB, § 377 FamFG). Es dient der Sicherheit des Handelsverkehrs durch Offenlegung der wichtigen Rechtsverhältnisse der Kaufleute (*Publizitätswirkung*). Die Einsichtnahme steht jedem ohne Nachweis eines besonderen Interesses zu (§ 9 Abs. 1 S. 1 HGB – anders beim Grundbuch, vgl. § 12 GBO).³

Das Handelsregister hat zwei Abteilungen: *Abteilung A* – Tatsachen über Einzelkaufleute, OHG und KG (also Personengesellschaften); *Abteilung B* – Angaben über Kapitalgesellschaften.

Die meisten Eintragungen im Handelsregister sind *deklaratorisch* und nicht *konstitutiv*. *Konstitutiv (rechtsbegründend)* sind beispielsweise folgende Eintragungen: GmbH und AG entstehen erst mit Eintragung, § 11 Abs. 1 GmbHG, § 41 Abs. 1 AktG. Bei OHG und KG wird hingegen differenziert. Im Innenverhältnis, also im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern, entstehen OHG und KG mit dem (auch konkludent denkbaren) Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Im Außenverhältnis entstehen OHG und KG erst mit *Eintragung* (§§ 123 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB) oder gemäß §§ 123 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB mit Geschäftsbeginn, soweit sich nicht ausnahmsweise etwas anderes ergibt. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGB-Gesellschaft oder GbR) kann automatisch zur OHG werden (sog. *identitätswahrender Formwechsel*), wenn ihr Zweck auf den Betrieb eines Gewerbes gerichtet ist und sie die Kleingewerbeschwellen überschreitet.

³ Siehe www.handelsregister.de.

Die Anmeldung zur Eintragung muss in öffentlich beglaubigter Form geschehen (§ 12 Abs. 1 S. 1 HGB). Die Erklärung muss also schriftlich erfolgen und die Unterschrift vom Notar beglaubigt⁴ werden (§§ 129 Abs. 1 BGB, 39 ff. BeurkG). Abweichend von § 167 Abs. 2 BGB bedarf die Bevollmächtigung zur Anmeldung der Eintragung in das Handelsregister der öffentlichen Beglaubigung (§ 12 Abs. 2 S. 2 HGB).

Seit dem 1. Januar 2007 können die Handelsregister elektronisch geführt werden. In der Zwischenzeit haben alle Registergerichte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Das Handelsregister kann nun unter der Website www.handelsregister.de von jedermann eingesehen werden. Der Begriff „Handelsregister“ ist geschützt. Nach § 8 Abs. 2 HGB dürfen andere Datensammlungen nicht unter der Verwendung oder Beifügung der Bezeichnung „Handelsregister“ in den Verkehr gebracht werden.

II. Die Publizitätswirkung gemäß § 15 HGB

1. Negative Publizität gemäß § 15 Abs. 1 HGB

§ 15 Abs. 1 HGB regelt den Fall, dass eine *wahre* und *eintragungspflichtige* Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht worden ist. Eine solche Tatsache kann einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, dieser kannte die Tatsache.

§ 15 Abs. 1 HGB schützt somit das Vertrauen auf die *Vollständigkeit des Handelsregisters*. *Auf das Schweigen des Handelsregisters darf man vertrauen*.

Beispiel Eine Prokura wird widerrufen. Die Löschung der Prokura wird nicht im Handelsregister eingetragen. Rechtsfolge: Wenn der Prokurist weiter Rechtsgeschäfte im Namen des Geschäftsherrn tätigt, kann dieser einem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht einwenden, die Prokura sei zwischenzeitlich erloschen.

⁴ Nicht: beurkundet. Eine Beurkundung erfordert gemäß § 17 BeurkG die Belehrung durch den Notar. Bei der Beglaubigung bescheinigt der Notar lediglich, dass die Unterschrift vor ihm geleistet wurde.

