

## Handelsrecht

### Schwerpunkte

1. Wer ist Kaufmann/Unternehmensträger?
2. Wer ist verpflichtet und wer haftet?
3. Wer darf worauf vertrauen?
4. Was gilt bei Handelsgeschäften?

#### Fall 1: Die verflochtene Maklerin

K ist Rechtsnachfolger der G-KG. Die G-KG schloss mit B im Februar 2006 einen Maklervertrag im Zusammenhang mit dem geplanten Verkauf eines Grundstücks der B. Als Gesellschafter im Handelsregister waren seit dem 1.1.2005 eingetragen S, die ehemalige Ehefrau des K, als Komplementärin sowie als einzige Kommanditistin die S-GmbH mit S als Geschäftsführerin. Am 31.12.2005 hatten K, S und X vereinbart, dass S mit Wirkung zum 1.1.2006 aus der KG ausscheiden, K an ihre Stelle treten und der Kommanditanteil der S-GmbH an X abgetreten werden solle. Der Wechsel des Komplementärs wurde am 30.9.2007 in das Handelsregister eingetragen, die Übernahme des Kommanditanteils durch X hingegen nicht. Mit notariellem Kaufvertrag vom 24.8.2006 kaufte die von S inzwischen gegründete und von ihr als Geschäftsführerin vertretene „V i.Gr.“ das fragliche Grundstück der B für 1,7 Mio. Euro. In § 10 des Kaufvertrages steht: „Der Vertrag kam durch Nachweis und Vermittlung der Firma G-KG zustande.“

B meint, es liege eine unzulässige Verflechtung zwischen Maklerin und Grundstückserwerberin vor. Kann K die Provision in Höhe von 39.440 Euro von B verlangen?

#### Lösung:

Anspruch des K (als Rechtsnachfolger der G-KG) gegen B auf Zahlung der Provision aus § 652 BGB?

- I. Maklervertrag zwischen G-KG und B (+)
- II. Nachweis der Gelegenheit (Nachweismakler) oder Vermittlung eines Vertrages (Vermittlungsmakler) durch G-KG (+), hier Vermittlung
- III. Kaufvertrag **mit einem Dritten** (nach allg. M. erf.)?
  1. Grundsätzlich **nicht** bei sog. „Verflechtung“ zwischen Makler und vermitteltem Vertragspartner, Arg:

der Dritte soll im Interesse des Auftraggebers die Fähigkeit zu einer selbstständigen und unabhängigen Willensbildung haben. Andererseits: Die bloße Gefahr eines Interessenkonflikts genügt nicht.

- a) **echte Verflechtung**: wesentliche rechtliche Beteiligung am Makler oder wirtschaftliche Steuerung durch den Vertragsgegner
  - b) **unechte Verflechtung**: wenn sich der Makler aufgrund einer besonderen persönlichen Beziehung (z.B. Ehe) regelmäßig auf die Seite des Vertragsgegners des Kunden begeben wird (h.M.)
  - c) **hier**: zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Februar 2006) war S nicht mehr an der G-KG beteiligt (Ausscheiden 31.12.2005, Eintragung nur deklaratorisch), also keine echte Verflechtung. Die frühere Beziehung der S zu K genügt für sich genommen nicht.
2. Problem: **Registerschein gemäß § 15 Abs. 1 HGB** (fehlende Eintragung des Ausscheidens der S, vgl. §§ 106, 107, 161 II HGB) für die **Verflechtungslage** maßgeblich?

S war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch als Komplementärin und Geschäftsführerin der Kommanditistin (GmbH) eingetragen. Anwendung der Verflechtungsrechtsprechung gerechtfertigt?

- pro: Einwendungsausschluss des § 15 Abs. 1 HGB  
- contra: Sinn und Zweck der Verflechtungsrechtsprechung ist es, die **wirtschaftlichen Belange des Auftraggebers vor einer auf der Hand liegenden Interessenkollision** zwischen Makler und Vertragsgegner zu schützen. Schutzzweck erfordert ein Abstellen auf die **tatsächlichen Umstände** (BGH NJW 2009, 1809). Anders gesagt: B hat nicht aufgrund

der Registerlage auf einen „Interessenkonflikt“ vertraut.

Ergebnis: Anspruch aus § 652 BGB (+)

**Schwerpunkt Adressatenkreis: Kaufleute und Handelsgewerbe (§§ 1 ff. HGB)**

**Prüfungsfolge: HGB-Kaufmann**

**Formkaufmann, § 6 II HGB** (Kapitalgesellschaften: AG, GmbH, KG a.A., Genossenschaften; Personenhandelsgesellschaften: oHG, KG, GmbH & Co. KG; **nicht jedoch** kleingewerbetreibende BGB-Gesellschaft: §§ 705 ff. BGB)

**Istkaufmann, § 1 HGB (i.V.m. § 6 I HGB)**: betreibt „großes“ Handelsgeschäft, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (Tatfrage!)

