

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 1: Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1-104a

von

Dr. Andreas Heidinger, Prof. Dr. Gerrick Freiherr von Hoyningen-Huene, Dr. Alexander Krafka, Prof. Dr. Peter Krebs,
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Dr. Jan Thiessen, Dr. Martina Schulz

3. Auflage

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 1: Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1-104a – Heidinger /
Hoyningen-Huene / Krafka / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Handelsgesetzbuch



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 58376 6

liche Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (§ 1 Abs. 2). Im Einzelnen s. 2. Aufl. § 123 RdNr. 8 bis 11.

2. Nicht erfasste Gesellschaften. a) Innengesellschaften. Innengesellschaften sind **6** niemals Handelsgesellschaften. Das gilt namentlich für die stille Gesellschaft (2. Aufl. § 230 RdNr. 10 f.), für die Unterbeteiligungsgesellschaft (2. Aufl. § 230 RdNr. 194) und für die BGB-Innengesellschaft.

b) BGB-Außengesellschaften. Keine Handelsgesellschaften sind auch die BGB-Au- **7** ßengesellschaft und **der nichtrechtsfähige Verein** (zu ihrer Fähigkeit, Unternehmens-
träger zu sein, vgl. § 1 RdNr. 45 f.). Bei ihnen ist die Rechtsform geradezu Ausdruck
fehlender Kaufmannseigenschaft. Sobald sie die Voraussetzungen des § 1 erfüllen oder in
das Handelsregister eingetragen werden, wandeln sie sich in offene Handelsgesellschaften
oder Kommanditgesellschaften um. Zur Frage, inwieweit Handelsrecht analog angewendet
werden kann, vgl. § 1 RdNr. 85 ff.

c) Partnerschaftsgesellschaften. Nicht erfasst ist die Partnerschaftsgesellschaft. Sie ist, **8**
obwohl als Berufsausübungsgesellschaft Trägerin eines Unternehmens (§ 1 Abs. 1 Satz 1
PartGG), kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung dem Handelsrecht entzogen (§ 1
Abs. 1 Satz 2 PartGG „Sie übt kein Handelsgewerbe aus.“). Sie ist also „negativer Form-
kaufmann“ (vgl. § 1 RdNr. 48). Die Frage ist nicht ohne praktische Bedeutung. Sie spielt
nicht nur bei gesetzeswidrig eingetragenen Partnerschaftsgesellschaften eine Rolle, vielmehr
können nach § 1 Abs. 2 PartGG auch handlungsgewerblich tätige Gesellschaften in das Part-
nerschaftsregister eingetragen werden, sofern sie den Freiberuflerbegriff des § 1 Abs. 2
PartGG erfüllen (vgl. zum Auseinanderfallen der Begriffe § 1 RdNr. 36). Zur analogen
Anwendung von Handelsrecht vgl. auch § 1 RdNr. 85 ff.

III. Formkaufleute (Abs. 2)

1. Formkaufmännische Körperschaften. a) Erfasste Rechtsträger. „Vereine“, also **9**
Körperschaften, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens
allein kraft Rechtsform die Eigenschaft eines Kaufmanns beibringt, sind die AG (§ 3 AktG),
die KGaA (§ 278 Abs. 3 AktG), die GmbH (§ 13 Abs. 3 GmbHG) und die eG (§ 17
Abs. 2 GenG). Auch die in den neuen Bundesländern beim Rat des Kreises eingetragenen
landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften (LPG) waren nach der Wiederherstellung
der staatlichen Einheit ab 3. 10. 1990 automatisch (Voll-)Kaufleute kraft Rechtsform.⁶ Die
Formkaufmannseigenschaft gilt, wie Abs. 2 klarstellt, unabhängig davon, ob ihr Geschäfts-
betrieb kaufmännischer Einrichtungen bedarf. Es kommt nicht einmal darauf an, ob die
Gesellschaft überhaupt ein Gewerbe oder auch nur ein Unternehmen betreibt.⁷ Selbst
ideelle oder gemeinnützige Zwecke stehen der Kaufmannseigenschaft nicht im Wege.⁸

b) Bedeutung der Eintragung. Diese Körperschaften sind unabhängig von Zweck **10**
und Gegenstand der Gesellschaft Kaufleute *ab Eintragung* (§§ 41 Abs. 1, 278 AktG, § 11
Abs. 1 GmbHG, § 13 GenG). Vor der Eintragung in das Handels- oder Genossenschafts-
register ist auch eine förmlich errichtete AG, KGaA, GmbH oder Genossenschaft nur
Vorgesellschaft bzw. Vorgenossenschaft iS von RdNr. 12.

2. Nicht von Abs. 2 erfasste Körperschaften. a) Der Versicherungsverein auf **11**
Gegenseitigkeit als Sonderfall. Nicht Formkaufmann ist der Versicherungsverein auf
Gegenseitigkeit.⁹ Nach § 16 VAG (zu den kleineren Vereinen s. § 53 VAG) gelten aber die
Vorschriften des Ersten Buchs, des Ersten Abschnitts des Dritten Buchs und des Vierten

⁶ BGH NJW-RR 2006, 1267.