Abwandlung Wie ist der Fall zu lösen, wenn die Erteilung der Prokura seinerzeit gar nicht erst eingetragen wurde? Kann auch dann das Erlöschen der Prokura dem Dritten nicht entgegengehalten werden?

Lösung Dieser Fall der sog. *sekundären Unrichtigkeit* ist sehr streitig. Nach der Rechtsprechung des BGH⁵ kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Dritte auch anderweitig Kenntnis von der die Voreintragung begründenden Tatsache, also hier der Erteilung der Prokura, erlangt hat. Dieser Vertrauenstatbestand kann nur durch die entsprechende Gegeneintragung beseitigt werden (Text der Eintragung: „Die erteilte, aber nicht eingetragene Prokura ist erloschen“). Ohne diese Eintragung schweigt das Handelsregister zu der Frage, ob die Prokura erloschen ist.

NB:

Das Handelsregister schützt den *Rechtsverkehr*. Nur reflexartig werden die einzelnen Teilnehmer am Rechtsverkehr geschützt. Nicht erforderlich ist daher ein *konkretes Vertrauen* auf den Registerinhalt dergestalt, dass das Rechtsgeschäft des Dritten vom konkreten Vertrauen auf die Prokura motiviert gewesen sein muss.⁶

2. Die Publizitätswirkung des § 15 Abs. 2 HGB

Ist eine *richtige* und *eintragungspflichtige* Tatsache eingetragen und bekanntgemacht, so muss ein Dritter sie gegen sich gelten lassen.

Beispiel Wenn die Prokura entzogen worden ist, dies auch eingetragen und bekanntgemacht wurde, muss ein Dritter dies gegen sich gelten lassen. Er kann sich also nicht auf das Bestehen der Prokura berufen.

Ausnahme Die Schonfrist gemäß § 15 Abs. 2 S. 2 HGB. Hier gilt eine Frist von 15 Tagen nach Bekanntmachung, wenn der Dritte beweist, dass er das Erlöschen der Prokura weder kannte noch kennen musste.

⁵ BGHZ 55, S. 267, 272; BGHZ 116, S. 37, 44; BGH, NJW 1983, S. 2258, 2259.

⁶ Vgl. nur *Lettl*, Handelsrecht, S. 40 ff.

3. Positive Publizitätswirkung gemäß § 15 Abs. 3 HGB

Hier wird der Fall geregelt, dass eine *unrichtige* und *eintragungspflichtige* Tatsache im Handelsregister eingetragen und/oder bekannt gemacht worden ist. Folgende drei Fälle sind von § 15 Abs. 3 HGB umfasst:

- die Eintragung ist richtig, die Bekanntmachung aber falsch;
- die Eintragung fehlt ganz, es wird also etwas bekannt gemacht, was nicht eingetragen war;
- Eintragung und Bekanntmachung sind beide falsch.

Beispiel Versehentlich wird nicht der leitende Mitarbeiter M, sondern der Fahrer F als Prokurist im Handelsregister eingetragen. Als dieser davon erfährt, schließt er im Namen der Gesellschaft ein Geschäft ab. Kann der Dritte D sich darauf berufen, er sei in seinem Vertrauen, dass F Prokurist sei, geschützt?

Lösung Zunächst liegen die Voraussetzungen von § 15 Abs. 3 HGB vor: Die Eintragung und die Bekanntmachung sind unrichtig. Der Dritte hatte keine Kenntnis von der Unrichtigkeit. Auf eine konkrete Kausalität kommt es nicht an. Die *Rechtsprechung* hat aber noch ein *weitere Tatbestandsmerkmal* geschaffen: In Anlehnung an die allgemeine Rechtsscheinhaftung wird gefordert, dass die Vorschrift *nur zulasten desjenigen* angewendet werden kann, der die unrichtige Verlautbarung zumindest mittelbar *zurechenbar veranlasst* hat. Wenn dies nicht der Fall ist, kann der Dritte D sich gegenüber dem Unternehmen nicht gemäß § 15 Abs. 3 HGB auf die unrichtige Eintragung der Prokura des F berufen.