**Kannkaufmann, § 2 und § 3 I HGB (i.V.m. § 6 I HGB)**: fakultative Eintragung

**Fiktivkaufmann, § 5 HGB** (keine Rechtsscheinvorschrift: Gewerbe erforderlich, sonst ggf. § 15 HGB)

**(Rechts-)Scheinkaufmann (Handelsgewohnheitsrecht)**: Zurechenbar gesetzter Rechtsschein und Schutzbedürftigkeit des Dritten

Abgrenzung:

- Unternehmer iSd. § 84 HGB
- Unternehmer iSd. § 14 BGB: auch Kleingewerbetreibende, Freiberufler, Landwirte
- Verwender iSd. 304 ff. BGB
- Unternehmen iSd. Konzernrechts: §§ 15 ff., 293 ff. AktG

### Fall 2: Schweinehandel

Ein städtischer Schweinemastbetrieb – betrieben als Anstalt des öffentlichen Rechts (S AöR) durch die Stadt S und nach den gemeinderechtlichen Vorschriften auf Kostendeckung ausgerichtet – plant, die beim Betrieb entstehenden Abfälle aus Gründen des Umweltschutzes einer noch zu errichtenden Biodieselanlage zuzuführen. S arbeitet hierzu mit dem Investor I zusammen, der für das Projekt bei der Bank B einen Kredit in Höhe von 2 Mio. Euro aufnimmt. Telefonisch verbürgt sich der zuständige Bürgermeister im Namen der S AöR gegenüber B für I. Als I eine fällige Rate nicht zahlt, verlangt B von S die noch ausstehenden Kreditraten. S meint, die Bürgschaft sei unwirksam; jedenfalls müsse B zuerst gerichtlich gegen I vorgehen.

Wie ist die Rechtslage?

#### Lösung:

Anspruch B gegen S (AöR) aus § 765 I BGB?

1. Wirksame Bürgschaftserklärung der S gegenüber B?  
§ 350 HGB: Formvorschrift des § 766 BGB (i.V.m. § 126 I BGB) findet keine Anwendung, wenn Übernahme auf Seiten des Bürgen ein **Handelsgeschäft** im Sinne des § 343 i.V.m. § 1 II HGB darstellt. Ebenso entfiele dann gemäß § 349 S. 1 HGB die Einrede der Vorausklage.
2. „Gewerbebetrieb“?
  - a) Begriff des **Gewerbes**:
    - aa) nach außen erkennbare Markttätigkeit (+)
    - bb) selbstständig (+)
    - cc) auf Dauer (+)
    - dd) kein Freiberuf (+)
    - ee) **Gewinnerzielungsabsicht?** Pb: Nach der Rspr. (z.B. BGHZ 95, 155, 157) ist eine Gewinnerzielungs-

lungsabsicht zwar erforderlich, dies ist aber zweifelhaft: Einerseits sind heute viele Konzernunternehmen aus steuerlichen Gründen nicht auf Gewinn (sondern teilweise sogar explizit auf Verlust) ausgerichtet. Andererseits knüpft die Gewinnerzielungsabsicht an ein rein subjektives Moment an; maßgeblich sollte vielmehr sein, ob im Handelsverkehr von jemandem objektiv erwartet werden kann, dass die kaufmännischen Spielregeln eingehalten werden. Das ist vorliegend der Fall, solange der Schweinemastbetrieb nach außen am Markt geldwerte Leistungen im Wettbewerb mit Dritten anbietet (vgl. mittlerweile auch BGH NJW 2003, 2742) also (+).

b) betrieben (+) durch S (AöR) als Unternehmensträger

c) in **kaufmännischer Weise** eingerichtet (+)

Ergebnis: Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB (+), daher wegen §§ 349, 350 HGB, § 765 BGB Anspruch (+)

### Fall 3: Großes Kino

Der nicht im Handelsregister eingetragene B betreibt ein kleines Off-Kino nebst Videoverleih mit einem Jahresumsatz von rund 40.000 Euro. Auf seinen Geschäftsbriefen firmiert er mit „B-Filmkunst & Kultur“. Seinen Freund A nimmt er am 1.9. zunächst „als Kommanditisten“ in das Unternehmen auf, ohne dass eine KG zur Registereintragung angemeldet würde. B akzeptiert daraufhin einen Wechsel des Filmverleihers X mit der Unterschrift „B-Filmkunst & Kultur KG“. Den Wechsel übergibt X an seine Hausbank H, die B am 15.9. persönlich aus dem Wechsel in Anspruch nehmen will.