⁷ Baumbach/Hopt RdNr. 3; E/B/J/S/Kindler RdNr. 13; Staub/Oetker RdNr. 24.

⁸ BGHZ 66, 48, 49; BAGE 3, 321, 324; Röhrlich/v. Westphalen RdNr. 8; Scholz/Emmerich § 13 GmbHG RdNr. 33.

⁹ Vgl. Oetker/Körber RdNr. 14; näher Staub/Oetker RdNr. 25.

Buchs des Handelsgesetzbuchs über Kaufleute „außer den §§ 1 bis 7“ entsprechend, soweit das VAG nichts anderes vorschreibt.

- 12 **b) Vorgesellschaften.** Keine Formkaufleute sind **Vor-GmbH, Vor-AG und Vorgenossenschaft**, also die errichtete, aber noch nicht eingetragene Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft.¹⁰ Zwar handelt es sich insoweit bereits um körperschaftlich strukturierte Gebilde, die den Gründungsvorschriften und dem Recht der später rechtsfähigen GmbH oder AG, wenn auch mit Ausnahme der bereits die Eintragung voraussetzenden Vorschriften, unterstehen.¹¹ Die Vorgesellschaft kann auch schon persönlich haftende Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft sein¹² und *als Komplementärin* in das Handelsregister Abteilung A (HRA) etwa unter der Firma der zukünftigen GmbH mit dem Zusatz „in Gründung“ eingetragen werden (vgl. auch § 21 RdNr. 7).¹³ Eine Eintragung iS von RdNr. 10, nämlich eine Dokumentation der Gesellschaft als Rechtsträgerin, liegt damit aber noch nicht vor. Die Vorgesellschaft ist nicht Kaufmann kraft Rechtsform und kann nicht als solche (dh. ohne Verwandlung in eine formkaufmännische AG oder GmbH) in das Handelsregister (Abteilung B) eingetragen werden.¹⁴ Die Vorgesellschaft ist allerdings fähig, Trägerin eines Unternehmens zu sein (§ 1 RdNr. 40). Betreibt sie bereits ein kaufmännisches Unternehmen, so ist sie nach § 1 Kaufmann iS des HGB und ihr kommt auch Firmenschutz insbesondere nach § 37 Abs. 2 zu.¹⁵ Betreibt die Vorgesellschaft noch kein kaufmännisches Unternehmen, gewährt ihr die wohl noch herrschende Meinung zwar Namensschutz, verneint aber den Schutz nach § 37.¹⁶ Das ist bedenklich. Mit der Satzungserrichtung steht die Firma der AG, KGaA, GmbH oder Genossenschaft bereits fest, auch wenn sie noch nicht iS von § 17 firmenmäßig gebraucht wird. Firmenschutz nach § 37 ist auch solchen Vorgesellschaften zuzubilligen, die noch nicht kaufmännisch tätig sind. Denn die Vorschrift setzt nicht voraus, dass der Verletzte in einem Firmenführungsrecht verletzt ist (§ 37 RdNr. 6 ff.).¹⁷ § 37 schützt den Namen und die Firma.¹⁸
- 13 **c) Eingetragene Vereine und Körperschaften öffentlichen Rechts.** Nicht unter Abs. 2 fallen diejenigen juristischen Personen, deren Eintragung nach § 33 Abs. 1 mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art oder den Umfang ihres Gewerbebetriebs zu erfolgen hat (dazu im Einzelnen Erläuterungen zu § 33). Zur Fähigkeit dieser Gebilde, Träger eines Unternehmens zu sein, vgl. § 1 RdNr. 41. Kaufmannseigenschaft erlangen diese juristischen Personen nach §§ 1 bis 5, nicht nach § 6.
- 14 **d) Auslandsgesellschaften?** Wenig geklärt ist noch die Behandlung der Auslandsgesellschaften mit Sitz im Inland.¹⁹ Vieles spricht dafür, eine Auslandskapitalgesellschaft insofern wie eine Inlandsgesellschaft zu behandeln, also als Kaufmann kraft Rechtsform. Doch stellt das geltende HGB-Recht dies nicht sicher. Die Eintragung im deutschen Handelsregister basiert idR auf §§ 13 d, 13 e und versteht sich nicht als Eintragung eines formkaufmännischen Rechtssubjekts, sondern nur als Dokumentation der inländischen Niederlassung (vgl. § 13 d RdNr. 11). Die Frage der Formkaufmannseigenschaft dürfte so lange nicht praktisch werden, wie Auslandsgesellschaften im Inland für kaufmännische Zwecke verwen-

¹⁰ Karsten Schmidt GesR § 11 II; Oetker/Körper RdNr. 10.

¹¹ BGHZ 21, 242, 246; 51, 30, 32; 80, 212, 214; vgl. auch Ulmer § 11 GmbHG RdNr. 10; Scholz/Karsten Schmidt § 11 GmbHG RdNr. 24.

¹² BGHZ 80, 129, 132 = NJW 1981, 1373, 1374.

¹³ BGH NJW 1985, 736, 737; Ulmer ZGR 1981, 593, 617.