III. Der Rechtsschein außerhalb des Handelsregisters

Auch außerhalb von § 15 HGB kann ein Rechtsschein begründet werden, der zur Folge hat, dass eine Kaufmannseigenschaft angenommen wird.

§ 176 HGB (nicht eingetragene KG) geht ebenso wie die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft den allgemeinen Grundsätzen über die Rechtsscheinhaftung vor.

Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsscheinhaftung sind:

- Es muss eine *Rechtsscheingrundlage* vorhanden sein, die auf unterschiedlichste Art, ausdrücklich oder konkludent, in Worten oder Taten gesetzt werden kann. Beispielsweise das Auftreten eines Nichtkaufmanns als Kaufmann, indem er sich selbst so bezeichnet, etwa im Briefkopf „e. K.“ führt, unzulässige, irreführende Firmenführung (Auftreten als Vertreter oder Gesellschafter tatsächlich nicht existierender oder nicht unbeschränkt haftender Gesellschaft) etc.
- Der Rechtsschein muss *zurechenbar* gesetzt worden sein, also durch Tun oder pflichtwidriges Unterlassen, wobei ein Verschulden nicht erforderlich ist. Es reicht aus, dass es objektiv vorhersehbar war, dass ein bestimmtes Handeln/Unterlassen bei Dritten den Rechtsschein erwecken könnte.
- Die Schutzbedürftigkeit des auf den Rechtsschein vertrauenden Dritten setzt dessen *Gutgläubigkeit* voraus. Schutzbedürftigkeit liegt nicht vor, wenn der Dritte positive Kenntnis von den wahren Umständen hatte. In der Regel wird auch fahrlässige Unkenntnis die Gutgläubigkeit des Dritten ausschließen.
- *Kausalität des Rechtsscheins* bedeutet, dass der Dritte den Rechtsschein kennen muss und sich im geschäftlichen Verkehr *auf den Rechtsschein verlassen hat*. D. h. der Dritte muss die Tatsachen kennen, aus denen sich der Rechtsschein ergibt.

Rechtsfolge der Rechtsscheinhaftung ist, dass der *Scheintatbestand der Wirklichkeit rechtlich gleichgestellt* wird.⁷ Derjenige, der einen Rechtsschein zurechenbar gesetzt hat, kann sich gegenüber dem gutgläubigen Dritten, der sich in seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat, nicht auf die wahre Rechtslage berufen. So muss sich der Scheinkaufmann wie ein Kaufmann nach HGB behandeln lassen. Ebenso muss sich derjenige, der im Rechtsverkehr zurechenbar den Anschein einer bestehenden Handelsgesellschaft hervorruft, entsprechend diesem Rechtsschein behandeln lassen. Wer also zurechenbar den Rechtsschein setzt, er betreibe mit seinem Partner eine OHG, muss für die Schulden der dieser Schein-OHG entsprechend § 128 HGB haften, auch wenn tatsächlich keine OHG vorliegt.

⁷ Canaris, Handelsrecht, S. 94.

Der Rechtsschein wirkt *nur für, nicht gegen* den gutgläubig Vertrauenden (streitig). Streitig ist ebenfalls, ob dem Dritten ein Wahlrecht zusteht, er sich also nach Belieben die Rechtsscheinfolgen oder die Rechtsfolgen der wahren Rechtslage „herauspicken“ kann (sog. Rosinentheorie).⁸

Beispiel A und B waren Komplementäre einer Kommanditgesellschaft mit Gesamtvertretungsmacht. B scheidet zum 1. Januar 2014 aus. Die Eintragung seines Ausscheidens wird jedoch erst am 1. Januar 2015 ins Handelsregister eingetragen. Zwischenzeitlich schließt die KG einen Kaufvertrag ab. Der Gläubiger G nimmt die KG auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch. Als diese nicht zahlen kann, nimmt G den B gemäß § 128 HGB in Anspruch. Dieser wendet ein, er sei zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages nicht mehr Gesellschafter gewesen.