Im Folgenden bringen B und A das Geschäft in die „B-Filmkunst & Kultur-GmbH“ ein. Am 12.10. wird die Gründung der GmbH ordnungsgemäß in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht. B ist laut Satzung alleiniger Geschäftsführer. In der Geschäftskorrespondenz, die B alleine erledigt, verwendet er aus Kostengründen weiterhin den alten Briefkopf mit ersatzlos gestrichenem KG-Zusatz („B-Filmkunst & Kultur-~~KG~~“). Am 20.10. bestellt B bei V für eine Matinée-Retrospektive zehn Charlie-Chaplin-Filme für 8.000 Euro. Kurz nach der Lieferung, die nicht unter Eigentumsvorbehalt erfolgte, wird über die GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. V verlangt von B den Kaufpreis.

Ansprüche der H und des V gegen B?

#### Lösung:

- I. H gegen B aus Wechselakzept
  1. Anspruch aus Art. 28 I WG  
(-) da B nicht Wechselverpflichteter!
  2. Anspruch aus Art. 28 I WG, §§ 128, 161 II HGB (als **KG-Gesellschafter**)
    - a) formwirksamer Wechsel (+)
    - b) materielle Berechtigung des Anspruchstellers hinsichtlich der Wechselurkunde (+) durch Einigung und

Übergabe an X gem. § 929 Satz 1 BGB plus Indossament.

#### c) Wirksame Wechselverpflichtung des in Anspruch Genommenen?

aa) KG-Verbindlichkeit: Eine KG, vertreten durch B, ist damals nicht eingetragen (§§ 161 II, 123 I HGB).

bb) Gemäß **§ 123 II** iVm. **§ 105 II HGB** entsteht allerdings die KG als Außengesellschaft bereits mit Geschäftsbeginn (Voraussetzung: **Handelsgewerbe!**).

Betreibt die Gesellschaft ein **Handelsgewerbe**? Dazu müsste der Filmhandel nach seiner Art und Weise einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordern. Hiergegen sprechen insbesondere der geringe Umsatz und der Umstand, dass A die Geschäftskorrespondenz selbst erledigt. Bei dem Geschäft handelt es sich um ein **typisches Kleingewerbe** (das nach § 2 HGB vom Unternehmensträger eingetragen werden *kann*, jedoch nicht muss). Folglich ist die Gesellschaft nicht gemäß § 123 II HGB als wechselverpflichtungsfähige KG entstanden (sog. „fehlgeschlagene“ KG).

#### 3. Anspruch aus §§ 705, 709, 714 BGB iVm. § 128 HGB analog gegen B (als **GbR-Gesellschafter**)

B könnte als Gesellschafter der „B-Filmkunst & Kultur“-GbR analog § 128 HGB persönlich für deren Verbindlichkeit haften. Bei der Gesellschaft handelte es sich ohne weiteres um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 705 ff. BGB. Gemäß § 714 BGB war B als Geschäftsführer alleinvertretungsberechtigt. Die (Außen-)GbR war damit wechselverpflichtet.

Ergebnis: B haftet gegenüber H für die Verbindlichkeiten der GbR analog § 128 HGB, muss also auf den fälligen Wechsel leisten.

II. V gegen B auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 II BGB

1. Kaufvertrag zwischen V und B?

Nicht B, sondern die „B-Filmkunst & Kultur“-GmbH wäre Vertragspartnerin des V geworden, wenn B in deren Namen mit Vertretungsmacht gehandelt hätte. Vorliegend ist problematisch, dass B entgegen § 4 GmbHG nicht den Zusatz „-GmbH“ geführt hat. Nach dem Grundsatz des „**unternehmensbezogenen Geschäfts**“ (BGH NJW 2000, 2984; BGHZ 62, 216, 219; Scholz, GmbHG § 4 Rn. 5, 53a) kommt allerdings auch bei einer Fehlbezeichnung der Vertrag **mit der real existierenden Gesellschaft** zustande, wenn – wie hier – das Handeln des Vertreters **für den Unternehmensträger** nach außen hin **ersichtlich** war (vgl. § 164 II BGB).

Zwischenergebnis: B haftet wegen § 13 II GmbHG nicht für die Verbindlichkeit der GmbH aus § 433 II BGB.

2. Aber: **Rechtsscheinhaftung** des B?

a) **Rechtsschein** einer persönlichen Haftung (+): Mangels Zusatzes, der auf eine Haftungsbeschränkung hinweist, entstand bei V der Eindruck, wenigstens **irgendjemand hafte persönlich**. Obgleich die Haftungsbeschränkung in das Handelsregister eingetragen war, kann sich auf die Wirkungen des § 15 II HGB nicht berufen, wer durch sein Handeln einen **spezielleren Rechtsschein** hervorruft (vgl. BGH BB 1990, 653, 655; BGHZ 62, 216, 223). Hier Verstoß gegen **§ 4 GmbHG**.

b) **Vertrauen** des V auf die Rechtslage einer unbeschränkten Haftung (+) (trotz § 15 II HGB!) = Schutzbedürftigkeit

c) **Zurechenbare Veranlassung** des Rechtsscheins (Veranlassung nach Risikobereich) durch B (+) durch bewusstes (oder fahrlässiges) Weglassen des GmbH-Zusatzes.