¹⁴ Vgl. schon 1. Aufl. RdNr. 12 (Bokelmann).

¹⁵ Rowedder/Schmidt-Leithoff § 11 GmbHG RdNr. 75; Ulmer/Heinrich § 4 GmbHG RdNr. 88.

¹⁶ Lutter/Hommelhoff/Bayer § 4 GmbHG RdNr. 42; Ulmer/Heinrich § 4 GmbHG RdNr. 84 ff., 89; Ulmer § 11 GmbHG RdNr. 61; Rittner, Die werdende Juristische Person, 1973, S. 353; im Ergebnis auch BGHZ 120, 103, 106 f. = NJW 1993, 459, 460 = BGH LM § 12 Nr. 60 m. Anm. Bokelmann.

¹⁷ Karsten Schmidt HandelsR § 12 IV 2 a; ders. GmbHR 1987, 77, 81; Baumbach/Hueck/Fastrich § 4 GmbHG RdNr. 18; Michalski § 4 GmbHG RdNr. 89; Flume, FS Gessler, 1971, S. 3, 37.

¹⁸ Scholz/Karsten Schmidt § 11 GmbHG RdNr. 30.

¹⁹ Vgl. zu ihnen auch MünchKommBGB/Kindler IntGesR RdNr. 177 ff.

det werden. Dagegen wirft eine Verwendung als vermögensverwaltende Gesellschaft oder als bloße Vorratsgesellschaft im Inland die hier gestellte Frage auf.

IV. Formkaufmännische Personengesellschaften

1. Die EWIV. a) Formkaufmann. Formkaufmann ist auch die (**deutsche**) EWIV,²⁰ 15
wenngleich in einer für das deutsche Recht untypischen Art. Sie entsteht im Innenverhältnis durch den Abschluss eines Vertrags zwischen den Gründern zur Errichtung der Vereinigung. Zur wirksamen Errichtung im Außenverhältnis ist weiterhin die **Eintragung der Vereinigung** in ein von den Mitgliedstaaten bestimmtes Register **nach Art. 1 Abs. 1 S. 2, Art. 6 und 39 Abs. 1 der EWIV-VO** (Verordnung Nr. 2137/85 des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25. 7. 1985 über die Schaffung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung)²¹ erforderlich. Nach § 1 des insoweit subsidiär geltenden Gesetzes zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-AusfG) vom 14. 4. 1988 (BGBl. I S. 514) sind auf die EWIV, soweit nicht die EWIV-VO oder das EWIV-AusfG gilt, „im übrigen entsprechend die für eine offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften anzuwenden; die Vereinigung gilt als Handelsgesellschaft iS des Handelsgesetzbuchs“. Die EWIV ist daher unabhängig von dem Gegenstand und dem Umfang ihrer Tätigkeit ebenso wie die AG, KGaA, GmbH, eG Formkaufmann. Die EWIV, auf die nach § 1 EWIV-AusfG subsidiär OHG-Recht Anwendung findet, wird gemäß § 3 Abs. 2 HRV folgerichtig in Abteilung A des Handelsregisters (ebenso wie auch die OHG und die KG) eingetragen. Für die Eintragung zuständig ist nach § 2 Abs. 1 EWIV-AusfG das Gericht, in dessen Bezirk die EWIV ihren „im Gründungsvertrag genannten Sitz“ hat; nicht maßgebend ist daher entgegen § 106 Abs. 1 der tatsächliche Ort der Geschäftsführung (vgl. zur Anmeldung der EWIV im Übrigen 1. Aufl. RdNr. 14).

b) Bedeutung der Eintragung. Die Eintragung hat konstitutive Wirkung (vgl. auch 16
2. Aufl. § 123 RdNr. 1). Nach Art. 1 Abs. 2 EWIV-VO kommt der Vereinigung nämlich erst „von der Eintragung nach Art. 6 an“ die Fähigkeit zu, im eigenen Namen Träger von Rechten und Pflichten jeder Art zu sein, Verträge zu schließen oder andere Rechtshandlungen vorzunehmen und vor Gericht zu stehen.²² Die 1. Aufl. (*Bokelmann*) folgerte hieraus, dass der Gesellschaft vor der Eintragung die Rechtsträgerschaft fehle²³ und dass sie die Kaufmannseigenschaft selbst dann erst mit der Eintragung erwerben könne, wenn eine EWIV mit dem Sitz in der Bundesrepublik ein Handelsgewerbe iS von § 1 Abs. 2 betreibt.²⁴ Insoweit gleiche die EWIV den Kapitalgesellschaften des deutschen Rechts.²⁵ Diesem Standpunkt ist nicht zu folgen. Die EWIV kann schon vor ihrer Eintragung Rechtsträgerin sein (vgl. sinngemäß 2. Aufl. § 123 RdNr. 3). Würde sie unzulässigerweise ein Handelsgewerbe nach § 1 betreiben, so wäre sie kraft Rechtsformzwangs (2. Aufl. § 105 RdNr. 10, 31) bereits Kaufmann. Große praktische Bedeutung hat die Frage nicht.