Kann G sich auf § 15 Abs. 1 HGB berufen? Kann die Tatsache seines zwischenzeitlichen Ausscheidens aus der Gesellschaft mangels Eintragung im Handelsregister dem G möglicherweise nicht entgegengehalten werden?

Lösung § 15 Abs. 1 HGB ist anwendbar: Das Ausscheiden eines Komplementärs ist nach §§ 143 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB in das Handelsregister einzutragen. Somit gilt B auch zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages als Gesellschafter der KG. Das führt aber zu folgendem Ergebnis: Wäre er KG-Gesellschafter gewesen, hätte er aufgrund der bestehenden Gesamtvertretung nur gemeinsam mit A das Geschäft abschließen können. Da B nicht gegengezeichnet hat, wäre also gar kein Vertrag zustande gekommen. Die Frage ist, ob sich G hier einmal auf die *fingierte Rechtslage* (Gesellschafterstellung des B) und darüber hinaus auch auf die *tatsächliche Rechtslage*, nach der nämlich B nach seinem Ausscheiden nicht mehr Komplementär war (und daher der Vertrag auch ohne sein Mitwirken wirksam geworden ist), berufen kann. Oder anders gesagt: Muss G, wenn er sich auf die fingierte Rechtslage (B ist Gesellschafter) beruft, dann auch weiterhin die fingierte Rechtslage gegen sich gelten lassen, nach der dann Gesamtvertretungsmacht erforderlich gewesen wäre?

⁸ Näher hierzu etwa *Lettl*, Handelsrecht, S. 46 f. m. w. N.

Nach umstrittener Auffassung des BGH kann sich ein Gläubiger, der sich auf einen Rechtsschein beruft, auch jederzeit auf die tatsächliche Rechtslage berufen, wenn ihm dies günstiger erscheint.⁹

Ebenfalls streitig ist die Kollision der zutreffenden Verlautbarung des Handelsregisters mit einem anders gesetzten Rechtsschein.

Beispiel A wandelt sein einzelkaufmännisches Handelsgeschäft in eine GmbH um. Die Gründung der GmbH wird ordnungsgemäß eingetragen und bekanntgemacht. Den GmbH-Zusatz führt A aber weder auf seinen Geschäftspapieren noch auf Visitenkarten, Rechnungsbögen oder im Internet. Nach Gründung der GmbH schließt er unter seinem Namen einen Kaufvertrag mit dem Gläubiger G ab. Dieser verlangt den Kaufpreis von A persönlich, nachdem sich herausgestellt hat, dass die GmbH zahlungsunfähig ist.

Lösung Ein Anspruch gegen A kann sich nur aus der Rechtsscheinhaftung ergeben, weil A den erforderlichen Rechtsformzusatz gemäß § 4 GmbHG nicht geführt hat. Andererseits kann sich A aber auf § 15 Abs. 2 HGB berufen, wonach ordnungsgemäß eingetragen und bekanntgemacht worden ist, dass er Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH ist.

Nach ständiger Rechtsprechung¹⁰ kann ein Vertrauenstatbestand auch dadurch begründet werden, dass der für das Unternehmen Handelnde unter Verstoß gegen § 4 GmbHG (oder bei der KG und OHG gegen § 19 Abs. 2 HGB) mit einer Firma zeichnet, ohne den gesetzlich vorgeschriebenen Zusatz hinzuzufügen, der klarstellt, dass der Firmeninhaber eine GmbH ist. Danach würde A hier für den Kaufpreis in vollem Umfang haften, sofern die übrigen Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung gegeben sind.

⁹ BGHZ 65, S. 309, 310 f.

¹⁰ Vgl. nur BGH, NJW 1996, S. 2645.