Ergebnis: B haftet analog § 179 BGB für den Kaufpreis.

**Klausurbedeutung der Begriffe Kaufmann/Handelsgewerbe**

**Anwendbarkeit besonderer Regeln für Handelsgeschäfte:** §§ 343 bis 475h HGB grundsätzlich nur auf Kaufleute anwendbar; Handelsgewohnheitsrecht; Handelsbräuche (Verdrängung der allgemeinen BGB-Regeln, Art. 2 EGHGB)

Ausnahmen (anwendbar auf Nicht-Kaufleute-Unternehmen):

- Kommissionsvertrag (§ 383 II HGB)
  - Frachtführervertrag (§ 407 III 2 HGB)
  - Speditionsvertrag (§ 453 III HGB)
  - Lagervertrag (§ 467 III HGB)
- (§§ 348, 349, 350 HGB gelten jedoch nicht!)

**Anwendbarkeit der oHG-Regeln** (§ 105 HGB) statt GbR (§ 705 BGB)

**Haftung** wegen Firmenfortführung (§ 25 HGB) oder Geschäftseinbringung in Gesellschaft (§ 28 HGB)

**Haftung** des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft gemäß § 128 HGB (analog)

(Pflicht zur Buchführung gemäß §§ 242 ff. HGB)

**Schwerpunkt Verpflichtungs- und Haftungsrecht (Vertretung,  
Firma, Rechtsschein)**

**Fall 4: Die missbrauchte Prokura**

Der in das Handelsregister eingetragene Autohändler H ist Audi-Vertragshändler. Aufgrund der guten Geschäftsentwicklung stellt H den P als neuen Mitarbeiter ein. In dem schriftlichen Arbeitsvertrag heißt es: „Der Mitarbeiter wird als Prokurist für den Bereich Verkaufsleitung/Organisation mit Wirkung zum 1.5.2007 eingestellt.“ Noch bevor die Prokura in das Handelsregister eingetragen wird, kommt es zum Streit über geschäftliche Maßnahmen. H widerruft gegen den Willen des P die Prokura, lässt den Widerruf jedoch nicht eintragen mit der Überlegung, dass die Prokura ihrerseits noch nicht eingetragen war.

Aus Ärger über seine Zurücksetzung verkauft P seinem Verwandten R einen gebrauchten Audi A8 für 12.000 Euro, die Hälfte des Marktpreises. R wundert sich über die günstigen Geschäftskonditionen sowie darüber, dass die Abwicklung des Geschäfts nach Ladenschluss stattfindet, freut sich jedoch über den guten Deal und leistet bereitwillig eine Anzahlung. Am nächsten Morgen verweigert H die Herausgabe des Wagens. P ist mit der Anzahlung verschwunden. R wirft dem H mangelnde Überwachung seines Personals vor.

Der in der Buchhaltung Angestellte B unterzeichnet am selben Tag mit dem Neuwageninteressenten C einen Kaufvertrag über den Gebrauchtwagen des C zum Preis von 5.000 Euro. Nach den internen Weisungen des H ist B nicht zum An- und Verkauf von Gebrauchtwagen ermächtigt, erledigt jedoch hin und wieder, was H weiß, solche Geschäfte im Rahmen von Kundengesprächen. Als C den Kaufpreis verlangt, verweist H auf die fehlende Vollmacht des B.

Welche Ansprüche haben R und C gegen H?

*Lösung:*

I. R gegen H auf Übereignung des Audi aus §§ 433 I, 164 I BGB i.V.m. §§ 48, 49 HGB

1. Kaufvertrag zwischen R und H
  - a) Willenserklärung des R (+)
  - b) Wirksame Stellvertretung des H durch P?
    - aa) Willenserklärung im Namen des H (+) mit Vertretungsmacht: Prokura gemäß § 49 HGB? da Einstellung „als Prokurist“ (ausdrücklich im Sinne des § 48 I HGB, wirksam mit Zugang, § 167 BGB). Eintragung nicht konstitutiv, sondern nur **deklaratorisch**
    - bb) Kein Widerruf: (-)! § 52 HGB: Prokura ist jederzeit widerruflich. Der Widerruf ist zwar einzutragen, § 53 II HGB ist jedoch nur deklaratorisch. Danach konnte P mangels bestehender Prokura den H grundsätzlich nicht wirksam verpflichten.
  - c) Fortbestehen der Vertretungsmacht kraft § 15 I HGB? § 15 I HGB schützt auch das Vertrauen auf das Schweigen des Handelsregisters (sog. „negative Publizität“ des Handelsregisters). Streitig ist aber, ob bei fehlender Voreintragung (hier: Prokura-Erteilung) der Dritte sich auf § 15 I HGB berufen kann, obwohl durch die Nichteintragung des Prokura-Widerrufs die **Handelsregisterlage im Ergebnis der wahren Rechtslage** entspricht.
    - starke a.A. (Hueck, Canaris, Hüffer, Medicus): durch das Unterbleiben der Sekundäreintragung werde **kein Rechtsschein** erzeugt; das Vertrauen könne sich stets nur auf kundgemachte Tatsachen beziehen; allgemeine Rechtsscheinhaftung genüge.
    - h.M.: **§ 15 I HGB anwendbar**, da der Vertrauensstatbestand auch außerhalb des Handelsregisters entstanden sein könne und sein Fortbe-