2. Eingetragene Handelsgesellschaften. a) Streitstand. Umstritten ist, ob 17
auch Handelsgesellschaften, nämlich OHG und KG, Formkaufleute sind. Die Frage war vor 1998 klar zu verneinen (vgl. 1. Aufl. RdNr. 4 [*Bokelmann*]). Auf Abs. 2 kann eine Formkaufmannseigenschaft der OHG oder KG nicht ohne weiteres gestützt werden. Seit der Einführung des § 105 Abs. 2 durch das Handelsrechtsreformgesetz von 1998 ist

²⁰ LG Bonn EuZW 1993, 550, 551; *Zettel* DRiZ 1990, 161, 169; *Müller-Gugenberger* NJW 1989, 1449, 1453; *Karsten Schmidt* HandelsR § 10 III 3b; *Koller/Roth/Morck* RdNr. 3; *Baumbach/Hopt* RdNr. 6; wohl auch *Ganske*, Das Recht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung, 1988, S. 24.

²¹ ABl. EG Nr. L 199 S. 1 vom 31. 7. 1985 (nachfolgend EWIV-VO); nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar anwendbar.

²² Vgl. auch *Gloria/Karbowski* WM 1990, 1313, 1321.

²³ 1. Aufl. RdNr. 14 (*Bokelmann*).

²⁴ *Ganske* (Fn. 20) S. 41; *ders.* Beilage DB Nr. 20/85 zu Heft Nr. 35 S. 4 Fn. 50; *Hartard*, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, 1991, S. 18 f.

²⁵ *Meyer-Landrut*, Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, 1988, S. 125.

aber richtigerweise **jede als OHG oder KG eingetragene Gesellschaft Handelsgesellschaft iS von Abs. 1** (vgl. RdNr. 4; s. auch 2. Aufl. § 105 RdNr. 9, 42).²⁶ Von der hM wird dies zu Unrecht bestritten.²⁷ Dazu ist zu bemerken, dass die OHG oder KG nicht anders als eine Kapitalgesellschaft (RdNr. 10, 12) selbstverständlich **erst ab Eintragung** Kaufleute kraft Rechtsform sein können. Die Frage ist im Ergebnis von geringer Bedeutung, weil die hM auf § 5 ausweichen kann. Im Wesentlichen hängt die Frage von der Auslegung des § 105 Abs. 2 ab. Legt man die Bestimmung in dem hier bei § 105 RdNr. 55 ff. (2. Aufl.) vertretenen weiten Sinn aus, so ist jede Außenpersonengesellschaft als OHG bzw. KG eintragungsfähig, jede als OHG oder KG eingetragene Gesellschaft also ohne weiteres Handelsgesellschaft nach Abs. 1. Der Umweg über § 5 ist damit überflüssig (vgl. auch § 5 RdNr. 15).

- 18 **b) GmbH & Co. KG.**²⁸ Die Kapitalgesellschaft (oder Auslandsgesellschaft) & Co. KG ist als Kommanditgesellschaft eine Personenhandelsgesellschaft und deshalb kein „Verein“ iS von Abs. 2; sie ist nach hergebrachter Auffassung nicht eine Handelsgesellschaft kraft Rechtsform (Formkaufmann).²⁹ Entscheidend ist nicht, dass die Komplementär-GmbH selbst als (haftender) Gesellschafter Formkaufmann ist (RdNr. 8),³⁰ es kommt vielmehr auf die Kaufmannseigenschaft der KG an.³¹ Die KG setzte bis 1998 einen vollkaufmännischen Gewerbebetrieb nach § 1 aF voraus, beziehungsweise es mussten die Voraussetzungen des § 2 aF (ganz ausnahmsweise des § 3) erfüllt sein.³² Noch heute versagt die hM der GmbH & Co. die Formkaufmannseigenschaft.³³ Nach der hier vertretenen Auffassung gilt die bei RdNr. 17 dargestellte Regel: Jede GmbH & Co. KG ist eintragbar und, sobald sie als Kommanditgesellschaft eingetragen ist, Handelsgesellschaft, ohne dass es auf die Voraussetzungen der Eintragung noch ankäme. In diesem Sinne ist also auch die GmbH & Co. KG Formkaufmann.³⁴

V. Anwendung kaufmännischer Vorschriften

- 19 Das Handelsrecht des HGB findet Anwendung, dh. **das gesamte Handelsrecht** einschließlich des Rechts der Handelsgeschäfte und nicht etwa nur die §§ 1 bis 5.³⁵ Alle von einer Handelsgesellschaft (einschließlich der Formkaufleute) im Außenverhältnis vorgenommenen Geschäfte sind *Handelsgeschäfte* iS der §§ 343 ff.,³⁶ ohne dass es auf die Vermutung des § 344 für ein Handelsgeschäft ankommt. Die Handelsgesellschaft kennt kein „Privatleben“.³⁷ Im Übrigen wird auf RdNr. 10 verwiesen.