- stand solange zu schützen sei, bis die Rechtsänderung dem Handelsregister entnommen werden könne (Ausnahme: rein interne und kurz aufeinander folgende Handlungen).
- für die h.M. spricht: Ein Rechtsschein entsteht – wie im vorliegenden Fall – deshalb, weil die Handelsregisterlage einen **abstrakten Vertrauensschutz** bewirkt. Die negative Publizität knüpft nicht ausschließlich an registerintern erscheinende Rechtslagen an, sondern greift auch hinsichtlich des Fehlens einer legitimationszerstörenden Tatsache (Prokura-Widerruf) ein.
- d) Missbrauch der Vertretungsmacht
- aa) **Vertreterhandeln**: bewusstes Überschreiten der Bindungen aus dem Innenverhältnis (Rspr.) oder rein objektive Abweichung (h.L.), nach beiden Auffassungen (+)
  - bb) **Verhalten des Geschäftsgegners**: positive Kenntnis schadet immer, bei Kennenkönnen entscheidet entweder, ob **begründete Zweifel** aufkommen mussten (Rspr.) bzw. ob Missbrauch für den Geschäftsgegner **evident** (h.L.) war. Das Verhalten des P war vorliegend für S **erkennbar pflichtwidrig**, weil die Umstände ganz auffällig von dem abwichen, was üblicherweise geschäftlich vereinbart wird (offenkundige Verdachtsmomente: Preis, Zeit).
  - cc) **Rechtsfolge**: Einrede der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB, Rspr.) oder § 177 BGB analog (h.L.)  
Pb: § 254 BGB analog? Hier (-) da Verhalten des P nicht für H vorhersehbar.
2. Ergebnis: R hat keinen Anspruch auf Übereignung des Wagens.

- II. Anspruch des C auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 II BGB: Wirksamer Kaufvertrag zwischen C und H?
1. Handlungsvollmacht des B gemäß § 54 HGB? Nein, da B nicht zur Vornahme von An- oder Verkäufen berechtigt.
  2. Ladenvollmacht des B gemäß § 56 HGB?
    - a) Laden (+), da Verkaufsstätte, die für den öffentlichen Zugang bestimmt und zum Abschluss von Geschäften bestimmt
    - b) im Laden angestellte Person (+)
    - c) Verkauf im Sinne des § 56 HGB? Pb: Wortlaut „Verkäufe“, nach h.M. dahingehend auszulegen, dass Formen der „Entäußerung“ erfasst wird, **nicht jedoch auch „Ankäufe“**. Hierfür spricht insbesondere die systematische Abstufung der § 49 (weit), § 54 (Geschäftsbetrieb) und § 56 (begrenzt). Analoge Anwendung des § 56 HGB scheidet aus, da die Tatbestände des Ankaufs und des Verkaufs nicht gleichgestellt sind (Festlegung der Verkaufspreise durch Geschäftsinhaber/in!)
  3. Duldungsvollmacht des B
    - Vertretener lässt wissentlich zu, dass jemand für ihn als Vertreter auftritt (+)
    - Geschäftsgegner durfte **nach Treu und Glauben auf die Erteilung einer entsprechenden Vollmacht vertrauen** (entfällt, wenn man die Duldungsvollmacht als schlüssige Außenvollmacht ansieht, was aber zweifelhaft ist, da bloßes Dulden noch keinen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen beinhaltet), hier aber jdf. (+), da übliches Handelsgeschäft und das Auftreten des B nicht verdächtig war.

Ergebnis: Anspruch C gegen A aus § 433 II BGB (+)

### Fall 5: Riskanter Geschäftseinstieg

A betreibt ein Computer-Fachgeschäft mit zehn Mitarbeitern, das im Geschäftsverkehr als „A Electronics“ firmiert. Das Geschäft ist nicht im Handelsregister eingetragen. Um sein Geschäft auf die Betreuung von Firmenkunden zu erweitern, plant A die Aufnahme sowohl von Fremd- als auch von Eigenkapital. Bei der B-Bank nimmt A zur Anschaffung einer modernen Büroausstattung ein Darlehen in Höhe von 30.000 Euro auf.

Darüber hinaus kommt A mit seinem wohlhabenden Schulfreund F überein, dass F in das Geschäft eintreten soll. Während der Verhandlungen über den Beitritt gelangen beide zu der Überzeugung, dass es aufgrund des durch die geplante Geschäftserweiterung erhöhten Haftungsrisikos zweckmäßig sei, den Computerladen in der Rechtsform einer GmbH zu betreiben. Deshalb gründen A und F mit notariellem Vertrag die „A Electronics GmbH“, in die A sein Computerfachgeschäft einbringt, während F eine Geldeinlage in Höhe von 30.000 Euro leistet. Noch vor Eintragung der GmbH wird der Darlehensrückzahlungsanspruch in Höhe von 30.000 Euro fällig. Die GmbH wird sodann eingetragen.

Die B-Bank verlangt von der GmbH die Rückzahlung und will außerdem F als Gesellschafter persönlich in Anspruch nehmen. Zu Recht?

#### Lösung:

- A. Ansprüche der B gegen die **A GmbH**
- I. B gegen A GmbH auf 30.000 Euro aus § 488 I 2 BGB  
(–) da Darlehensvertrag unmittelbar nur zwischen A und B geschlossen, nicht jedoch mit der GmbH i.Gr.
  - II. B gegen A GmbH aus § 488 I 2 BGB i.V.m. **§ 28 I 1 HGB**  
(Einbringung eines Handelsgeschäfts in eine Mehrpersonengesellschaft)  
Nach § 28 I 1 HGB haftet die Gesellschaft, die durch den Eintritt einer Person als persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist in das Geschäft entsteht, auch für die im

Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Arg: **Kontinuität der Teilhabe** und damit verbundene **Haftungserwartung** des Rechtsverkehrs!

1. Wirksamer Darlehensvertrag (+)
2. Geschäft eines Einzelkaufmanns? § 1 HGB: Das Computerfachgeschäft war ein Gewerbe und erforderte aufgrund des **Umfanges** (zehn Mitarbeiter) auch einen in **kaufmännischer** Weise eingerichteten Gewerbebetrieb. Somit liegen die Voraussetzungen des § 1 II HGB vor. Die fehlende Eintragung ist bedeutungslos, da es sich nur um einen deklaratorischen Akt handelt (anders bei Kleingewerbe). Folglich betrieb A das Geschäft eines Einzelhandelskaufmanns (+).
3. § 28 I 1 HGB: Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters oder Kommanditisten in eine Personenhandels-gesellschaft? Hier war A GmbH war noch nicht eingetragen (§ 11 I GmbH), daher sog. „Vor-GmbH“ – str. ob **§ 28 HGB (analog) auf Vor-GmbH** anwendbar:
  - a) h.M.: nein, Arg: Vor-GmbH ist keine Personenhandels-gesellschaft, sondern eine **„Personenvereinigung eigener Art“**, auf die **GmbH-Regeln anwendbar** sind, soweit sie nicht eine Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft voraussetzen. Im Übrigen § 28 HGB Sonderregelung, die nicht analogiefähig sei.
  - b) a.A.: § 28 I 1 HGB analog, weil anderenfalls den Gläubigern durch die Einbringung eines Einzelunternehmens erhebliche Haftungsmasse entzogen oder deren Verwertung (Gesellschaftsanteile, ggf. mit Schulden belastet) erschwert würde.
  - c) Stellungnahme: Die a.A. übersieht, dass derjenige, der ein bestimmtes Vermögen übernimmt, nicht grundsätzlich auch für die Schulden aufkommen muss (vgl. Abschaffung § 419

BGB a.F.). Zudem **fehlt es bei der Gründung von Kapitalgesellschaften an der Kontinuität der Teilhabe, die die Haftungserwartung** im Sinne des § 28 HGB auslöst. Wenn man (mit einer differenzierenden Ansicht) auf die prägende Stellung des bisherigen Einzelkaufmanns in der neuen GmbH abstellen wollte, liefe das auf eine Einzelfallbewertung hinaus, die im Gesetz nicht angelegt ist.

Zwischenergebnis: Keine Haftung der A GmbH i.Gr. aus §§ 488 I 1 BGB, 28 I 1 HGB

III. B gegen A GmbH aus § 488 I 2 BGB i.V.m. **§ 25 I 1 HGB (Firmennachfolge)**

1. Handelsgeschäft (+) s.o.
2. Erwerb (+) da **Singularsukzession**. Eine Minderansicht bestreitet zwar die Anwendbarkeit des § 25 I 1 HGB auf Fälle der **Einbringung** eines Handelsgeschäfts in eine Gesellschaft, weil sich der Altunternehmer gerade nicht (wie bei einer Unternehmensveräußerung) völlig vom Unternehmen löse. Dagegen ist – neben dem Wortlaut des § 25 HGB – einzuwenden, dass die Unternehmens-trägerschaft gerade vollständig auf die GmbH wechselt. Wer Teilhaber der GmbH ist, spielt insoweit keine Rolle, da die Teilhabe von der Rechtspersönlichkeit zu trennen ist (vgl. § 13 II GmbHG).
3. Fortführung der Firma „A Electronics“ als „A Electronics GmbH i.Gr.“ (+): nach h.M. genügt es, wenn aus der Sicht des Verkehrs der Kern der Firma der Gleiche bleibt, wobei Rechtsformzusätze unerheblich sind.
4. Kein Haftungsausschluss gemäß § 25 II HGB (+)

Zwischenergebnis: Die Gesellschaft haftet gegenüber B gemäß § 488 I 2 BGB iVm. § 25 I 1 HGB für die Rückzahlung des Darlehens.