²⁶ Karsten Schmidt HandelsR § 10 III 3 a; zuerst *ders.* DB 1998, 61; NJW 1998, 2161, 2165 f.; ZHR 163 (1999), 87, 89 f.; ausführlich *ders.* FS Kreutz, 2009, S. 837 ff. (also nicht „neuerdings“, wie nach Einschätzung von Staub/Oetker Fn. 34); zust. in Bezug auf Vermögensverwaltungsgesellschaften *Canaris* § 3 RdNr. 46; sympathisierend wohl auch (aber mit der die hM charakterisierenden Umständlichkeit) E/B/J/S/Kindler RdNr. 10.

²⁷ Vgl. *Siems* Kaufmannsbegriff S. 125 f.; Baumbach/Hopt RdNr. 7; E/B/J/S/Kindler RdNr. 9 ff.; Koller/Roth/Morck RdNr. 6; Röhricht/v. Westphalen RdNr. 8; *Canaris* § 3 RdNr. 46 (vgl. aber Fn. 26).

²⁸ Zu anderen Formen der „Kapitalgesellschaft & Co.“ (AG & Co., Stiftung & Co.) vgl. *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, § 1 RdNr. 14 ff. und *Karsten Schmidt* GesR § 56 I 1.

²⁹ *Binz/Sorg* (Fn. 28) § 3 RdNr. 41; Oetker/Körber RdNr. 5; Staub/Oetker RdNr. 26; *Karsten Schmidt* JuS 1985, 416, 417; aA *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl. 2006, § 42 RdNr. 1 (Kapitalgesellschaft); *Veismann* BB 1970, 1159 und *Schulze-Osterloh* NJW 1983, 1281, 1284 ff.; dagegen *Karsten Schmidt* GmbHHR 1984, 272, 275 ff.

³⁰ BayObLGZ 1984, 273.

³¹ *Karsten Schmidt* HandelsR § 10 II 2 a.

³² BayObLGZ 1984, 273, 276 = NJW 1985, 982 = JuS 1985, 416 m. Anm. *Karsten Schmidt*; *Karsten Schmidt* HandelsR § 10 II 2 a; *Jurkat* GmbHHR 1983, 224, 228.

³³ Vgl. Baumbach/Hopt RdNr. 7; Oetker/Körber RdNr. 5; Röhricht/v. Westphalen RdNr. 10; vgl. auch Fn. 27.

³⁴ Zusammenfassend *Karsten Schmidt*, FS Kreutz, 2009, S. 837, 848 ff.

³⁵ BAGE 3, 321, 324 mwN.

³⁶ Heymann/*Emmerich* RdNr. 3; Staub/Oetker RdNr. 21; Baumbach/Hopt RdNr. 4; *Karsten Schmidt* HandelsR § 10 II 1 und § 18 I 1.

³⁷ E/B/J/S/Kindler RdNr. 21; Scholz/*Emmerich* § 13 GmbHG RdNr. 34; Heymann/*Emmerich* RdNr. 3; Röhricht/v. Westphalen RdNr. 8; Staub/*Ulmer* § 105 RdNr. 44.

1. Erstes Buch. Anwendbar sind alle Bestimmungen des Ersten Buchs, ergänzt durch rechtsformspezifische Spezialvorschriften (zB über Firmen und Geschäftsbriefe). Auch wenn eine eingetragene Handelsgesellschaft oder Genossenschaft kein Handelsgewerbe iS der §§ 1 bis 3 betreibt, sind daher Arbeitnehmer der Gesellschaft, die zur Leistung qualifizierter Dienste gegen Entgelt angestellt sind, trotzdem Handlungsgehilfen nach § 59, obwohl § 59 von der Anstellung „in einem Handelsgewerbe“ ausgeht (§ 59 RdNr. 92).³⁸ Sie kann daher auch ohne Einschränkung Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte bestellen. Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots mit einem Handlungsgehilfen ist nur wirksam, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 74 ff. erfüllt sind.³⁹

2. Drittes Buch. Das Bilanzrecht der Handelsgesellschaften ist von deren Zweck und Tätigkeit unabhängig. 21

3. Viertes Buch. Alle von einer Handelsgesellschaft (einschließlich der Formkaufleute) im Außenverhältnis vorgenommenen Geschäfte sind *Handelsgeschäfte* iS der §§ 343 ff., ohne dass es auf die Vermutung des § 344 für ein Handelsgeschäft ankommt (2. Aufl. § 343 RdNr. 9; § 344 RdNr. 2). Die Handelsgesellschaft kennt kein „Privatleben“ (RdNr. 19). 22