B. Ansprüche der B gegen F

- I. § 488 I 2 BGB alleine (–), da F nicht Darlehensvertragspartei war und keine Schuldübernahme (Verpflichtungsvertrag gemäß § 311 I BGB) vorlag.
- II. § 488 I 2 BGB, § 25 HGB i.V.m. § 128 Satz 1 HGB analog Ein Rückzahlungsanspruch der B gegen die A GmbH gemäß § 488 I 1 BGB, 25 HGB besteht, s.o. Haftet F hierfür persönlich als Gesellschafter der früheren Vor-GmbH?
  1. frühere Rspr.: Persönliche Außenhaftung bis zur Höhe der Einlage-Schuld
  2. heutige Rspr.: **unbeschränkte persönliche Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft** nach den Grundsätzen der „Verlustdeckungshaftung“ (Anspruchsgrundlage: richterrechtlich entwickelte Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft). Arg: bei der GmbH darf keine Unterbilanzierung eintreten, bei der Eintragung muss der Mindesteinlage-Betrag zur Verfügung stehen. Hier wurde die GmbH (unterstellt ordnungsgemäß mit Nachweis des Mindestkapitals) eingetragen, daher keine Haftung.  
*Anm.: Im Normalfall haften die Gesellschafter also im Innenverhältnis (ggü der Gesellschaft) nach ihren Anteilen (solidarisch nach § 24 GmbHG) für alle im Vorstadium entstandenen Schulden „unbeschränkt“, bis das vorgesehene (Mindest-) Haftkapital erreicht ist.*
  3. starke Literatur-Ansicht: **unbeschränkte Außenhaftung** entsprechend den Gesellschaftern einer oHG (§ 128 HGB), weil der nur indirekte Zugriff auf das Vermögen der Vor-GmbH-Gesellschafter den Gläubigern unzumutbar sei.

Für die Auffassung der Rspr. spricht: Man kann einen Wettverlauf auf die finanzstärksten Gesellschafter verhindern und damit eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung erreichen.

4. Zwischenergebnis: B hat nach der Rspr. keinen direkten Zugriff auf F (sondern muss sich den Anspruch der Gesell-

schaft gegen F auf Verlustdeckung gemäß §§ 829, 839 ZPO pfänden und überweisen lassen – Höhe vorliegend nicht bezifferbar, da Vermögenslage der GmbH und Gesellschaftsanteil des F im Verhältnis offen).

III. § 488 I 2 BGB i.V.m. § 11 II GmbHG (Handelndenhaftung im Vorstadium)

Es haftet persönlich nach § 11 II GmbHG derjenige, der bereits vor Eintragung der Gesellschaft (bMH) für die Gesellschaft gehandelt hat. Vorliegend beruht jedoch die Haftung der Vor-GmbH nicht auf der Handlung eines Gesellschafters oder eines Geschäftsführers, sondern aufgrund des § 25 I 1 HGB auf der Fortführung der Firma des eingebrachten Handelsgeschäfts. Daher (–).

Ergebnis: B kann den F nicht persönlich in Anspruch nehmen (sondern muss sich den Verlustdeckungsinnenanspruch gemäß §§ 829, 835 ZPO pfänden und überweisen lassen).

### Fall 6: Rosinen für die Weinhändler

A, die Nichte und Erbin von Florian A, führte ab 1995 dessen Weinhandlung unter dem Namen „Wein- und Spirituosenhandlung Florian A KG“ fort, nachdem sie ihren Freund B als Komplementär und den vermögenden Weinliebhaber C als Kommanditisten aufgenommen und die KG hat eintragen lassen. Laut Gesellschaftsvertrag und Handelsregister waren A und B als persönlich haftende Gesellschafter nur gemeinsam zur Vertretung befugt. Wegen persönlicher Differenzen mit B stieg A mit Wirkung zum 1.10.2003 aus der Gesellschaft aus, was jedoch erst Ende 2004 im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht wurde.

Im Januar 2004 bestellte B im Namen der Florian A KG eine Lieferung 2003er Spätburgunder bei der Winzergenossenschaft D eG. C verbürgte sich gegenüber D fernmündlich für die Verbindlichkeit. Da die KG nicht zahlt, möchte D wissen, ob sie C oder A persönlich in Anspruch nehmen kann. D meint, eine persönliche Haftung der A ergebe sich daraus, dass ihr Ausscheiden aus der KG nicht eingetragen war. A wendet ein, dass der Liefervertrag unwirksam gewesen wäre, wenn sie damals noch persönlich haftende Gesellschafterin und damit vertretungsbefugt gewesen wäre.

### Lösung:

#### Ansprüche der D eG

- I. Anspruch der D **gegen A** auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB i.V.m. 161 II, 128 HGB (akzessorische Haftung)
  1. nach außen wirksame KG besteht, §§ 161 II, 123 HGB
  2. Gesellschaftsverbindlichkeit  
Vertretungsbefugnis des B?  
Hier gemeinschaftliche Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafter A und B gemäß §§ 161 II, **125 II HGB** vereinbart. Ausscheiden eines Gesamtvertretungsberechtigten bedeutet noch nicht automatisch die Alleinvertretungsbefugnis jedes Verbliebenen,

da die Gesellschafter gerade keine Alleinvertretung beabsichtigen.

Anders aber bei nur **einem** verbleibenden Komplementär: Kommanditist darf nicht KG-Vertreter sein (§ 170 HGB). Nach dem **Prinzip der Selbstorganschaft** muss mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter Vertretungsmacht haben – im vorliegenden Fall wurde B mit dem Ausscheiden der A **alleinvertretungsberechtigt**. Eintragung zwar erforderlich (§§ 161 II, 107 HGB), jedoch nur deklaratorisch. Dementsprechend ist ein wirksamer Vertrag mit der KG gegeben.

3. A Gesellschafterin der KG gemäß §§ 124, 128 I HGB zum Zeitpunkt der Bestellung?
  - a) Ausscheiden der A: Ursprünglich war A Komplementärin, sie ist jedoch ausgeschieden. Eintragung (§ 143 II HGB) ist jedoch nur deklaratorisch, daher materiell wirksam.
  - b) Wirkung des § 15 I HGB
    - aa) Keine Eintragung des Ausscheidens trotz Eintragungspflichtigkeit (+) § 143 II HGB
    - bb) Keine positive Kenntnis der D (+)
    - cc) Folge: persönliche Haftung der A gemäß §§ 161 II, 124 I, 128 Satz 1 iVm. 15 I HGB
    - dd) Problem des **selektiven Berufens auf den Registerinhalt** – rechtliche Behandlung str.:
      - h.M. („Rosinentheorie“): § 15 HGB bewirkt einen **abstrakten Vertrauensschutz**, Alternativsachverhalte können kumulativ berücksichtigt werden, es entscheidet der „typisierte“ Rechtsschein.
      - a.A.: HR-Inhalt nach seiner Gesamtheit zu würdigen; der Dritte dürfe nicht besser stehen, als er bei Richtigkeit der HR-Lage stünde („keine Vertrauenshaftung ohne Vertrauensschaden“).

Nach h.M. muss sich demnach A wie eine persönlich haftende Gesellschafterin behandeln lassen (§§ 15 I, 128 Satz 1, 143 II HGB).

Ergebnis: Die D eG hat gegen A einen Anspruch auf Zahlung gemäß § 433 II BGB, 161 II, 128 HGB.

- II. Anspruch der D eG **gegen C** aus der Bürgschaft gemäß § 765 I, 767 I 1, 433 II BGB iVm. §§ 343, 350 HGB
  1. Hauptschuld (+)
  2. wirksame Bürgschaftserklärung: nur gemäß § 350 HGB, wenn es sich um das Geschäft eines Kaufmanns handelt, das zu seinem Handelsgewerbe zählt. **Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten?** Persönlich haftende Gesellschafter sind stets Kaufleute, da weder oHG noch KG juristische Personen sondern Gesamthandsgesellschaften (std. Rspr.), bei Kommanditisten str.: Wer „betreibt“ das Handelsgewerbe – die KG oder ihre Gesellschafter?
    - a) ganz h.M.: Kommanditisten sind **nicht** Kaufleute kraft Gesellschafterstellung, da sie nichts „betreiben“ (Arg: beschränkte Haftung, Nichtnennung in der Firma, Ausschluss von Geschäftsführung und Vertretung, kein Wettbewerbsverbot § 165 HGB)
    - b) a.A.: Kommanditist haftet vor Eintragung persönlich, es gebe aber keine zeitlich beschränkte Kaufmannseigenschaft; Ausschluss von der Vertretung auch bei Kaufleuten möglich.
    - c) Entscheidend ist: Schutz des Rechtsverkehrs verlangt klare Zuordnung, und die kapitalmäßige Beteiligung begründet noch kein selbstständiges Gewerbe, da kein nennenswerter Einfluss des Kommanditisten auf den Gewerbebetrieb der KG.

Ergebnis: Kein Anspruch aus §§ 765, 767, 433 BGB iVm. §§ 343, 350 HGB.