4. Vorschriften außerhalb des HGB. Soweit Gesetze auf die Unternehmerqualität nach § 14 BGB abstellen, genügt hierfür das Vorhandensein einer Handelsgesellschaft nicht ohne weiteres (vgl. Vor § 1 RdNr. 17). Jeweils für die Einzelnorm zu entscheiden ist, ob die Grundsätze des § 6 auch dann gelten, wenn eine Norm außerhalb des HGB auf die Kaufmannseigenschaft beziehungsweise auf den Gewerbebetrieb abstellt.⁴⁰ Für eine GmbH, die kein Gewerbebetrieb (Olympia-GmbH), hatte der BGH in Bezug auf die vierjährige Verjährung des § 196 Abs. 2 BGB aF entschieden,⁴¹ das in § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB aF erwähnte Merkmal des „Gewerbebetriebes“ werde gesetzlich fingiert (§ 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 HGB) und die GmbH müsse als Folge dieser Fiktion in Kauf nehmen, dass die gegen sie gerichteten Ansprüche den Ansprüchen gleichgestellt werden, die gegenüber einem Vollkaufmann bestehen, der tatsächlich ein Handelsgewerbe betreibt.⁴² Seit außerhalb des HGB die Gegenüberstellung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten weitgehend dem Gegensatz von Unternehmer (§ 14 BGB) und Verbraucher (§ 13 BGB) gewichen ist, tritt die Bedeutung dieser Frage zurück. 23

VI. Rechtslage in Österreich

1. Rechtslage bis 2006. Für Altfälle gilt in Österreich § 6 in der noch vor der deutschen Reform von 1998 geltenden Fassung. 24

2. Geltendes Recht. Nach § 2 UGB sind Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Sparkassen, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen (EWIV), Europäische Gesellschaften (SE) und Europäische Genossenschaften (SCE) Unternehmer kraft Rechtsform. Aber nach § 105 Satz 3 UGB kann eine offene Gesellschaft und damit nach § 161 Abs. 2 UGB auch eine Kommanditgesellschaft jeden erlaubten Zweck einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit haben und wird dann mit der Eintragung in das Firmenbuch (§ 123 Abs. 1 HGB) Handelsgesellschaft kraft Eintragung (§ 3). Sie ist in diesem Sinne Formkaufmann (§ 5 des UGB-Entwurfs bezeichnete sie noch als Unternehmer kraft Rechtsform). 25

³⁸ BAGE 3, 321; 10, 76, 81; 18, 104, 108.

³⁹ BAGE 18, 104, 109; Heymann/*Emmerich* RdNr. 3.

⁴⁰ Heymann/*Emmerich* RdNr. 4 unter Hinweis auf RGZ 133, 7, 11; zum Kaufmannsbegriff in anderen Gesetzen eingehend Staub/*Oetker* Einl. RdNr. 47 ff.

⁴¹ BGHZ 66, 48, 50 m. eingehenden Nachw.; im Ergebnis ebenso BGHZ 49, 258, 263.

⁴² 1. Aufl. RdNr. 10 (*Bokelmann*) m. Hinweis auf *Karsten Schmidt* HandelsR, 4. Aufl., § 10 II 2 a.

§ 7 [Kaufmannseigenschaft und öffentliches Recht]

Durch die Vorschriften des öffentlichen Rechtes, nach welchen die Befugnis zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, wird die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften dieses Gesetzbuchs nicht berührt.

Schrifttum: *Fröhlich*, § 7 HGB: Entstehungsgeschichte, Bedeutungswandel und Vorschläge zur künftigen Gestaltung, 1941; *Gustavus*, Möglichkeiten zur Beschleunigung des Eintragungsverfahrens bei der GmbH, GmbHR 1993, 259; *Krafka/Wüller/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010; *Krafka*, Einführung in das Registerrecht, 2. Aufl. 2008; *Leitzen*, Öffentlich-rechtliche Genehmigungen in GmbH-Registerverfahren nach dem MoMiG, GmbHR 2009, 480; *Winkler*, Das Verhältnis zwischen Handwerksrolle und Handelsregister – Gedanken zum Beschluss des BGH vom 9. 11. 1987, ZGR 1989, 107.

I. Bedeutung der Vorschrift

- 1. Unabhängigkeit des Handelsrechts vom öffentlichen Recht.** Im Regelfall hängt die Anwendung der Kaufmannsvorschriften des HGB nicht von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen der Gewerbetätigkeit ab. Derartige Beschränkungen stehen der Kaufmannseigenschaft somit nicht entgegen. Entsprechend fehlt es auch bei der Eintragung eines Gewerbebetriebes diesbezüglich an der Prüfungskompetenz des Registergerichts. Ob etwa Vorschriften der GewO, der HandwO oder des GaststättenG erfüllt sind, ist für das Registergericht somit grundsätzlich irrelevant¹ (zu Ausnahmen s. RdNr. 4 ff.). Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des HGB in möglichst großem Umfang sollen im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit durch einen formalisierten Kaufmannsbegriff gewährleistet werden.² Insoweit schließt § 7 an die vorhergehenden §§ 5 und 6 an.³ Eine Ausnahme hiervon bilden nur die gesetzlichen Vorschriften, die abweichend von § 7 ausdrücklich einen entsprechenden Vorrang des öffentlichen Rechts anordnen, wie zum Beispiel bei Kreditinstituten nach § 43 Abs. 1 KWG.
- 2. Verbotsgesetze (§ 134 BGB).** Hiervon zu trennen ist die Frage, ob der Abschluss eines Geschäfts, das gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen verstößt, zu dessen Nichtigkeit führt. Insoweit ist jedoch nicht § 7 HGB, sondern § 134 BGB einschlägig. Aus dem Sinn der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Vorschrift folgt, ob es sich um ein Verbotsgesetz iS von § 134 BGB handelt; bei der entsprechenden Einordnung spielt § 7 somit keine Rolle. Unabhängig davon, ob dies der Fall ist, verbleibt es jedenfalls bei der vorliegenden Kaufmannseigenschaft. Zudem ist an die Funktion des Handelsregisters als ein der „Öffentlichkeit zugängliches Verzeichnis der tatsächlich betriebenen kaufmännischen Unternehmungen“⁴ zu erinnern. Über die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Erfordernisse gibt das Register somit im Umfang von § 7 keine Auskunft (s. RdNr. 3).⁵ Die Frage der Kaufmannseigenschaft beantwortet sich nach den §§ 1 bis 6 und hat nichts damit zu tun, ob von dem betroffenen Rechtsträger getätigte Geschäfte wirksam sind.
- 3. Registerverfahren.** Für das Handelsregister (§§ 8 ff.) lässt sich aus § 7 die allgemeine Wertung entnehmen, dass entsprechende Eintragungsverfahren von sonstigen öffentlich-rechtlichen Maßgaben unabhängig sind. Damit ist klargestellt, dass es nicht zu den Aufgaben des Registergerichts gehört, zu prüfen, ob eingetragene oder einzutragende Rechtsträger die für sie einschlägigen verwaltungsrechtlichen Vorgaben erfüllen, soweit nicht kraft Gesetzes ein entsprechender Prüfungsauftrag besteht.⁶ Somit bedarf es weder

¹ OLG Celle BB 1972, 145; KG NJW 1958, 1827; OLG Braunschweig Rpfleger 1977, 363; *Canaris* § 2 RdNr. 13; *K. Schmidt* HandelsR § 9 IV 2 b dd.

² OLG Frankfurt OLGZ 1983, 416 = WM 1983, 1247 = ZIP 1983, 1203; E/B/J/S/*Kindler* RdNr. 1.

³ OLG Braunschweig Rpfleger 1977, 363, 364; *Oetker/Körber* RdNr. 1.

⁴ OLG Celle BB 1972, 145; OLG Braunschweig Rpfleger 1977, 363; KG NJW 1958, 1827, 1828; OLG Frankfurt OLGZ 1983, 25, 27.

⁵ *Staub/Oetker* RdNr. 11 ff.

⁶ S. *Krafka*, Einführung in das Registerrecht, RdNr. 48.

für eine Ersteintragung (s. RdNr. 4 ff.), noch für spätere Eintragungen – wie zum Beispiel einer Sitzverlegung⁷ – der Vorlage gewerberechtl. Nachweise. Ebenso ist die Einhaltung ausländerrechtlicher Vorschriften bei der Bestellung von organschaftlichen Vertretern von Kapitalgesellschaften bei deren Eintragung vom Registergericht nicht zu kontrollieren.⁸

II. Einzelheiten

1. AG, KGaA, GmbH, eG. Auch für die Errichtung einer AG, KGaA, GmbH oder eG **4** ist es zur Eintragung in das Handelsregister nicht erforderlich, das Vorliegen einschlägiger staatlicher Genehmigungen nachzuweisen.⁹ Das Registergericht übt insoweit keine ordnungsbehördlichen Kontrollaufgaben aus. Ausnahmsweise ist das Erfordernis einer Vorlage von Nachweisen im Rahmen der Prüfung nach § 18 Abs. 2 nur dann denkbar, wenn die Verwendung eines bestimmten Firmenbestandteils von einer entsprechenden staatlichen Genehmigung abhängt.¹⁰ Im Übrigen führt aber das Fehlen einer für die Ausübung des angegebenen Unternehmensgegenstands nötigen Genehmigung mangels damit verbundener Verbotswirkung nach § 134 BGB nicht unmittelbar zur Nichtigkeit der entsprechenden Satzungsbestimmung, so dass die amtswegige Eröffnung eines Lösungsverfahrens nach § 397 FamFG nicht allein aus diesem Grund in Betracht kommt; vielmehr kann sich erst aufgrund weiterer gewerberechtl. Maßnahmen nach der damit ggf. verbundenen Einstellung des Gewerbebetriebs ein Verfahren nach § 31 Abs. 2 S. 2 iVm. § 393 FamFG anschließen.

2. Juristische Personen des § 33. Die Grundsätze der RdNr. 3 finden ferner für **5** juristische Personen nach § 33 (zum Anwendungsbereich von § 33 vgl. dort RdNr. 2 ff.) Anwendung.

3. Einzelkaufmann, Personenhandelsgesellschaft einschließlich GmbH & Co. **6** **KG.** Nach der bisherigen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre zufolge darf bei Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaft *ausnahmsweise* dann keine Registereintragung erfolgen, wenn unzweifelhaft ohne weitere Ermittlungen *feststeht*, dass der Kaufmann bzw. die Gesellschaft zufolge nicht behebbarer Hindernisse im öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahren faktisch keine gewerbliche Tätigkeit ausüben kann¹¹ und die Unzulässigkeit des Gewerbebetriebes nicht behebbare ist.¹² Das soll etwa dann der Fall sein, wenn die zuständige Behörde jegliche gewerbliche Tätigkeit *bestandskräftig* untersagt hat.¹³ Das Registergericht muss nach dieser Auffassung die Eintragung des betroffenen Rechtsträger unterlassen, da die Gesellschaft nicht Bestand haben kann, sie nach ihrer Eintragung also sofort wieder zu löschend wäre, so dass insoweit die registerführende Stelle zur Prüfung berechtigt und verpflichtet ist.¹⁴ Die Literatur lehnt diese Auffassung überwiegend zu Recht ab, da kein Grund besteht, die gemäß § 7 vorgegebene gesetzliche Konzeption einer grund-

⁷ Vgl. LG Augsburg NZG 2009, 195 = Rpfleger 2008, 367.

⁸ OLG München FGPrax 2010, 88 = Rpfleger 2010, 270; OLG Düsseldorf FGPrax 2009, 178; *Krafka/Willer/Kühn* RegisterRdNr. 958 mwN; *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 6 GmbHG RdNr. 9.

⁹ Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008 (BGBl. I S. 2026) am 1. 11. 2008 s. 2. Aufl. § 7 RdNr. 4; aA *Oetker/Körber* RdNr. 8 und *Staub/Oetker* RdNr. 8 in Bezug auf eG unter Bezugnahme auf § 11 a Abs. 2 GenG.

¹⁰ Vgl. *Leitzen* GmbHR 2009, 480, 482.

¹¹ BayObLGZ 1982, 153, 158 für eine GmbH in der Annahme (damals hM), die Eintragung in die Handwerksrolle sei keine staatliche Genehmigung; doch Eintragungshindernis, wenn die Eintragung in die Handwerksrolle unmöglich ist; vgl. auch OLG Schleswig Rpfleger 1982, 186, 187; OLG Hamm BB 1985, 1415; OLG Düsseldorf BB 1985, 1933.

¹² OLG Frankfurt OLGZ 1983, 25, 28; *K. Schmidt* HandelsR § 9 IV 2 b dd.

¹³ Anders OLG Frankfurt OLGZ 1983, 416, 418; *Heymann/Emmerich* RdNr. 5; *Winkler* ZGR 1989, 107, 123.

¹⁴ Zur Prüfungscompetenz *K. Schmidt* HandelsR § 9 IV 2 b dd.

§ 7 7–9

1. Buch. 1. Abschnitt. Kaufleute

sätzlich strikten Trennung zwischen öffentlichem und privatem Wirtschaftsrecht partiell zu unterlaufen.¹⁵

- 7 **4. Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger.** Ähnlich wie in RdNr. 6 beschrieben stellt sich bei der Eintragung inländischer Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger im deutschen Handelsregister nach §§ 13 d ff. die Frage, ob ein gewerberechtliches Verbot gegen den einzigen inländischen Repräsentanten des Unternehmens zur Folge hat, dass die Zweigniederlassung nicht eingetragen werden darf. Hierzu vertritt der **BGH** die Auffassung, „dass es nicht rechtens sein könne, dass eine im Inland vom Geschäftsführeramt ausgeschlossene Person über eine Zweigniederlassung einer (Schein-)Auslandsgesellschaft ihre Geschäfte im Inland weiter betreibt“.¹⁶ Diese Auffassung überdehnt den Aufgabenbereich des Registergerichts und missversteht die Funktionsweise des Handelsregisters, indem es im Wege eines unmittelbaren Durchgriffs ordnungsbehördlichen Maßnahmen unter Außerachtlassung des § 7 unmittelbaren Einfluss auf die handelsrechtliche Lage beimisst. Gleichwohl war sie das Vorbild der Ende 2008 eingefügten Bestimmungen des § 13 e Abs. 3 S. 2 (s. § 13 e RdNr. 9 ff.).
- 8 **5. Privatrechtliche Beschränkungen.** Es ist nicht die Aufgabe des Registergerichts, die Einhaltung privatrechtlicher Beschränkungen zu überprüfen (zB gesetzliche oder vertragliche Wettbewerbsverbote). Dies obliegt vielmehr den jeweiligen Beteiligten.¹⁷

III. Rechtslage in Österreich

- 9 Für das österreichische Unternehmens- und Handelsrecht sieht § 6 UGB nahezu wortgleich wie § 7 vor, dass die Anwendung des UGB nicht durch Vorschriften des öffentlichen Rechts berührt wird, nach denen die Befugnis zur unternehmerischen Tätigkeit ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist.

¹⁵ Vgl. Staub/*Oetker* RdNr. 13 f.; E/B/J/S/*Kindler* RdNr. 6; *Oetker/Körber* RdNr. 11; *Koller/Roth/Morck* RdNr. 2; *Röhricht/v. Westphalen* RdNr. 4; *Krafka* (Fn. 6) RdNr. 49.

¹⁶ BGHZ 172, 200 = NJW 2007, 2328 RdNr. 11.

¹⁷ S. KG JW 1936, 941, 943; Staub/*Oetker* RdNr. 17; E/B/J/S/*Kindler* RdNr. 4; *Röhricht/v. Westphalen* RdNr. 6.